Revista Brasileira de Direito Processual Penal

Volume 11 - Nº 03 - set./dez. 2025
ISSN 2525-510X
https://doi.org/10.22197/rbdpp.v11i3

Dossiê
"Uma análise comparativa dos sistemas de justiça negociada"

Publicação fomentada pelo CNPq
(Chamada 30/2023 Programa Editorial)

IBRASPP

Revista Brasileira de Direito Processual Penal
Brazilian Journal of Criminal Procedure
http://www.ibraspp.com.br/revista/
ISSN 2525-510X

Volume 11 - Número 03
Porto Alegre/RS
set./dez. 2025

Expediente / Masthead

Editores-chefes / Editors-in-chief

Prof. Dr. Vinicius Gomes de Vasconcellos (Universidade de São Paulo, São Paulo/SP; Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP - Brasília/DF; Universidade Católica de Brasília, - Brasília/DF, Brasil)

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

Editores-associados / Associate-editors

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

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

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

Editores-assistentes / Assistant-editors

Prof. Dr. Bruno Augusto Vigo Milanez (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro/RJ, Brasil)

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

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

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

Prof. Dra. Fernanda Vilares (Fundação Getúlio Vargas, São Paulo/SP, Brasil)

Prof. Dr. Luiz Eduardo Cani (Faculdade Avantis, Balneario Camboriu/SC, Brasil)

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

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

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

Prof. Dr. Rafael de Deus Garcia (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP - Brasília/DF, Brasil)

Conselho Editorial / Editorial board

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Profa. Dra. Teresa Armenta Deu, Universidad de Girona, Girona, España

Profa. Dra. Vania Patanè, Università degli Studi di Catania, Catania, Italia

Pareceristas (deste número) / Reviewers (of this number)

Ana Cristina Gomes (Universidad de Salamanca, Salamanca, Espanha)

André Mirza (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP - Brasília/DF, Brasil)

Carlos Viveiros (pesquisador independente, Brasília, DF, Brasil)

Clarissa Guedes (Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, MG, Brasil)

Cristina Rego Oliveira (Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal)

Daniel Achutti (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - Porto Alegre, RS, Brasil)

Daniel de Resende Salgado (Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil)

Denis Andrade Sampaio (Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, Portugal)

Denise Provasi Vaz (pesquisadora independente, São Paulo, SP, Brasil)

Diego Nunes (Universidade Federal de Santa Catarina - Florianópolis/SC, Brasil)

Dorota Czerwinska (University of Wroclaw, Wroclaw, Poland)

Elvira Nadia La Rocca (Università di Roma La Sapienza, Roma, Italia)

Érica Babini Lapa do Amaral Machado (Universidade Católica de Pernambuco, Recife/PE, Brasil)

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

Fernanda Prates Fraga (Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro/RJ, Brasil)

Fernando Braga Damasceno (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, Brasília, DF, Brasil)

Francesco Morelli (Università di Messina, Messina, Italia)

Francisco Monteiro Rocha Jr. (Universidade Federal do Paraná - Curitiba/PR, Brasil)

Gessika Christiny Drakoulakis (Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil)

Guilherme Madeira (Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil)

Guillermo Oliver (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile)

Hanna Kuczyńska (Institute of Law Studies, Polish Academy of Science, Warsaw, Poland)

Helena Rocha Coutinho de Castro (Universidade Estadual de Pernambuco, Arcoverde, PE, Brasil)

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

Ignacio Colomer Hernandez (Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, Sevilla, España)

Ilana Martins Luz (Insper Instituto de Ensino e Pesquisa - São Paulo/SP, Brasil)

Jamilla Sarkis (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - Porto Alegre, RS, Brasil)

Javier Velásquez (Universidad Católica de Temuco, Temuco, Chile)

Jéssica Oníria Ferreira de Freitas (Universidade Federal do Paraná, Curitiba/PR, Brasil)

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

Lorena Bachmaier (Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España)

Luca Pressacco (Università di Trento, Trento, Italia)

Lucimara Plaza Tena (Universidade Cesumar, Maringá, PR, Brasil)

Luisa Walter da Rosa (Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil)

Marcello Daniele (Università di Padova, Padova, Italia)

Marcelo Costenaro Cavali (Faculdade Getúlio Vargas, São Paulo, Brasil)

Mauricio Duce (Pontificia Universidad Catolica de Chile, Santiago, Chile)

Mauricio Serpa França (Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil)

Mike McConville (The Chinese University of Hong Kong, Hong Kong, China)

Nahama Gomes (Faculdade Getúlio Vargas, São Paulo, São Paulo, Brasil)

Naiara Coelho (Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil)

Patrick Cacicedo (Universidade de São Paulo - São Paulo/SP, Brasil)

Poliana da Silva Ferreira (Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, SP, Brasil)

Raphael Boldt de Carvalho (Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, Espírito Santo, Brasil)

Régis João Nodari (pesquisador independente, Belo Horizonte, MG, Brasil)

Rosinere Marques de Moura (Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, Brasil)

Samara Carvalho Santos (pesquisadora independente, Brasília, DF, Brasil)

Sebastian Borges de Albuquerque Mello (Universidade Federal da Bahia - Salvador/BA, Brasil)

Sérgio Bruno Araújo Rebouças (Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, CE, Brasil)

Silvia Pereira Puidgemont (Universidad de Girona, Girona, España)

Stefano Ruggeri (Università di Messina, Messina, Italia)

Teresa Lancry Robalo (Universidade de Macau, Macau, China)

Thomas Weigend (Universität zu Köln, Cologne, Germany)

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

Vladimir Aras (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP - Brasília/DF, Brasil)

Walter Bittar (Pontifícia Universidade Católica de Londrina, Londrina/PR, Brasil)

Wojciech Jasiński (University of Wroclaw, Wroclaw, Poland)

Yuri Fisberg (Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil)

Projeto Gráfico [Diagramação e Capa] Camila Provenzi (be.net/camilaprovenzi)

Sumário

Dossiê: Uma análise comparativa dos sistemas de justiça negociada
Dossier: A Comparative Analysis of Negotiated Justice Systems

Editorial of the Dossier "A Comparative Analysis of Negotiated Justice Systems": an introductory overview.
Editorial do Dossiê "Uma Análise Comparada dos Sistemas de Justiça Negociada": uma visão introdutória.
Giulia Lasagni
Jacopo Della Torre

The Expedited Adjudication Procedure (***Seri Muhakeme Usulü***) in Turkish Criminal Procedure
O procedimento de julgamento expedito (seri muhakeme usulü) no processo penal turco
Ali Emrah Bozbayındır

Giustizia negoziata e invalidità nel procedimento penale italiano: un rapporto problematico
Negotiated Justice and procedural sanctions in the Italian criminal proceedings: a troubled relationship
Andrea Cabiale

Sui limiti della giustizia negoziale nel sistema EPPO: Criticità e margini di ampliamento delle procedure semplificate di azione penale
The limits of negotiated justice in the EPPO system: Critical profiles and margins for improvement of simplified procedures
Isadora Neroni Rezende

La deriva epistémica de la conformidad penal en España: del juicio oral a un proceso estructuralmente sesgado
The Epistemic Drift of Criminal Plea Agreements in Spain: From Oral Trial to a Structurally Biased Process
Núria Borràs Andrés

Judicial Control of Plea Agreements and the Right to Appeal: A Comparative Analysis of Common Law and Civil Law Models

Controle judicial dos acordos criminais e o direito ao recurso: análise comparativa dos modelos de common law e de civil law

Andrzej Sakowicz

Sebastian Zieliński

Fundamentos de Direito Processual Penal

Fundamentals of criminal procedure

Criterios hermenéuticos para la coexistencia entre la jurisdicción penal ordinaria y la jurisdicción indígena en Colombia

Hermeneutical criteria for the coexistence between ordinary criminal jurisdiction and indigenous jurisdiction in Colombia

Juan Sebastian Alejandro Perilla Granados

Invisibilización y revictimización: Desafíos en torno a la detección y protección de víctimas de formas mixtas de explotación en el norte de Chile

Invisibility and Revictimization: Challenges in the Detection and Protection of Victims of Mixed Forms of Exploitation in Northern Chile

Romina Ramos

Roberto Dufraix

Hans Guthrie

The Statute of Limitations in 21st Century: Between Public and Individual Interests in the Criminal Justice System

Extinção da Punibilidade pela Prescrição no Século 21: Entre os Interesses Públicos e Individuais no Sistema de Justiça Penal

Kacper Oleksy

Persecução penal: investigação, juízo oral e etapa recursal

Criminal prosecution: investigation, public oral trial and appeal

Duas décadas de atuação do Ministério Público Federal em crimes contra o mercado de capitais: lacunas, prioridades e perspectivas

Two Decades of Federal Prosecution in Capital Market Fraud: Gaps, Priorities, and Perspectives

Nahama Gomes dos Santos

Quando a violência doméstica bate à porta das Varas de Família: uma análise de processos com autoras que possuem medidas protetivas da Lei Maria da Penha

When domestic violence knocks on the door of the Family Courts: an analysis of cases involving plaintiffs who have protective measures of the Maria da Penha Law

Maria Eduarda Souza Porfírio

Fabiana Cristina Severi

La presencia del acusado durante toda la audiencia de juicio oral. Una interpretación procesal de la inconstitucionalidad por omisión del art. 285 CPP

The presence of the accused during the entire oral trial hearing. A procedural interpretation of the unconstitutionality by omission of art. 285 CPP

Carlos del Río Ferretti

Cartografia das competências ministeriais e judiciais na recusa de oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal no sistema acusatório brasileiro

Cartography of prosecutorial and judicial legal competences in the refusal of offering a Non-Criminal Prosecution Agreement in the Brazilian accusatory system

Ivan Xavier Vianna Filho

Matheus Felipe Manika

Teoria da Prova Penal

Criminal evidence theory

A busca pessoal e a "fundada suspeita": uma análise dos critérios da medida adotados em decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná em 2022 e 2023

The personal search and the "well-founded suspicion": an analysis of the measure criteria adopted in decisions of the Tribunal de Justiça do Estado do Paraná in 2022 and 2023

Maria Eduarda Fernandes Taques

Jorge Sebastião Filho

Francieli Lunelli

Função '***hash***' e a integridade da prova digital

'Hash' *Function and Digital Evidence Integrity*

Yuri Fisberg

A prova ilícita derivada e a exceção da descoberta inevitável: uma análise segundo a doutrina e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Derivative illegally obtained evidence and the inevitable discovery exception: an analysis based on the doctrine and case law of the Superior Court of Justice

Ary Matheus Vieira de Melo

Reynaldo Soares da Fonseca

Dossiê:
Uma análise comparativa dos sistemas de justiça negociada

Dossier:
A Comparative Analysis of Negotiated Justice Systems

Editorial of the Dossier "A Comparative Analysis of Negotiated Justice Systems": an introductory overview.

Editorial do Dossiê "Uma Análise Comparada dos Sistemas de Justiça Negociada": uma visão introdutória.

Giulia Lasagni[1]

Alma Mater Studiorum, Università di Bologna, Bologna, Italia

giulia.lasagni6@unibo.it

https://orcid.org/0000-0002-0183-2621

Jacopo Della Torre[2]

Università di Genova, Genova, Italia

jacopo.dellatorre@unige.it

https://orcid.org/0000-0001-8605-2669

Abstract: The editorial analyses the different models of negotiated justice from a methodological perspective. It investigates the notion

[1] Associate Professor in Criminal Procedure and Deputy Director of Single Cycle Degree in Law at the University of Bologna. Previously, she worked at the University of Luxembourg, and in the legal department of the Single Supervisory Mechanism (SSM) of the European Central Bank. She participates to several European and Italian research projects (e.g. CROSSJUSTICE, EUBAR, DEVICES, ECB Legal Research Programme, ParTFin, TRIANGLE EU, CRYPTOSAFE), also as Principal Investigator (FACILEX, EPPITALY).

[2] Associate Professor in Criminal Procedure at the University of Genoa, Italy. PhD in Law, cum laude, from the University of Udine. He currently serves as a consultant to the Italian Parliamentary Anti-Mafia Commission and as a Visiting Academic at the Faculty of Law, University of Cambridge, United Kingdom. Previously, he was Assistant Professor of Criminal Procedure at the University of Trieste and a Visiting Academic at the University of Nottingham, United Kingdom. He is the Principal Investigator of the Italian national research project on criminal evidence CRYPTOSAFE (PRIN 2022 PNRR) and the local project manager for EPPITALY (PRIN 2022). He is also involved in European projects on the digitalisation of criminal justice (DIGIRIGHTS) and on remedies for miscarriages of justice.

of negotiated justice, in relation to the mechanisms provided for under such label in different legal systems and critically examines the impact of similar models on procedural safeguards.

Keywords: negotiated justice; plea bargain; procedural safeguards; miscarriages of justice.

Resumo: *O editorial analisa os diferentes modelos de justiça negociada sob uma perspectiva metodológica. Examina-se o conceito de justiça negociada em relação aos mecanismos previstos sob essa denominação em distintos ordenamentos jurídicos e realiza-se uma análise crítica do impacto desses modelos sobre as garantias processuais.*

Palavras-chave: *justiça negociada; acordos criminais; garantias processuais; erros judiciários.*

1. Introduction

Since the last decades of the twentieth century, a growing number of states have adopted a highly heterogeneous set of procedural schemes based on the consent of the accused, through which the latter has assumed a key role in criminal proceedings, to the extent, according to some scholars, of preventing the possibility or even halting the proceedings.[3]

The extent of this phenomenon is now evidenced by numerous studies conducted in recent years.[4] Among these, a global study by Fair Trials, which analyzed ninety legal systems across six continents, is particularly noteworthy. The survey shows that, over the last thirty years, the number of countries that have introduced "trial waiver systems", which allow for the early resolution of criminal proceedings, has increased exponentially. While in 1990 only 19 of the countries examined officially

[3] "Dans le déroulement de la justice pénale, jusqu'à empêcher la possibilité ou même l'arrêt de la procedure", CHIAVARIO, Mario, La justice négociée: une problématique à construire. *Archives de politique criminelle*, 1993, 15, 27.

[4] See, for instance, LANGER, Máximo, The diffusion of plea bargaining and the global administratisation of criminal convictions. In LANGER, Máximo, MCCONVILLE, Mike and MARSH, Luke (eds.) *Plea Bargaining and Criminal Justice*, Elgar, 2024.

provided for forms of "justice by consent", by 2016 this number had reached 66: an impressive increase of around 300%.[5]

However, this global picture does not fully capture the complexity of the phenomenon. If we focus on the European continent, we can see that, at least for some countries, this trend is not exclusively a contemporary phenomenon but rather represents a return to the past[6]. Although until a few decades ago "it was a general opinion that, because of its construction in compliance with the rules governing the mixed form, a criminal process in continental Europe was not able to accommodate consensual decisions ending a process",[7] numerous studies have now clarified that forms of negotiated justice have a long tradition in the old continent as well[8].

If this is true, it should also be noted that the spread of "criminal consensualism"[9] in Europe has been less linear than in the Anglo-American experience. Periods of strong expansion—during which Roman-Germanic legal systems focused significantly on consensual justice to manage the caseload—were followed by periods of regression, among which the Age of Codification stands out in particular. That time was characterized by the never entirely successful attempt by central authorities to eliminate the possibility for defendants to enter into genuine 'negotiated criminal contracts'. In recent decades, however, the situation has reversed again, giving rise to a sort of circular path.

This observation is particularly interesting in that it reveals a fundamental fact of great importance: neither diachronically nor synchronically can it be argued, as some legal scholars have done in the

---

5 See FAIR TRIALS, *The Disappearing Trial. Towards a rights-based approach to trial waiver systems*, April 2017, accessible at: https://www.fairtrials.org/app/uploads/2022/01/The-Disappearing-Trial-report.pdf.

6 See DELLA TORRE, Jacopo. *La giustizia penale negoziata in Europa. Miti, realtà e prospettive*. Wolters Kluwer/CEDAM, 2019, pp. 47-145

7 WALTOŚ, Stanisław, Settlements in Criminal Procedures in Europe: an Attempt of Synthesis. *Archivum Iuridicum Cracoviense*, 2000, p. 6

8 See DELLA TORRE, Jacopo. *La giustizia penale negoziata in Europa,* cit., p. 48.

9 EKEU, Jean P., *Consensuolisme et poursuite en droit pénal comparé*, Parigi, 1993 e PRADEL, Jean, Le consensualisme en droti pénal comparé. *Boletim da Faculdade de Direito. Nùmero especial. Estudos em homenagem ao Prof Doutor Eduardo Correza*, vol. lll, Coimbra, 1984, pp. 331 ff.

past,[10] that justice by consent was a characteristic specific and typical exclusively of Anglo-American accusatory trial models. This has now been openly acknowledged by the Strasbourg Court, which affirmed how "it can be considered a common feature of European criminal-justice systems for an accused to obtain the lessening of charges or receive a reduction of his or her sentence in exchange for a guilty plea or nolo contendere plea".[11]

Given these premises, one should inquire about the underlying reasons that lead criminal justice systems to feel, in a widespread and transversal manner, the need to resort to such institutions[12].

It is clear that one factor has a decisive impact on this phenomenon: the need, felt by states, to identify tools capable of reducing the number of controversial cases, thereby lightening a judicial burden that has often become unsustainable[13]. From this perspective, it is not surprising that contexts of greatest expansion of negotiation, such as the present one, have occurred precisely when the ordinary process is no longer able to absorb the demand for justice, according to the forms prescribed by the various Charters of Fundamental Rights and by criminal justice systems as a whole. In such a context, the possibility of bringing a criminal case to an early conclusion following an agreement has often been perceived as a mechanism for the survival of the system, rather than as a criminal policy choice. It is precisely the need to address this problem that has led to the spread, in a formal or purely judicial manner, in more and more legal systems, of more streamlined procedural schemes than the 'ordinary' model of criminal procedure. Such schemes being characterized by the defendant's waiver of a more or less extensive set of guarantees, often incentivized by the promise of favorable treatment in terms of penalties (and, in some cases, even the possibility of avoiding a criminal conviction altogether).

---

[10] LANGBEIN, John H., Land without Plea Bargaining: How the Germans do it. *Michigan Law Review*, 1979, p. 204; LANGBEIN, John H. and WEINREB, Lloyd L. Continental Criminal Procedure: "Myth" and "Reality". *Yale Law Journal*, 1978, p.1549.

[11] See ECtHR, 23.2.2016, *Navalnyy ond Ofitserov v. Russia*, § 100.

[12] See DELLA TORRE, Jacopo. *La giustizia penale negoziata in Europa,* cit., pp. 145-151.

[13] FAIR TRIALS, *The Disappearing Trial*, cit., pp. 36 ff.

But that is not all. It should not be overlooked that the phenomenon described here can also be explained in light of the higher standard of fundamental rights recognized since the second half of the 20th century[14]. More rights mean longer trials; but, given the heavy workload and the scarcity of structural resources, this has placed many systems in a difficult position in terms of overall sustainability. This results in an obvious paradox: on the one hand, legal systems recognize more guarantees than in the past; on the other, they perceive the need to make some of them waivable, because they are not always sustainable in the full forms of ordinary judgment.

And it is precisely because of this structure, based on the renunciation of fundamental rights, that, among the mechanisms aiming at accelerating the procedure, those based on the defendant's consent are among the most delicate. This is especially true when, as is the case in several countries, even essential safeguards for reducing the risk of miscarriages of justice can be waived in such accelerated procedures, such as the standard of proof considered optimal for making a decision, the adversarial principle, the right to confront the accuser, the right to remain silent, the right to a second hearing on the merits, and so on. It is clear, moreover, that relativizing these guarantees means weakening fundamental safeguards to prevent the pronouncement of an unfair decision[15].

Hence, it is clear that the nature of the agreement, i.e., the content of the waiver, together with its effects and the controls that govern it, is a key factor in measuring the extent of the deviation that a similar mechanism entails with respect to the optimal cognitive model of criminal judgment. It is important to bear in mind that, as rightly pointed out in legal theory and now also in some international instruments, such mechanisms,

---

[14] See THAMAN, Stephen C., A Typology of Consensual Criminal Procedures: An Historical and Comparative Perspective on the Theory and Practice of Avoiding the Full Criminal Trial. In THAMAN, Stephen C. (ed.) *World Plea Bargaining. Consensual Procedures and the Avoidance of the Full Criminal Trial*, Durham, 2010, pp. 326-330; WEIGEND, Thomas, Why have a Trial when you can have a Bargain?. In: DUFF, Antony, FARMER, Lindsay, MARSHALL, Sandra, TADROS, Victor (eds.), *The trial on trial*, vol. II, Oxford e Portland, 2006, p. 213.

[15] See DELLA TORRE, Jacopo, Riti consensuali ed errore giudiziario: un binomio ricco di criticità. In: LUPARIA, Luca (ed.), *L'errore giudiziario*, Milano, 2021, p. 403.

if not accompanied by adequate procedural guarantees, can profoundly transform the role of the parties to the proceedings and give the latter a more administrative connotation. What is more delicate, however, is that they may even compromise consistency with the deeper purposes of criminal justice, "such as identifying those who commit criminal offenses so that criminal law can be appropriately applied to them, while preventing wrongful convictions, treating defendants fairly and equally, using criminal law only as a last resort, and enabling the penal system to be transparent and render accounts to society".[16]

Given the spread of the phenomenon and its critical aspects, in this Dossier we have decided to focus our attention on one of the most problematic aspects of the broader phenomenon of consensualism in the criminal matter: that of negotiated justice in the strict sense.

This goal already poses an initial difficulty, which also emerged in the contributions selected in *this Dossier*. Indeed, the lack of a single normative definition of the concept in question generates significant complexity in determining what falls within its scope and what is excluded. For this reason, it is useful to start from the attempt to identify what – at least in our opinion – constitutes the core and the truly characteristic feature of criminal negotiation.

2. In search of a shared definition of "negotiated justice"

The expression "negotiated criminal justice" can be included, without fear of contradiction, among the most widely used doctrinal categories at international level for classifying the procedural frameworks present in contemporary procedural systems.[17]

---

[16] LANGER, Máximo, Plea Bargaining as Second-Best Criminal Adjudication and the Future of Criminal Procedure Thought in Global Perspective. In: LANGER, Máximo, MCCONVILLE, Mike and MARSH, Luke (eds.) *Plea Bargaining and Criminal Justice*, cit., p. 552.

[17] See, in support of this, the study, characterized by a European perspective, by TULKENS, Françoise. Negotiated justice. In: DELMAS MARTY, Mireille and SPENCER, John (eds). *European Criminal Procedures,* Cambridge, 2005, pp. 641 ff.

However, anyone encountering this term cannot help but feel confused, at least at first glance, as it is affected by a considerable degree of linguistic uncertainty.

As proof of this, suffice it to say that authoritative Belgian doctrine, in order to account for some of the possible meanings with which this concept can be understood, found itself forced to divide *justice négociée* into a narrow sense,[18] a broad sense,[19] and a very broad sense.[20] It is interesting to note that a similar opinion had already been expressed more than a decade earlier in other countries. Even then, for instance, in Italy there were those who had stated that the concept of negotiated criminal justice in the *strict sense* adhered precisely only to the negotiation schemes grounded on the agreement of the parties, while in a *broad sense* it be used to encompass all the schemes of participation of the defendant alternative to the typical operating models of criminal justice.[21] More recently, in the same context, it has been acknowledged that the label "negotiated justice" lends itself to more or less extensive uses, resulting

---

[18] See JACOBS, Ann. Le droit belge dans le concert européen de la justice négociée. *Revue internationale de droit pénal* 2012/1 Vol. 83, p. 44, according to whom "au sens strict, la justice négociée s'entend d'une justice ouvrant un champ pour une véritable négociation entre les intervenants à la procédure pénale [...] partenaires à part entière de la rencontre des volontés, chacun faisant valoir son point de vue et ses intérêts sous forme de propositions et de contrepropositions jusqu'à aboutir à un accord".

[19] Id., which states that "la justice négociée peut aussi être comprise, dans un sens plus large, comme incluant tout mécanisme comportant un assentiment des personnes visées par le processus judiciaire à la solution du conflit".

[20] Id., who finally argues that "plus largement encore, l'on peut parler de justice négociée chaque fois que le particulier se trouve en situation de jouer un rôle décisif dans le déroulement de la justice pénale".

[21] This opinion is held by CATALANO, Elena Maria. *L'accordo sui motivi di appello*. Giuffrè, 2001, p. 38, and is also taken up, among others, by GARUTI, Giulio. Dal dissenso immotivato alla giustizia riparatoria: lo stato dei poteri dispositivi delle parti. *Studium Iuris,* 2002, p. 1331.

in the identification of a "generic meaning",[22] a "slightly less generic meaning"[23], and, finally, a "more specific" meaning.[24]

In any case, from the most commonly used (re)definitions of the concept, it seems that the majority opinion[25] favors the "etymological"

---

[22] See PULITANÒ, Domenico. Relazione introduttiva. Problemi del negoziabile nella giustizia penale. In: *Criminalità d'impresa e giustizia negoziata: esperienze a confronto,* Milano, 2017, p. 28, according to whom this concept, in the most general sense, can refer to negotiations (direct or indirect, explicit or implicit) that are part of the normal system, those concerning compensation for damage caused by a crime.

[23] Id. p. 28, who specifies that in a slightly less generic sense negotiated justice may refer to the use of *lato sensu* reward regulations, which link favorable consequences to *post delictum* behavior.

[24] Id., according to whom the expression in question in the "most specific sense" would indicate formal negotiations within the framework of alternative procedures (plea bargaining).

[25] Among others, BEERNAERT, Marie-Aude, Transactions, accords de plaider coupables et autres procedures judiciaires simplifiées – Quelques considérations sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de justice pénale consensuelle ou négociée, en marge de l'arrêt Natsvlishvili et Togonidze c. Géorgie du 29 avril 2014*, Revue trimestrielle de droit de l'homme*, 2015, p. 208 nt 2; BRANDÃO, Nuno. Acordos sobre a setença penal: problemas e vias de solução. *Julgar,* 2015, p. 16, nt. 15; DELMAS-MARTY, Mireille Prospettive sulla procedura penale in Europa*, Indice penale*, 1994, p. 236-237; D'ORAZIO, Samuel. La consécration de la justice pénale négociée. *Annales de droit de Louvain,* 2003, p. 384; FIŠER, Zvonko, GIALUZ, Mitja. La giustizia negoziata in Europa: uno sguardo comparato tra Slovenia e Italia. *Dir. pen. proc.,* 2012, p. 1149; JACOBS, Le droit belge*,* cit., p. 44; JUNG, Heike, Plea Bargaining and its Repercussions on the Theory of Criminal Procedures. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 5, 2, 1997, pp. 112 ff.; MOREAU, Thierry, La reconnaissance préalable de culpabolité : just a deal ? Une occasion à ne pas manquer, mais un virage à bien négocier. In AA.VV., *La loi «pot-pourri II» : un recul de civilisation ?*, directed by M. Cadelli-T. Moreau, 2016, Limal, p. 129; TULKENS, Françoise. Una giustizia negoziata. In: CHIAVARIO, Mario (ed), *Procedure penali d'Europa,* Padova, 1998, p. 621; TULKENS, Françoise, VAN DE KERCHOVE, Michel. La justice pénale: justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée ?. In: GÉRARD, Philippe, OST, François et VAN DE KERCHOVE, Michel. *Droit négocié, droit imposé ?,* Presses universitaires Saint-Louis Bruxelles, 2019, p. 533; TURNER, Jenia I., WEIGEND, Thomas. Negotiated Justice. In: G. SLUITER, H. FRIMAN, S. LINTON, S. VASILIEV, S. ZAPPALÀ (eds), *International Criminal Procedure: Principles and Rules,* edited by Oxford, 2013, pp. 1376 ff.; GLESS, Sabine, ZURKINDEN, Nadine. Negotiated Justice. Balancing Efficiency and Procedural Safeguards. In: LIGETI,

meaning of the adjective "negotiated",[26] linked to the Latin word *negotiatio*, to be understood as a series of discussions and negotiations between individuals, social partners and representatives of States, conducted with a view to reaching agreement on the issues raised.[27] Used in this way, the concept would refer, in particular, to those criminal law mechanisms that can give rise to a genuine exchange of proposals and counterproposals[28] between several parties, aimed at reaching an agreement,[29] capable of altering, to a greater or lesser extent, the normal procedural sequence

---

Katalin, FRANSSEN, Vanessa (eds), *Challenges in the Field of Economic and Financial Crime in Europe and the US* (Hart Publishing, 2017), p. 119. A peculiar exegesis of the phrase in question is, however, supported by FERRUA, Paolo. *La prova nel processo penale. Volume I. Struttura e procedimento*, 2nd ed. Turin, 2017, p. 9, according to which "negozio" refers to the exchange, the *do ut des* that characterizes these procedures: reduction of the sentence in exchange for acceptance of the conviction in the plea bargain or waiver of the right to cross-examination in the abbreviated trial. In doing so, therefore, this authoritative doctrine identifies as an essential feature of negotiated justice not the existence of concrete bargaining, but the presence, precisely, of an 'exchange', even an abstract one, determined by the adherence of a party to the proceedings to a procedural institution. A definition focused on the concept of "exchange" is also proposed by GIALUZ, Mitja. Voce *Applicazione della pena su richiesta delle parti*. In: *Enc. dir.,* Annali II, t. I, Milan, 2008, p. 14, who adds other conditions to this element: the mechanism that provides for *do ut des* must primarily respond to a procedural request and lead to a conviction through a "barter" between the defendant's admission of responsibility and the granting of advantages for the latter.

[26] See, on this point, GLESS, ZURKINDEN. Negotiated Justice, cit., p. 119.

[27] A "ensemble de discussions, de pourparlers entre des personnes, des partenaires sociaux, des raprésentants d'États, mené en vue de parvenir à un accord sur des problèmes poses", see CABON, Sarah-Marie. *La négociation en matière pénale*. Droit. Université de Bordeaux, 2014, p. 1. According to CHIAVARIO, Mario. La justice négociée, cit., p. 28, note 3, the expression "justice négociée" could evoke the idea of necessary bargaining; hence a preliminary negative assessment in terms of value judgment.

[28] In this regard, see TULKENS, VAN DE KERCHOVE. La justice pénale, cit., p. 533; as well as JACOBS, Le droit belge, cit., p. 44.

[29] It is worth noting that some authors, including MARCOLINI, Stefano. *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata,* Milano, 2005, p. 5, and MARAFIOTI, Luca. *La giustizia penale negoziata,* Milano, Giuffrè, 1992, p. 1, seem to focus their definitions of "negotiated justice" more on the element of agreement than on the necessary presence of negotiations, of which this is the result.

provided for by the legislator.[30] In other words, the key element of this category would be the fact that a negotiated justice model can provide for negotiation between the parties involved in the criminal justice system (judicial and police authorities, the accused, the victim), who act, at least formally, as *partners* in a contract in what could be defined as a "meeting of minds".[31] Conversely, all those mechanisms in which the dynamic element of negotiation is missing[32] - i.e. where there is no power of discussion, capable, through mutual concessions, to affect at least partially the content of these proposals and thus lead to a genuine negotiated agreement-[33] would not belong to this legal paradigm.

Opting for this interpretation, for example, mechanisms such as the Italian summary judgment and the *oblazione*, where there is the manifestation of consent by only one party to the proceedings (the defendant), who is faced only with the choice attributed in abstract terms by the law to decide whether or not to opt for such procedures,[34] would not fall within the scope of "negotiated justice", given the absence of an exchange of mutual concessions.[35]

At the same time, this judicial paradigm would not traditionally include those forms of criminal settlements in force, among others, in France and Belgium, precisely because they are based on a flat offer made by the authority to the accused, which, at least in theory, can only be accepted or rejected in its entirety, but not negotiated in terms of quantity.[36]

---

30 See MARCOLINI. *Il patteggiamento,* cit., p. 5.

31 In this regard, see TULKENS. Una giustizia negoziata, cit., p. 621.

32 Idem.

33 TULKENS, VAN DE KERCHOVE. La justice pénale, cit., p. 533.

34 See, for example, CATALANO. *L'accordo,* cit., p. 31, who states that unilateral expressions of will are foreign to the concept of negotiated criminal justice in the *strict* sense but instead constitute the elective scope of application of the category of negotiation in the field of criminal proceedings.

35 See GLESS, ZURKINDEN. Negotiated Justice, cit., p. 119.

36 This view is expressed by TULKENS. Una giustizia negoziata, cit., pp. 621-622, as well as JACOBS, Le droit belge, cit., p. 72, who, however, pointed out that if in Belgium, prior to the laws of April 14 and July 11, 2011, a criminal settlement could not be considered negotiated justice, but only a contract of adhesion, on the contrary, this new law would "sans doute

On the contrary, not only the Anglo-Saxon *plea bargaining*,[37] the German *Verständigung*, or the Italian plea bargaining, but also all forms of bargaining in juvenile justice proceedings or during the enforcement phase would be exemplary manifestations of the category of "negotiated justice", precisely because they can be based on *negotiation*, even though that does not necessarily happen in concrete terms.[38] Indeed, given its generality, the term "negotiated justice" does not allow, at least if understood from a strictly literal point of view, for further distinctions to be made *a priori* between the heterogeneous existing forms of bargaining. In other words, even opting for the etymological meaning of the term "negotiated", the range of mechanisms potentially based on "bargaining" remains clearly heterogeneous.

In light of all this, it is not surprising that several authors have felt the need to adopt additional secondary classification criteria, with respect to the primary criterion of negotiation and/or agreement, suitable for carving out even more restricted areas (and therefore meanings) within the vast archipelago of negotiability.

To this end, parameters based on the moment when the agreement is reached have been proposed, considering it appropriate to separate the negotiated schemes operating before the judgment becomes final

---

ouvrir un espace pour une véritable négociation, même si tel n'est pas le modèle adopté par le législateur".

[37] It should also be noted that in US doctrine, some authors argue that, despite appearances, in practice *plea agreements* are not really negotiated in most cases but, due to the greater bargaining power of *prosecutors* compared to the defendant and his or her defense counsel, are more like a "contract of adhesion in which one party can effectively force its will on the other party", see, verbatim, RAKOFF, Jed. S. Why Innocent People Plead Guilty, in *www.nybooks.com*. In the same vein, see STRUTIN, Ken. Truth, Justice, and the American Style Plea Bargain. *Albany Law Review,* 2013-2014, p. 829.

[38] It should be noted that, in order for a mechanism to fall within the category in question, it does not seem necessary for an exchange of proposals and counterproposals between two or more parties to take place in each individual case, but only that such a possibility exists in the abstract. In fact, it is entirely natural that, in practice, an agreement between the parties can be reached immediately, without prior negotiation.

from those occurring in the enforcement phase.[39] And this certainly not because the study of these regulatory areas from the point of view of consensus cannot prove fruitful, but because they constitute autonomous subsystems that obey logics and fundamental principles different from those in force in the trial phase.[40]

At the same time, subjective criteria have also been proposed, suggesting that the procedural mechanisms concerning adult defendants should be separated from those designed for minors,[41] or that they should be divided according to whether or not the victim participates in the proceedings,[42] or, again, whether or not the agreement is presented in proceedings concerning natural or legal persons.

The following sections will follow this approach by proposing two (additional) classification sub-criteria, based in particular on *the rationale* behind the negotiated mechanisms and their purpose. This will serve as indispensable corrective measures to the vagueness that also afflicts the definition of negotiated criminal justice *in the strict sense*.

3. "Negotiated justice" and "restorative justice"

Without fear of contradiction, it can be said that one of the most debated classification issues concerning the macro-category of procedural mechanisms is whether those belonging to the paradigm of *restorative justice*[43] – and in particular mediation between the offender and the

---

[39] In this regard, see, for example, TULKENS. Una giustizia negoziata, cit., p. 622, as well as MARCOLINI. *Il patteggiamento,* cit., p. 4.

[40] See MARCOLINI. *Il patteggiamento,* cit., pp. 4-5.

[41] Id., p. 2.

[42] Thus, authoritatively, DELMAS-MARTY. *Prospettive,* cit., p. 236.

[43] The literature on this model of justice is boundless. For the necessary doctrinal references on this point, see, in Italian literature alone, the volumes EUSEBI, Luciano (ed), *Una giustizia diversa. Il modello riparativo e la questione penale*, Milano, 2015; MANNOZZI, Grazia, LODIGLIANI, Giovanni Angelo (eds). *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna, 2015; MANNOZZI, Grazia. *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale,* Milano, 2003; MATTEVI, Elena. *Una giustizia più riparativa. Mediazione e riparazione in materia penale*, Napoli, 2017. For a comparative analysis of the evolution of 'restorative justice' at European level, see

victim (*victim offender mediation*-VOM) – can also be included within the realm of *negotiated justice*. This question inevitably arises, given that VOM contains elements that characterize the definition of negotiated justice in the strict sense: within VOM, a dialogue takes place between the parties to the proceedings (in this case, the offender and the victim) in front of a mediator, with the aim of reaching an agreement that can lead to an early settlement of the case.[44] In short, we are undoubtedly dealing with procedural paradigms based on discussion, which, if successful, can result in a (very marked) *diversion* from the ordinary procedure.[45]

Precisely by leveraging the objective—and indisputable—fact that negotiations can lead to an agreement that can transform the ritual, a part of the European doctrine, albeit with some different nuances of thought, has classified VOM—perhaps the main institution of *restorative justice*[46] —within the domain of negotiated justice[47]. However, this opinion

---

the extensive collective volume by DÜNKEL, Frieder, GRZYWA-HOLTEN, Joanna, HORSFIELD, Philip (eds.), *Restorative Justice and Mediation in Penal Matters*. A *stock-taking of legal issues, implementation strategies and outcomes in 36 European countries,* vols. I-II, Mönchengladbach, 2015.

[44] For a complete description of how mediation between victims and offenders works, see MANNOZZI, LODIGLIANI. *Giustizia riparativa,* cit., pp. 249 ff.

[45] See, CIAVOLA, Agata. *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 50.

[46] See MANNOZZI, LODIGLIANI. *Giustizia riparativa,* cit., p. 101, as well as p. 255, where the authors clarify that among the instruments of restorative justice, mediation can be considered, if not the most important, at least the most formalized.

[47] In this regard, among many others, see CAIRO, Robert. *La médiation pénale: Entre répression et réparation,* Paris, 1997, p. 17; M. CAPUTO, Matteo. *Il diritto penale e il problema del patteggiamento,* Jovene, 2009, p. 416; CATALANO. *L'accordo,* cit., p. 38; AMIEL, Claude, GARAPON Antoine. Justice négociée et justice imposée dans le droit français de l'enfance. *Annales de Vaucresson*, 1987, n°27, pp. 17 ff.; GARUTI, *Dal dissenso*, cit., p. 1331; JACOBS, Le droit belge, cit., p. 45; MAZEROL, Marie-Thérèse. Justice négociée: une expression ambiguë; pour le magistrat, un «compromis» *entre deux types* d'aspirations,. *Annales de Vaucresson,* 1988, no. 29, p. 77 ff.; MILBURN, Philip. De la négociation dans la justice imposée. *Négociations,* no 1(1), 2004, pp. 27 ff.; Id., *Évolution de la place de la médiation dans la justice française*. *Négociations,* 2009, no. 12, p. 147; MONDON, Denis Justice imposée, justice négociée *: les limites d›une opposition, l›exemple du parquet*. *Droit et société*, n°30-31, 1995. pp. 349 ff.; TULKENS. Una giustizia negoziata, cit., pp. 629 ff.; TULKENS, VAN

has been completely rejected by other authors, who have placed VOM outside the phenomenon under consideration, relying on the completely heterogeneous *rationale* that characterizes classic mechanisms of negotiated justice, as opposed to restorative ideals.[48]

It is, moreover, undisputed that the *restorative* model—beyond the complex definitional problems that afflict it[49] —has, as its primary purpose, that of favoring an alternative to traditional punitive sanctions, in response to criminal offenses.[50] This model does not focus on the

---

DE KERCHOVE. La justice *pénale,* cit., p. 533; VAN DE KERCHOVE, Michel. Contractualisation de la justice pénale ou justice pénale contractuelle?. In : S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ, *La contractualisation de la production normative,* Dalloz, 2008, pp. 195 ff. It seems useful to point out that VENTUROLI, Marco. *La vittima nel sistema penale dall'oblio al protagonismo?*, Napoli, 2015, p. 79, even stated that "the protection of the victim represents one of the main objectives – if not the primary one – of the paradigm of negotiated justice (known as *restorative justice*", thus demonstrating that he uses the two concepts as synonyms. CAPRIOLI, Francesco. Processo penale e commisurazione della pena. In: PAVARINI, Massimo (ed). *Silète poenologi in munere alieno! Teoria della pena e scienza penalistica, oggi,* Bologna, 2006, p. 152, notes strong similarities between *restorative justice* and Italian plea bargaining.

48 In this sense, see EUSEBI, Luciano Giustizia conciliativa e discrezionalità nel sistema penale. In: PICOTTI, Lorenzo, SPANGHER, Giorgio (eds), *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale.* Milano, 2005, p. 71; GIALUZ. Voce *Applicazione,* cit., p. 14; MAGGIO, Paola. Mediazione e processo penale: i disorientamenti del legislatore italiano. In: PERA, Alessandra, *Dialogo e modelli di mediazione*, Padova, 2016, p. 39; PATANE', Vania also seems to believe that mediation operates from a different perspective compared to negotiated justice, see La tutela della vittima nel procedimento di mediazione. *Giur. it*., 2012, p. 488. In similar terms, but with reference to Spanish *conformity*, see DEL MORAL GARCÍA, Antonio. Otra vez sobre conformidad y conformidades en el proceso penal. In: *Fernando Herrero-Tejedor Algar. Liber Amicorum,* Madrid, 2015, p. 507 ff., who believes that mediation implies anthropological concepts that are very distant from the criminal utilitarianism that inspires conformity.

49 See MANNOZZI, LODIGLIANI. *Giustizia riparativa,* cit., pp. 89 ff. See also, in particular, Annex 3, entitled *Restorative justice. Definitional profiles; types and characteristics of restorative justice programs,* in the proceedings of Table 13, of *the General Assembly on Criminal Enforcement,* entirely dedicated to "*Restorative justice, mediation, and victim protection*," available at *www.giustizia.it*.

50 See PERONI, Francesco. Nozioni fondamentali. In: PERONI, Francesco, GIALUZ, Mitja. *La giustizia penale consensuale. Concordati, mediazione e conciliazione*, Torino, Utet, 2004, p. 5. On this subject, see also VAN DE

mere atonement for the illicit committed but rather on a process of reconciliation and reparation of the conflict that has arisen as a result of the criminal offense. In short, if the fundamental element of the mechanisms belonging to the paradigm of negotiated justice is, once again, identified in the consent of the accused,[51] in the restorative models the former is not merely instrumental to the early closure of the proceedings[52] or to obtaining a reward, but, on the contrary, serves - for the most part - as a sign of adherence to a "process of pacification" between the victim and the offender.[53] Restorative justice is, in essence, certainly a dialogical paradigm, but not because it presupposes a dialogue between the state and the perpetrator of the crime. Instead, it presupposes, at least in the basic form of VOM, a dialogue between the perpetrator and the victim,[54]

KERCHOVE, Michel. La justice restauratrice au cœur du conflit des paradigmes de la peine. *Histoire de la justice,* 2015, no. 1, pp. 123 ff.

[51] See, for example, Articles 2 and 12 of Directive 2012/29/EU of October 25, 2012, establishing minimum standards on the rights, support, and protection of victims of crime and replacing Framework Decision 2001/220/JHA, in *OJEU,* November 14, 2012, L. 315/57, which establish the free consent of the defendant and the victim as a prerequisite for the functioning of restorative justice.

[52] See GIALUZ, Mitja. *Mediazione e conciliazione.* In: PERONI, Francesco, GIALUZ, Mitja. *La giustizia penale consensuale* cit., p. 103.

[53] Id., p. 103. UBERTIS, Giulio. *Riconciliazione, processo e mediazione in ambito penale*, in Id., *Argomenti di procedura penale,* vol. II, Milan, 2006, p. 102 speaks of a restored relationship between victim and offender, in which mutual recognition of their humanity is achieved, painful but also without resentment and, if anything, confident in the future.

[54] See DONINI, Massimo. Compliance, *negozialità e riparazione dell'offesa nei reati economici. Il delitto riparato oltre la* restorative justice. In: *Criminalità d'impresa e giustizia negoziata: esperienze a confronto*, a cura del CNPDS, Giuffrè, Milano, 2017, p. 45, to which reference should also be made for an effective distinction between the categories of '*restorative* justice' and 'repaired crime', which – unlike the former – 'may depend on very cynical, instrumental assessments of the legal system itself, on very utilitarian interpretations of rewards'. By the same author, on the category of 'repaired crime', see Id., Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio. *Dir. pen. cont. – Riv. trim*., 2015, no. 2, pp. 236 ff. According to PALAZZO, Francesco. Giustizia riparativa e giustizia punitiva. In: MANNOZZI, LODIGLIANI. *Giustizia riparativa,* cit., p. 73, institutions based on subsequent behavior to neutralize the offense can be conceived in a purely

whose relationship is placed at the center of the system.[55] The aim is to reach an agreement that allows for the reconstruction of that personal and social "fracture" that the crime has produced, by leveraging on a third party, preferably outside the criminal justice apparatus.[56] Once reconciliation has been achieved, the idea is that the public interest in bringing a case before the criminal court diminishes: reparation and reconciliation between the victim and the offender would, in fact, justify the judicial apparatus' decision not to pursue the proceedings.[57]

Conversely, "canonical" institutions of negotiated justice – such as *plea bargaining*, *Verständigung*, or other forms of settlement – are driven by a purely efficiency-based approach.[58] They pursue – to a undoubtedly predominant extent – the purely intra-procedural goal of ensuring the survival of the classic state-centric criminal model, allowing for the reduction of the excessive judicial workload[59] (in some cases, also the prison workload), to which modern criminal justice systems are certainly exposed. The "negotiation idea" is therefore permeated by an "economic" logic, that valorizes the failure to hold trials as a fact worthy of punitive reward.[60] This synallagmatic premise, already at first glance, is completely different from the *restorative* idea.

---

utilitarian logic or in the broader framework of a path of reconciliation between offender and victim.

55 In this regard, see PALIERO, Carlo Emilio. La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia, in *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Milano, 2007, p. 112, as well as CIAVOLA. *Il contributo,* cit., p. 48.

56 See also DONINI. Compliance, cit., p. 45.

57 In this regard, see CIAVOLA. *Il contributo,* cit., p. 50.

58 See, on this point, the effective considerations of DAMASKA, Mirjan. *Negotiated Justice in International Criminal Courts,* in *World plea bargaining,* cit., p. 94, according to whom "practical usefulness or necessity turns out to be the only persuasive justification for negotiated justice".

59 Id, p. 94, where the author states that "the other, more important manifestation is the overload of the criminal justice system. If most cases went to trial, the personal and financial resources available for criminal law enforcement would be strained to the point where the quality of justice would be lowered throughout the system".

60 See DONINI. Compliance, cit., cit., p. 32.

It is precisely from this perspective, for example, that those who have attempted to separate conciliatory justice from *negotiated justice* have stated that the former aims to re-establish a dialogue between the perpetrator and the victim – regarding the needs for protection and reparation concerning the damaged property; while negotiated justice aims to promote the efficiency of the procedural system.[61]

Even in the absence of any regulatory guidance, the opinion of those who place VOM (and other restorative mechanisms involving a dialogue phase of discussion) outside the scope of negotiated criminal justice seems preferable to us, for several reasons.

Firstly, the clear distinction between these two phenomena, based on the *rationale* criterion has considerable advantages for classification purposes, given that it allows for a better delineation of the boundaries of both the category of negotiated justice and that of restorative justice.

Thus, for example, the division between *restorative* and *negotiated justice* allows us to clearly distinguish mediation between victim and offender from other types of mediation, which are characterized by a purpose unrelated to reparation. As is well known, in recent years, especially in the United States, alongside VOM, so-called *Case-Management Criminal Mediation*[62] (also known as *Voluntary Settlement Conferencing*) has also developed. They are nothing more than a process in which a "mediator" – often a judge – is not concerned at all with achieving reconciliation between the victim and the offender, but, on the contrary, aims at facilitating – at the request of the parties or the court – the conclusion of an agreement between *the prosecutor and* the defendant.[63]

---

[61] EUSEBI, Luciano. Profili della finalità conciliativa nel diritto penale. In: DOLCINI, PALIERO, *Studi in onore di Giorgio Marinucci,* Milano, 2006, 1110 ss.

[62] On this subject, see, among many others, LAFLIN, Maureen E. Remarks on Case-Management Criminal Mediation. *Idaho Law Review,* 2004, pp. 572 ff.; LEONARD, Taylor C. The Pressure to Plead: How Case-Management Mediation Will Alter Criminal Plea-Bargaining. *Journal of Dispute Resolution,* 2014, pp. 161 ff.; LESTER, Brandon. System Failure: The Case for Supplanting Negotiation with Mediation in Plea Bargaining. *Ohio State Journal on Dispute Resolution,* 2005, pp. 563 ff., to which reference should also be made for further doctrinal and jurisprudential indications.

[63] For a clear distinction between VOM and *Case-Management Criminal Mediation,* based on the different *rationales* that characterize these institutions,

The purpose of *Case Management Mediation* is, in fact, "to conserve limited government funds, by cutting court dockets and increasing the likelihood of pre-trial plea bargains".[64] In short, it is a procedural mechanism aimed – first and foremost – at making it easier to reach an agreement on a *guilty plea* by the defendant, especially when "initial attempts at negotiation or plea bargaining have failed".[65] Well, it is precisely the *rationale* criterion that allows us to classify this type of mediation as plea bargaining,[66] being it "focused on the retributive paradigm".[67] In other words, it is not the word "mediation" in itself that is the key to the unlock the restorative model. Rather, that depends on the concrete ways in which the mechanism is organized to (re)build the (social) bond between the victim and the offender.

A clear separation between *restorative* and *negotiated* schemes is also useful in order to avoid "label frauds". In this regard, one need only to think of the mechanism recently introduced by the Italian legislator in Article 162-*ter* of the Criminal Code, namely the extinction of the offense through restorative conduct.[68] Despite the reference to "reparation", this

---

see LAFLIN, Remarks, cit., pp. 579 ff., where it is also specified that "while victims and family members may be present for at least some portions of the conference, and some victim offender dialogue is theoretically possible, in practice the session itself is closer to facilitated plea negotiation than to VOM. If the victim and the offender can reconcile, this is an added bonus. Healing relationships is a by-product which may occur under the case management model, but it is not a primary focus". For a case law application, see *State v. Milligan,* No. 108.094, 2013 WL 2919942 (Kan. Ct. App. June 27, 2013), on which, see LEONARD, The Pressure, cit., pp. 162 et seq. A detailed doctrinal proposal aimed at enhancing the use of mediators in *plea* bargaining is contained in the recent volume by KELLY, William R., PITMAN, Robert. *Confronting Underground Justice. Reinventing Plea Bargaining for Effective Criminal Justice Reform,* Lanham – Boulder – New York – London, 2018, pp. 138 ff.

64 See, in this regard, LEONARD, The Pressure, cit., p. 168.

65 Thus, LAFLIN, Remarks, cit., cit., p. 587.

66 The expression is taken from LESTER. System Failure, cit., pp. 563 ff.

67 See LAFLIN, Remarks, cit., p. 587.

68 Among the first analyses of this provision, inserted by Law No. 103 of June 23, 2017, see CASCINI, Domenica Naike. Il nuovo art. 162-ter c.p.; esempio di "restorative justice" o istituto orientato ad una semplice funzione deflattiva?, *Arch. pen. online*, n. 2, 2017; DE FALCO, Giuseppe La nuova causa di estinzione del reato per effetto di condotte riparatorie di cui all'art. 162-ter

model is, in fact, a scheme that has nothing to do with *restorative justice*.[69] Conversely, it seems fully applicable – as a source of possible negotiations between parties to the proceedings – within the framework of *negotiated justice*. This is precisely because, within Article 162-*ter*, the scope for intervention by the victim is entirely marginal compared to the pressing need for deflation, which is always in the background.[70] In short, it is a form of "monetized" criminal justice scheme,[71] characterised by a purely economic logic,[72] which does not satisfy the ideals of restorative justice.

In any case, a second reason why the thesis that assimilates such different procedural schemes as *plea bargaining* and VOM into a single macro-category – namely, negotiated criminal justice – does not seem acceptable is that doing so greatly increases the danger of devaluing the completely different meaning of the discussion and confrontation between the parties to the proceedings that takes place in these institutions.

As has been effectively stated, in fact, the essence of mediation is the "journey", the shared path, the dialogue, the *storytelling* with

---

c.p.: efficacia deflattiva reale o presunta?. *Cass. pen.,* 2017, pp. 4626 ss.; FERRANTI, Donatella. Giustizia riparativa e stalking: qualche riflessione a margine delle recenti polemiche, *Dir. pen. cont*., 4 July 2017; GRANDI, C. L'estinzione del reato per condotte riparatorie. Profili di diritto sostanziale. *www.lalegislazionepenale.eu*, 13 November 2017; MARUOTTI, RG. La nuova causa di estinzione del reato per condotte riparatorie di cui all'art. 162-ter cp tra (presunta) restorative justice ed effettive finalità deflative: prime riflessioni de iure condito. *www.questionegiustizia.it*; MURRO, Ottavia. La riparazione del danno come causa di estinzione. In SPANGHER, Giorgio (ed). *La riforma Orlando. Modifiche al Codice penale, Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, Pisa, 2017, pp. 48 ss.; QUATTROCOLO, Serena. Condotte *post factum* ed estinzione del reato: il nuovo art. 162-ter c.p. conferma il terzo principio della dinamica?. In: GIULIANI, Livia, ORLANDI, Renzo (eds). *Indagini preliminari*, cit., pp. 265 ss.

[69] See, on this point, in particular, as well as QUATTROCOLO. Condotte *post factum,* cit., p. 292. On the contrary, FERRANTI, Giustizia riparativa, cit., p. 3, seems to express a different opinion.

[70] See QUATTROCOLO. Condotte *post factum,* cit., p. 293, note 65.

[71] This echoes the expression used by CENTORAME, Federico. «*Certa, liquida ed esigibile»: sulla giustizia penale «monetizzata»*. *Riv. dir. proc*., 2018, pp. 127 ff.

[72] The quotation is again from CENTORAME. «*Certa, liquida ed esigibile*» cit., p. 140.

therapeutic value and recognition of the other, the "ritual" that seeks to transform the destructive effects of conflict into an opportunity to "live with disorder" and find the infinite patience to start again.[73] On the contrary, in Italian plea bargaining, in German *Verständigung* or in US *plea bargaining*, the negotiation between the parties has purely economic or strategic aims: for the defendant to minimize the penalty that would abstractly be applicable to him/her and for the prosecution to save time and energy. In short, in the restorative and negotiated models, there are totally different "dialogic moments", which, precisely because of their heterogeneity, should not be assimilated at all.

Last, placing the *restorative* and *negotiated* paradigms on the same level is inadvisable even from a strictly pedagogical point of view. Doing so, would exacerbate the danger—already concrete in itself – that restorative institutions will not be seen in practice as useful means of rebuilding the bonds of human and social coexistence damaged by crime, but as schemes devoted solely to efficiency, allowing for easy reductions in sentences or quicker and more substantial compensation for damages.

As proof of the reality of the risk just mentioned, one needs only consider what happened in Italy with regard to the suspension of proceedings with probation for adult defendants.[74] Although authoritative doctrine had suggested that this procedural mechanism should be framed within *restorative justice*,[75] in its concrete application the Constitutional

---

[73] See MANNOZZI, LODIGLIANI. *Giustizia riparativa,* cit., p. 257.

[74] For a presentation of this, see the monographic studies by BOVE, Valeria. *La messa alla prova,* Pisa, 2018; MAFFEO, Vania. I *profili processuali della sospensione con messa alla prova,* Naples, 2017; MIRAGLIA, Michela. *Un processo penale diverso. Analisi e prospettive della messa alla prova*, Torino, 2018, as well as the encyclopedic entries by CESARI, Claudia. Voce *Sospensione del processo con messa alla prova,* in *Enc. dir*., Annali IX, 2016, pp. 1005 ff.; CONTI, Carlotta. Voce *Sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato maggiorenne,* in *Dig. disc. pen.,* Agg. VIII, Turin, 2016, pp. 691 ff.

[75] This thesis is supported, for example, by UBERTIS, Giulio. Sospensione del procedimento con messa alla prova e Costituzione. *Arch. pen*., 2015, pp. 726 ss.; SANNA, Alessandra. L'istituto della messa alla prova: alternativa al processo o processo senza garanzie? *Cass. pen*., 2015, pp. 1266 ss.; CESARI, Claudia, sub *art. 464-bis*. In: CONSO, Giovanni, ILLUMINATI, Giulio. *Commentario breve al codice di procedura penale*, 2ª ed., Padova, 2014, p. 2124. Altra parte della dottrina, invece, ha negato che la disciplina della messa alla

Court,[76] driven by deflationary needs, gave it a purely utilitarian interpretation,[77] expressly assimilating it, on several occasions, to summary judgment and plea bargaining.[78] This example clearly demonstrates that

prova rientri realmente all'interno dei paradigmi della *restorative justice*, cfr., per tutti, BERTOLINI, Benedetta. *La messa alla prova per adulti sotto le lenti della giustizia riparativa*, in *Verso un processo penale accelerato. Riflessioni intorno alla l. 67/2014 al d lgs. 28/2015 e al d.l. 2798/2014*, Napoli, 2015, pp. 30 ss.; MUZZICA, Raffaele. La sospensione del processo con messa alla prova per gli adulti: un primo passo verso un modello di giustizia riparativa? *Proc. pen. giust*., 2015, n. 3, p. 170 s.; ORLANDI, Renzo. *Procedimenti speciali*. In: BARGIS, Marta et al (eds). *Compendio di procedura penale*, 9ª ed., Padova, 2018, p. 693, stating that this probation mechanism is based essentially on reasons of procedural economy.

[76] For an overview of case law trends concerning probation, see BARTOLI, Roberto. Le recenti questioni applicative in tema di messa alla prova dell'adulto. In: *Giur. it., Gli speciali, Sistema sanzionatorio e processo penale: lavori in corso*, a cura di PALAZZO, Francesco e SPANGHER, Giorgio, 2015, pp. 6 ff.; CONTI, Carlotta, La messa alla prova tra le due Corti: aporie o nuovi paradigmi?. *Dir. pen. proc.,* 2018, pp. 677 ff.; ID., Messa alla prova: gli interventi delle Sezioni Unite, *inwww.treccani.it*; DI CHIARA, Giuseppe. Sub *art.* 464-bis c.*p.p.* In: GIARDA, Angelo, SPANGHER, Giorgio (eds). *Codice di procedura penale commentato,* 5(ª)ed., vol. II, Milan, 2017, pp. 2171 ff.

[77] See, in this regard, PALAZZO, Francesco. Sanzione e riparazione all'interno dell'ordinamento giuridico italiano: *de lege data* e *de lege ferenda*. *Pol. Dir.*, 2017, p. 358, who states that the request for suspension seems to be motivated most of the time by assessments of convenience, which appear to presuppose a view of the institution according to a substantive logic of negotiation of the procedure: in short, it is the calculations of the chances of defense and the availability of other benefits that guide the choice of the person concerned.

[78] Reference is made, in particular, to the judgments of the Constitutional Court, December 7, 2018, no. 231, in *Dir. pen. proc.,* 2019, p. 955, with a note by PERONI, Francesco. La messa alla prova per adulti nuovamente al vaglio della Corte costituzionale; Corte cost., 21 febbraio 2018, n. 91. *Dir. pen. cont.,* June 26, 2018, with note by MUZZICA, R. La Consulta "salva" la messa alla prova: l'onere di una interpretazione "convenzionalmente" orientata per il giudice nazionale and Constitutional Court, November 26, 2015, no. 240, in *Giur. cost.,* 2015, pp. 2189 ff. with note by MAZZA, Oliviero. *Il regime intertemporale della messa alla prova.* See also BONINI, Valentina. *La progressiva sagomatura della messa alla prova processuale*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 28 November 2018, pp. 6 ss.; BOVE, Valeria. La Corte costituzionale salva la messa alla prova con un'ingegnosa quadratura del cerchio. *Dir. pen. proc*., 2018, pp. 1574 ss.; LEO, Guglielmo. La Corte costituzionale ricostruisce ed "accredita", in punto di compatibilità costituzionale, l'istituto della messa alla

practice, led by the perennial need to identify new and suitable means of reducing the excessive judicial workload, could even effectively translate even schemes potentially similar to restorative ideals into *negotiated justice*.

4. "Strong" and "weak" models of negotiated justice

Also the notion of "procedural agreement", resulting from prior negotiations between the parties, can vary greatly depending on the case.[79] An example from the case law of the European Court of Human Rights may clarify the problem.

In the case of *Litwin v. Germany*, the Strasbourg Court recognized conventional legitimacy (based in particular on the parameter of Article 6, paragraph 1, ECHR) of a German informal *Absprache*, characterized by complex content.[80] Namely, a judge offered the defendant a reduced sentence in exchange for his (preventive) waiver of his right to appeal, to assert certain rights (his and his wife's) over confiscated assets, and, finally, to present further evidence.[81] In this case, we are therefore dealing with a negotiated agreement, with both intra-procedural effects. On the one hand, an impact on the available evidence; on the other, the elimination of the appeal phase and a reduction in the amount of the penalty – and extra-procedural effects, as it concerns the waiver of rights to certain assets.

Even at first glance, if broken down into separate agreements, the contents of such a negotiated agreement alter the ordinary procedural sequence in a more or less significant way.

---

prova. *Dir. pen. cont*., 7 May 2018; PARLATO, Lucia. La messa alla prova dopo il dictum della Consulta: indenne ma rivisitata e in attesa di nuove censure. *Dir. pen. cont*., 2019, n. 1, pp. 89 ff.

[79] See, for example, CAMON, Alberto. Accordi processuali e giustizia penale: la prova patteggiata. *Riv. dir. proc*., 2008, 1, p. 57; CATALANO. *L'accordo,* cit., p. 31; DEL COCO, Rosita. *Disponibilità della prova penale e accordi tra le parti,* Milano, 2004, pp. 8 ff.; MARCOLINI. *Il patteggiamento,* cit., p. 3.

[80] See European Court of Human Rights, Section V, November 3, 2011, *Litwin v. Germany,* §§ 37 ff.

[81] Id., § 8.

In the case of an agreement to waive the right to appeal, the consequences for the proceedings are much greater, as the entire phase of reviewing the judicial decision is potentially eliminated and the case immediately becomes final. On the other hand, where there is a mere waiver of the right to present evidence, it is clear that the impact of the *pactum* on the proceedings is less significant, given that the proceedings continue to take place in their ordinary form. Finally, the level of alteration to the proceedings is minimal where waiving the right to claim confiscated property - given that the only consequence of the agreement would be a possible reduction in the defendant's sentence.

Therefore, since the agreements negotiated may vary to a different extent in the ordinary course of criminal proceedings, it is easy to understand why many proposed to divide such mechanisms into "more" or "less" strong models of negotiated justice, depending on how close the content of the agreement is to the merits of the case.[82]

We are therefore faced with a sub-criterion for classifying the phenomenon of negotiated justice, based, this time, on the subject of the agreement and the negotiation. This can be represented graphically by arranging negotiated mechanisms along a scale of intensity,[83] with the "strongest" (i.e. modifying the ordinary procedural sequence to a maximum extent) and the "weakest" (i.e. modifying the ordinary procedural sequence to a maximum extent) negotiated mechanisms positioned at opposite ends.

In this regard, consider, for example, the heterogeneous possibilities for evidentiary agreements foreseen in the Italian code of criminal procedure. On the one hand, they encompass agreements about the *an*, i.e. aiming at allowing the use at trial of information that could

---

[82] This distinction was created by CATALANO. *L'accordo,* cit., p. 39, and immediately taken up, among others, in particular by GARUTI, *Dal dissenso*, cit., p. 1331. See also FONTI, Rossella, Vizi della volontà e giustizia penale negoziata. In: SANTORIELLO, Ciro (coord). *La giustizia penale differenziata. I procedimenti speciali*, vol. I, Torino, 2010, pp. 228-289.

[83] See, on this point, MARCOLINI. *Il patteggiamento,* cit., p. 6, as well as CAMON, Accordi, cit., p. 57.

otherwise not serve as evidence in light of the adversarial principle.[84] On the other hand, they include agreements on the *quomodo,* which do not settle the question of the evidentiary value of information but only affect the method by which such knowledge is gathered.[85] Both these models could be placed at the bottom of the aforementioned scale, i.e., among the weakest models of negotiated justice.[86] This is because the will of the party does not fall – except in a very indirect sense – on the subject matter of the trial, but rather on the manner in which one or more elements of the investigation are gathered, or, even more trivially, on the order in which evidence is produced at trial.

Mechanisms with a more significant impact of the structure of the procedure, for instance where the agreement among parties makes it possible for the court to use *all* the investigative information to ground its decision, could be placed at an intermediate level of the spectrum.[87]

---

[84] This is the case of plea bargaining on evidence but also of Articles 500, paragraphs 3 and 7, 513, paragraphs 1 and 2, c.p.p. and of Article 78, paragraph 2, of the implementing provisions of the Code of Criminal Procedure.

[85] Article 496, paragraph 2 and Article 559, paragraph 3, c.p.p., see quotation and the one immediately preceding it are from CAMON, Accordi*,* cit., p. 57. On the subject of evidentiary agreements under Italian law, reference must be made, among many others, to BELLUTA, Hervè. Contraddittorio e consenso: metodi alternativi per la formazione della prova. *Riv. dir. proc.,* 2003, pp. 126 ff.; Id., Nuovi poteri istruttori extradibattimentali delle parti: l'accordo ex art. 431 comma 2 c.p.p. come criterio epistemico della prova. In: NOSENGO, Serafino (ed). *Nuovi scenari del processo penale alla luce del giudice unico*, Milano, 2002, pp. 69 ff.; DI BITONTO, Maria Lucia. *Profili dispositivi dell'accertamento penale.* Torino, 2004, pp. 93 ff.; BUZZELLI, Silvia. Fascicolo dibattimentale «negoziato» e cognizione probatoria. *Ind. Pen.* 2001, pp. 389 ff.; CHINNICI, Daniela. L'incursione della «prova negoziata» nel giudizio penale (alcuni rilievi critici). *Riv. dir. proc.,* 2003, pp. 864 ff.; DEL COCO. *Disponibilità,* cit.; BACCARI, GM., CONTI, Carlotta. Una nuova espressione del metodo dialettico: l'acquisizione concordata di atti di indagine. *Dir. pen. proc.,* 2003, pp. 873 ff.; MARAFIOTI, Luca. Prova «negoziata» e contraddittorio. *Cass. pen.,* 2002, pp. 2933 ff.; PROCACCINO, A. *Il negozio probatorio dibattimentale*, Giuffrè, 2010.

[86] See CATALANO. *L'accordo,* cit., p. 39, who seems to include agreements under Article 18, paragraph 2, c.p.p., as well as those under Articles 139, 5 and 559, paragraph 2, c.p.p., among the weak models.

[87] This is for example the case of the old Italian abbreviated judgment in its configuration prior to Law No. 479 of December 16, 1999. For a diachronic analysis of the evolution of summary judgment in the first twenty years of

Finally, near the top of the spectrum are schemes in which parties directly agree on the penalty[88] or, in any case, on the outcome of the proceedings. This is the case, among others, with the Italian plea bargaining,[89] the German *Verständigung* and the conditional dismissal *under* § 153a StPO, as well as the US *plea bargaining* and the Spanish *conformidad*, examined in detail in this *Dossier* by Borràs Andrés.[90]

---

the Italian Code of Criminal Procedure, see, for all, TONINI, Paolo. I riti di impronta angloamericana: patteggiamento e giudizio abbreviato. In: *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma. Continuità, fratture, nuovi orizzonti,* Milano, 2012, p. 275 ff.), which removed its nature as a negotiated procedure. See APRILE, Ercole. Gli esiti alternativi sul giudizio: la negoziazione sul rito, sulla prova e sulla pena. *Cass. pen.,* 2000, p. 3515; SPANGHER, Giorgio. *La pratica del processo penale,* vol. I, Padua, 2012, pp. 16-17; TONINI. *I riti,* cit., p. 280. *Contra,* however, FERRUA. *La prova,* cit., p. 6, who, adopting a peculiar definition of negotiated justice, still includes summary judgment within this category today.

It is no coincidence, moreover, that in the preliminary draft report, summary judgment was defined as a plea bargain on procedure. See, on this point, CONSO, Giovanni, GREVI, Vittorio, NEPPI MODONA, Guido. *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, vol. IV, il *Progetto preliminare del 1988*, Padova, 1990, p. 1009. In literature, see, for all, FERRUA, Paolo. Scelte accusatorie e riviviscenze inquisitorie nel nuovo processo penale. *Dif. Pen.,* no. 22, p. 49, as well as TONINI. *I riti*, cit., p. 278, who points out that from reading the preparatory work for the 1988 code, it can be inferred that the contractual nature of both Anglo-American models has been the guiding principle for the two simplified procedures in Italy since their inception, so much so that the symmetrical terms 'plea bargaining on the procedure' and 'plea bargaining on the sentence' have been used. With regard to the use of these expressions, see GREVI, Vittorio. 'Patteggiamento' sul rito e 'patteggiamento' sulla sanzione tra progetto Martinazzoli e prospettive del nuovo processo penale. *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1985, pp. 1127 ff.

[88] See CAMON, Accordi*,* cit., p. 57, and, in similar terms, CATALANO. *L'accordo,* cit., p. 39.

[89] As LUPO, Ernesto stated immediately after the entry into force of the new Italian Code of Criminal Procedure, in *Il giudizio abbreviato e l'applicazione della pena negoziata.* In: GAITO, Alfredo. I *giudizi semplificati,* Padova, 1989, p. 80, in plea bargaining, the agreement has a much more intense content than in summary judgment, because it concerns the penalty to be applied, and it also has an effect on the procedure in that it determines a particular conclusion to the trial.

[90] BORRÀS ANDRÉS, Núria. La deriva epistémica de la conformidad penal en España: del juicio oral a un proceso estructuralmente sesgado, in *this Volume*.

On a closer inspection, however, even mechanisms where the negotiation directly concerns the sentence do not all seem to be placed at the same point on the above scale. Depending on the individual regulatory framework, the agreement between the parties can have a different impact on the outcome of the proceedings, altering the normal sequence in different ways.

The strongest models of negotiated justice (at the top of our scale) are found in countries such as the United States, which allow not only *sentence bargaining*,[91] but also horizontal and vertical *charge bargaining*,[92] and *fact bargaining*.[93]

---

[91] This expression "refers to the agreement between the defendant and the judge and/or the public prosecutor in which, in exchange for the defendant's guilty plea, the application of a specifically indicated penalty or a penalty that can be determined from a pre-established range of options is promised", see, in this regard, BROWN, J. Meriti e limiti del patteggiamento. In: AMODIO, Ennio, BASSIOUNI, M. Cherif. *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, Milano, 1988, p. 132.

[92] For this distinction, taken from the expression "*vertical* and *horizontal overcharg*ing" used by ALSCHULER, Albert.W. The Prosecutor's Role in Plea Bargaining. *Chicago Law Review,* 1968, pp. 85 ff., see FIŠER, GIALUZ. La giustizia negoziata, cit., p. 1154, as well as KOBOR, Susanne. *Bargaining in the Criminal Justice Systems of the United States and Germany,* Frankfurt am Main, 2008, p. 64. In "horizontal *charge* bargaining", the parties are allowed to enter into a plea bargain, i.e. to agree on the penalty for certain offences and, at the same time, on the public prosecutor's waiver of prosecution for offences committed by the defendant and not included in the admission of guilt. In "vertical *charge* bargaining", there is an exchange between the defendant's self-incriminating statement and the downgrading of the charge to a less serious offence. For a clear and effective summary of the different types of institutions in which US negotiated justice unfolds, see, for all, BROWN, Meriti, cit., pp. 132-133; HERMAN, G.N., BOLITHO, Z.C. *Plea Bargaining,* 4(ª) ed., New York, 2017, *p*. 2; MANNOZZI, Grazia. Commisurazione e negoziato sulla pena nell'esperienza statunitense: punti di riflessione con riferimento alla legge n. 134 del 2003. In: PERONI, Francesco (ed). *Patteggiamento "allargato"* e *giustizia penale,* Torino, 2004, pp. 163 ff.

[93] An effective definition of this practice can be found in the judgment *Berthoff v. United States,* 140 F. Supp. 2d 50 (D. Mass. 2001), in which it is described as "the knowing abandonment by the government of a material fact developed by law enforcement authorities or from a witness expected to testify in order to induce a guilty plea". On this subject, see, among many others, BERMAN, Douglas A. Editor's Observations: Is Fact Bargaining Undermining the Sentencing Guidelines? *Federal Sentencing Reporter,* 1996, pp. 300 ff.;

Moreover, there is no doubt that where, through their mutual agreement, the parties can, for example, bring about a reclassification of a criminal offense, there is not only a marked deviation from the impact of ordinary criminal proceedings, but also a sort of "contractualization on the truth".[94] Indeed, where there is *charge* or *fact bargaining,* the factual statement contained in the judicial decision is no longer that which can be derived, in a generally neutral manner, from the evidence. Rather, it becomes the result of an artificial construction by the parties,[95] which has nothing to do with truth understood as correspondence with the factual recollection of the relevant events.[96]

EDMUNDUS, Robert H. Analyzing the Tension between Prosecutors and Probation Officers over "Fact Bargaining". In: Federal Sentencing Reporter Vol. 8, No. 6, *Assessing the Probation Officers' Survey: Does Fact Bargaining Undermine the Sentencing Guidelines?* (May - Jun., 1996), Duke University Press, pp. 318 ff.; NATIONAL ASSOCIATION OF CRIMINAL DEFENSE LAWYERS, *The Trial Penalty: The Sixth Amendment Right to Trial on the Verge of Extinction and How to Save It,* in *www.nacdl.org,* July 10, 2018, p. 26; PIZZI, William T. Fact-Bargaining: An American Phenomenon. In: *Federal Sentencing Reporter,* cit., pp. 336 ff.; SARNER, Felicia. "Fact Bargaining" under the Sentencing Guidelines: The Role of the Probation Department*, ibid.,* pp. 328 ff. In Italian literature, see MANNOZZI, Commisurazione e negoziato*,* cit., p. 164, where the author states that *fact bargaining* should be understood as the promise to qualify the fact in a less serious manner (for example, by refraining from considering certain aggravating circumstances) in exchange for the defendant's admission of guilt.

94 The expression is borrowed from A. Camon, *Accordi processuali e giustizia penale,* cit., p. 59, who, however, uses it with reference to Italian evidentiary agreements.

95 See, in this regard, PAPA, Michele. La crescita miracolosa del bonsai: l'albero del patteggiamento allarga vistosamente la chioma ma stenta a sviluppare le radici. *Leg. pen*., 2004, p. 870, who points out that, in the most extreme cases, negotiation bulimia even leads the parties to fabricate, for the individual dispute, fictional legal entities: abstract *ad hoc* cases that have no counterpart in the catalogue of crimes officially provided for by the legal system.

96 For the relevant bibliographical references on this concept, see, for all, CAPRIOLI, Francesco. Verità e giustificazione nel processo penale. *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2013, pp. 608 ff.; DAMASKA, Mirjan. Truth in Adjudication. *Hastings Law Journal,* 1998, pp. 289 ff.; FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale,* Rome-Bari, 1989, pp. 20 ff.; FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valutazione razionale della prova,* Milan, 2007, p. 79; Id., *Prova e verità nel diritto,* Bologna, 2004, pp. 85-86; FERRUA. *La prova,* cit. pp. 42 ff.; KOSTORIS, Roberto E., voce *Giudizio (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg. VI,

What is more, the effectiveness of the negotiation on the *res judicanda* varies significantly depending on other factors.

One is the provision, as part of the agreement, of a formal admission of guilt by the defendant, which facilitates and corroborates the court's decision to convict. This is the case, for instance, of a the French *Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*, where the agreement is based on a necessary prior admission of guilt. Still, other models, like the Italian plea bargaining, or the US *nolo contendere*[97] and *Alford plea*,[98] do not require any self-incriminating disclosure by the defendant at the same time showing an even more direct impact of the will of the parties on the subject matter of the trial.

Other classifying factors include the type of control that the judge must carry out on the negotiated agreement before sentencing, or how much the common will of the parties actually binds the decision-maker.

Roma, 1997, p. 8 ff; MAZZA, Oliviero. voce *Verità reale e verità processuale*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. VIII, Torino, 2014, p. 715; TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici,* Milano, 1992, pp. 145 ff.; Id., *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009, p. 81; UBERTIS, Giulio. *Profili di epistemologia giudiziaria,* Milano, 2015, pp. 16 ff.; WEIGEND, Thomas. Should We Search for the Truth, and Who Should Do it. *North Carolina Journal of International Law,* 2011, p. 395.

97 In the "nolo contendere", based on United States Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 11, the accused accepts the application of the penalty as if he were guilty, which is to say without any admission of guilt. On this subject, for all, see BIBAS, Stephanos. Harmonizing Substantive-Criminal-Law Values and Criminal Procedure: The Case of Alford and Nolo Contendere Pleas. *Cornell Law Review,* 2003, pp. 1379 ff.; LEVIN, Nathan, MEYERS, Ernest S. Nolo Contendere: Its Nature and Implications. *The Yale Law Journal,* 1942, pp. 1255 ff.

98 The so-called *Alford Plea,* whose name derives from the famous U.S. Supreme Court case *North Carolina v. Alford,* 400 U.S. 25 (1970) again on United States Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 11, consists – in a nutshell – of an admission of guilt openly contradicted by declarations of innocence. For an analysis of this institution, see ALSCHULER, Albert. W. Straining at Gnats and Swallowing Camels: The Selective Morality of Professor Bibas. *Cornell Law Review,* 2003, pp. 1412 ff., who defined it as 'terrible'; Id., A *Nearly Perfect System For Convicting The Innocent,* in *Albany Law Review,* 2017, p. 923; BIBAS, Stephanos. Bringing Moral Values Into a Flawed Plea-Bargaining System. *Cornell Law Review,* 2003, pp. 1425 ff.; Id., *Harmonizing,* cit., pp. 1372 ff.; REDLICH, Allison D., ÖZDOĞRU, Asil. Alford Pleas in the Age of Innocence. *Behavioral Sciences and the Law,* 2009, pp. 470 ff.

As examined in *this Dossier* by Zieliński and Sakowicz, also on this aspect models of negotiated justice diverge significantly.[99] In some systems, courts' powers are confined to minimal arrangements, limited to formal and a rudimentary factual basis scrutiny. This is the case, for instance, of the United States, where, at the federal level,[100] courts essentially just ensure that the plea is voluntary, by addressing the defendant personally,[101] and to determine that a sufficient factual basis supports the plea.

In others, judges extend their control more significantly over the factual elements. For instance, this is the case of in England and Wales, particularly through the so-called *Newton* hearing.[102] Similar is also the role played by French courts in the mechanism of the *composition pénale*, where the scope of the assessment encompasses also the substantive and formal justice of the negotiate measure, by assessing the appropriateness of the agreement in light of the circumstances of the offense and the personality of the offender.[103] The substantial control of the judge is even more pronounced in the *comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité* procedures, where the court's assessment enters into the accuracy of the facts at the basis of the agreement, as well as of their legal classification.[104] Also in the Spanish *conformidad*, examined in *this Dossier* by Borràs Andrés, judicial review of conformity is essential to verify both the legality and appropriateness of the sentence imposed.[105]

---

[99] ZIELIŃSKI, Sebastian and SAKOWICZ, Andrzej. Judicial Control of Plea Agreements and the Right to Appeal: A Comparative Analysis of Common Law and Civil Law Models, in *this Volume*.

[100] The legal framework may vary at the state level, where more judicial involvement can be envisaged, see ZIELIŃSKI, SAKOWICZ. Judicial Control, cit.

[101] Though the numerous cases of miscarriages of justice involving plea bargain suggest that this control is far from being substantially effective, see in general, RAKOFF, Why Innocent People Plead Guilty, cit., and most recently, the infamous Post-Office scandal in the UK.

[102] From case of *R v* Newton [1983] Crim LR 1982.

[103] According to Article 41-2 of the French Code of Criminal Procedure.

[104] According to Article 495-9 of the French Code of Criminal Procedure.

[105] See Article 655 of the Criminal Procedure Act, BORRÀS ANDRÉS, Núria. La deriva epistémica de la conformidad penal en España: del juicio oral a un proceso estructuralmente sesgado, in *this Volume*.

At the other end of the spectrum, we then find models where the active initiative of the judges is explicitly foreseen. This is the case of the Polish system, where courts can correct the prosecutor's motion and requires the absence of any "doubt" as to guilt and circumstances,[106] or even more so of the German *Verständigung*, where the court actively shapes the framework of the agreement and ties it to the principle of truth seeking, or, finally, as illustrated by Bozbayındır again in *this Dossier*, of the Turkish expedited procedure, after the 2021 decision of the Constitutional Court, that enabled judges to modify the prosecutor's proposal when they consider the sentence requested by the prosecutor too high.[107]

In any case, it is precisely because the object on which the will of the party falls changes, and gradually approaches the moment of factual assessment and final decision that progressively the antibodies (including constitutional ones) of the various legal systems are triggered.[108] This progression determines an clear deviation from the ordinary course of the procedure, which increasingly causes greater friction with some fundamental principles of modern procedural systems: first and foremost, the unavailability of personal freedom, the principle of culpability, and the presumption of innocence.

It is precisely the presence of such potential, perennial conflict between negotiated justice and fundamental rights[109] that has led the Strasbourg Court to require that defendants willing to adhere to "strong" models of negotiated justice, renouncing – in exchange for obtaining one or more benefits – some of their primary guarantees, be accompanied by special safeguards.

This refers, in particular, to the *Natsvlishvili and Togonidze v. Georgia* judgment, which is undoubtedly the most important decision

---

[106] In reference to the negotiated justice mechanisms provided by Articles 335 and 387 of the Polish Code of Criminal Procedure.

[107] BOZBAYINDIR, Ali Emrah. The Expedited Adjudication Procedure (Seri Muhakeme Usulü) in Turkish Criminal Procedure, in *this Volume*.

[108] See CAMON, Accordi, cit., p. 59.

[109] See, on this point, DELMAS-MARTY. *Prospettive,* cit., p. 237, who, as early as the 1990s, warned of the difficulties in preserving fundamental rights in these institutions, because the consent of the parties is not always a sufficient guarantee against the risk of pressure from the public prosecutor.

taken by the ECtHR in this area to date. In the judgment, the Court made a significant change from its previous case law, establishing more detailed minimum safeguards regarding the compatibility of procedural mechanisms (and, in particular, agreements on punishment) with the Convention. Without going too much into detail, it should be noted that the core of the judgment in question lies in the part where the Court clarifies the safeguards that must be put in place to protect the defendants' choice to implicitly waive, by entering into a plea bargain, the right to have the merits of the charges against them examined. In a nutshell, according to the European judges, for a negotiated settlement to be fair, i.e. in line with Article 6 ECHR, the conclusion of the agreement with the authorities must be accompanied by a twofold set of safeguards: a) the agreement must be accepted with full knowledge of the facts of the case and the legal consequences of concluding the agreement, and must be genuinely voluntary; and b) the content of the agreement and the fairness of the way in which it is reached must be subject to "sufficient" judicial review.[110]

These are minimum principles that have subsequently undergone significant political development, particularly in the recent Resolution No. 2245 (2018) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, entitled "Agreements negotiated in the context of criminal proceedings: the need to establish minimum standards of protection for trial waiver systems".[111] Although this is a soft law instrument, it is of great interest because it openly urges states to adopt a "rights-based approach" to plea bargaining schemes: that is, to exploit their potential to reduce caseloads without, however, sacrificing the fundamental principles on which modern criminal procedural systems are based.

In this perspective, the Resolution does not merely recommend the adoption of appropriate safeguards to ensure that defendants give their consent to a plea agreement in a fully free and informed manner. It also clarifies that the accused, even if opting for such schemes, should continue to benefit from the presumption of innocence. It follows that,

---

[110] See ECtHR, 29.4.2014, Natsvlishvtli and Togonithe v. Georgia, § 92. See, on this judgement, BACHMAIER WINTER, Lorena, The European Court of Human Rights on Negotiated Justice and Coercion, *European Journal of Crime Criminal Law and Criminal Justice*, 2018, 236.

[111] Resolution No. 2245 (2018).

according to the Parliamentary Assembly, this fundamental principle should not be included among those that defendants can waive when choosing a negotiated justice procedure.

Furthermore, it should be noted that the Resolution also contains a rule on remedies to be provided in the event of a negotiated sentence. This refers, in particular, to § 8.5, in which it states that "in order to maintain the possibility of redressing possible procedural and other violations in the process of 'deal-making', the possibility of an appeal against the verdict must remain open". In this way, the Assembly has explicitly expressed its preference for models of negotiated justice, such as those in France and Germany,[112] which do not limit the right of defendants to appeal the decision after an agreement has been reached.

Once more, this is clearly an attempt to lay the foundations for a series of minimum—and, above all, non-negotiable—standards of fairness that are also applicable in the context of negotiated justice. The goal is to strike a better balance between the deflationary objectives pursued through these institutions and the need to safeguard human rights.

However, it is a fact that even the most basic principles of fair trial are often at risk in the context of national negotiated justice. A paradigmatic example of the excesses to which the desire to strengthen the deflationary effects of a negotiated procedure at any cost can lead — and of how such choices can even prove counterproductive to the very objectives pursued — can be drawn from the Italian experience in the field of plea bargaining, which is worth briefly discussing.

5. A problematic exemplary system: the Italian model

Italy is one of the first countries of Roman-Germanic tradition to have reopened its doors to forms of negotiated justice. In an attempt to ensure the practical implementation of the accusatory shift introduced with the approval of the Vassalli Code, the legislator introduced, as early as the 1980s, a wide range of mechanisms that encourage the defendant

[112] See, on this point, DELLA TORRE, Jacopo. *La giustizia penale negoziata in Europa,* cit., 425-427.

to waive the trial phase and the exercise of those rights of defense and evidence that could be exercised in it.

The choices made in Italy then served as a reference point for other countries, promoting the spread of negotiated justice both within and outside Europe. This is particularly true of the Italian plea bargain mechanism (*applicazione della pena su richiesta delle parti*), regulated by Articles 444 et seq. of the Code of Criminal Procedure (hereinafter "c.p.p."), which was soon recognized in international literature as "one of the most significant expressions of negotiated justice and has become 'one of the main models [...] which have been introduced in Europe'".[113]

This judgment can be explained by the fact that, in the area of plea bargaining, the Italian legislature was among the first to attempt to reconcile a scheme based on agreements and negotiations between the parties, directly affecting the penalty, with the fundamental principles on which modern continental systems are based. It is precisely because of this "compromise" perspective that the codifiers chose to: a) limit the scope of the instrument to penalties of a less serious nature; b) prohibit the parties from entering into valid agreements on the circumstances or legal classification of the offence; c) codify in the law the benefits resulting from the procedure; d) allow only the defendant and the prosecutor to participate in the agreement, indirectly excluding the judge and the victim of the crime; and, furthermore, e) not include a formal admission of responsibility by the defendant among the requirements for access to the procedure.[114]

If this is true, it should nevertheless be noted that there are other points in the legislation on which the legislator was willing to make radical

---

[113] See LUPÁRIA, Luca, GIALUZ, Mitja. Italian criminal procedure: thirty years after the great reform. *Roma Tre Law Review,* 2019, p. 66, who take up this assessment from THAMAN, Stephan C. Plea-Bargaining, Negotiating Confessions and Consensual Resolution of Criminal Cases. In: K. BOELE WOELKI and S. VAN ERP (eds), *General Reports of the XVIIth Congress of the International Academy of Comparative Law,* Brussels - Utrecht, 2007, p. 973.

[114] PIZZI, William, MARAFIOTI, Luca. The New Italian Code of Criminal Procedure: The Difficulties of Building an Adversarial Trial System on a Civil Law Foundation. *The Yale Journal of International Law,* 1992, p. 23, rightly point out that the drafters of the code excluded a formal *guilty plea* from the requirements for access to the procedure, also for reasons of guaranteeing the rights of the accused.

choices. Apart from the impossibility to challenge the sentence negotiated between the parties, which was soon overturned by the Constitutional Court,[115] the main aspect that stands out is that concerning the defendant's responsibility. In this regard, the report on the preliminary draft of the criminal procedure code was already clear in establishing that the judge, when asked to approve a plea bargain, should only be responsible for assessing—on the basis of existing documents and without taking any evidence—whether the conditions for immediate acquittal under Article 129 c.p.p. existed, without the need for a positive finding of criminal responsibility.[116] In short, while the legislator had been careful to construct the procedure on the basis of a balance between judicial and negotiating components, when it came to the assessment on culpability, they had proposed to entrust the decision-maker with minimal powers.[117]

The approach described above marked a sharp departure from the typical tendency of continental legal systems to safeguard the epistemic requirements of criminal proceedings to the maximum extent possible, regardless of the parties' claims.[118] In this regard, it is well known that, even in Italy, until the last decades of the twentieth century, various principles, including the presumption of innocence and the principle of truth seeking, had been so highly valued, that they were considered a suitable barrier to prevent the introduction of instruments of negotiated justice in the strict sense.[119]

---

[115] The reference is to Constitutional Court, July 2, 1990, no. 313.

[116] This is the wording used by the Italian Association of Criminal Lawyers in its report on the preliminary draft of the code of criminal procedure, in CONSO, GREVI, NEPPI MODONA. *Il nuovo codice*, cit., p. 1030.

[117] See, in this regard, VIGONI, Daniela. *L'applicazione della pena su richiesta delle parti,* Milano, 2000, p. 303.

[118] This trend is effectively recalled by WALTOŚ, Stanisław. Settlements in Criminal Procedures in Europe: an Attempt of Synthesis. *Archivum Iuridicum Cracoviense,* 2000, p. 6, who recalls that, until a few decades ago, "it was a general opinion that, because of its construction in compliance with the rules governing the mixed form, a criminal process in continental Europe was not able to accommodate consensual decisions ending a process".

[119] In Italian literature, this traditional idea is clearly expressed in the work of LEONE, Giovanni. *Trattato di diritto processuale penale,* vol. I, *Dottrine generali,* Napoli, 1961, p. 179, where it is stated that the defendant cannot

Despite its revolutionary nature, the anti-cognitive interpretation of plea bargaining proposed by the legislator in 1988, although immediately opposed by the majority of legal scholars on the basis of convincing constitutional reasons,[120]has been taken to extremes by the prevailing case law.

What is most important to note is that the path that led to this result was facilitated by both the Constitutional Court and the Court of Cassation.

With regard to the former, the decisive factor was that case law that identified the core of plea bargaining as a model of participation by the judge and the parties, not only on the issue of the quantification of the penalty, but also on that of liability.[121] In the famous ruling no. 251 of 1991, it was clarified that the mechanism finds its primary basis in the agreement between the public prosecutor and the defendant on the merits of the charge (liability of the defendant and consequent penalty), since those who request the agreed penalty would waive their right to contest the charge.[122]

---

conventionally or extrajudicially accept the penalty and cannot correspondingly waive the jurisdictional guarantee or even the trial phase alone.

[120] The main inspiration for a 'cognitive' interpretation of plea bargaining is LOZZI, Gilberto. La legittimità costituzionale del c.d. patteggiamento. *Riv. it. dir. proc. pen*., 1990, p. 1600; Id. Il patteggiamento e l'accertamento di responsabilità: un equivoco che persiste. *Riv. it. dir. proc. pen*., 1998, p. 1396. In the same vein, see, among many others, CAPRIOLI, Francesco. Voce *Condanna* (*dir. pen. proc.*), in *Enc. dir*., *Annali*, II, t. I, Milano, 2008, p. 118; CORDERO, Franco. *Procedura penale,* 9([a])ed., Milan, 2012, p. 1037; MARCOLINI. *Il patteggiamento,* cit., p. 156; MARZADURI, Enrico. Commento all'art. 3 della l. 12.6.2003 N. 134 ("Patteggiamento allargato"). *Leg. pen*., 2004, p. 258; MENNA, Mariano. *Studi sul giudizio penale,* Torino, 2009, p. 72; NACAR, Barbara. *Natura cognitiva della sentenza di patteggiamento e rimedi impugnatori*, Milano, 2022, p. 23 ss; PERONI, Francesco. *La sentenza di patteggiamento*, Padova, 1999, p. 1-23; SANNA, Alessandra. *Il "patteggiamento" tra prassi e novelle legislative*, Milano, 2018, p. 26-31. In legal theory, the staunchest supporter of the thesis that denies, on the contrary, the recognition of any cognitive capacity within plea bargaining is FERRUA, Paolo. Il ruolo del giudice nel controllo delle indagini e nell'udienza preliminare. In: Id., *Studi sul processo penale*, 1990, p. 69 ff. See also, more recently, Id., *La prova*, cit., p. 229-232

[121] See GIALUZ. Voce *Applicazione,* cit., p. 23.

[122] This and the immediately preceding quotation are taken from Constitutional Court, April 22, 1991, no. 251, on which see FERRUA, Paolo. La giustizia

The Court thus placed the pact between the public prosecutor and the defendant at the center of the proceedings, legitimizing a proportional reduction in the scope of judicial review with regard to the factual aspects. This strong emphasis on the parties' power of disposition was then confirmed not only in other rulings by the Constitutional Court, belonging to the line of reasoning inaugurated by judgment no. 251/1991,[123] but also in decisions belonging to what could be called a "third stage" of the constitutional jurisprudence on the subject.[124] More specifically, this refers to that line of interpretation that has relied on the formula of inadmissibility to avoid demolishing interventions on the procedure.[125] The Court had been repeatedly asked to rule on the constitutionality of Article 444 c.p.p. on the grounds that it conflicts with Article 27, paragraph 2, of the Constitution, insofar as it does not require the court to ascertain the guilt of the defendant before accepting the agreement. However, the Constitutional Court declared the issue manifestly inadmissible, considering that the discretionary choice made in this case by the legislator cannot be considered an expression of mere arbitrariness.[126]

In short, a comprehensive reading of Italian constitutional case law on the matter confirms that, contrary to what has happened in other

---

negoziata nella crisi della funzione cognitiva del processo penale. In: MOCCIA (ed), *La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, Napoli, p. 59 ff.

[123] See, for example, Constitutional Court, July 25, 2002, no. 394; Constitutional Court, May 13, 1996, no. 155, according to which the judgment applying the penalty at the request of the parties would lack "a full assessment of responsibility based on an evaluation of evidence of similar significance to that carried out in the trial or in the abbreviated procedure"; Constitutional Court, March 19, 1992, no. 116.

[124] The reference is to Constitutional Court, December 11, 1997, no. 399. See also, among many others, Constitutional Court, December 21, 2000, no. 574; Constitutional Court, May 13, 1998, no. 172; Constitutional Court, July 30, 1997, no. 297.

[125] In this regard, see VIGONI, Daniela. La prova di resistenza del «patteggiamento» nei percorsi costituzionali. In: CONSO, Giovanni (ed), *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 808 ff.

[126] Constitutional Court, July 30, 1997, no. 297.

continental countries,[127] the Constitutional Court has shown itself willing to save the legitimacy of the most sensitive rules of plea bargaining, even at the cost of effectively refuting the thesis of absolute unavailability, both of the subject matter of the criminal trial and of the principle *of nulla poena sine iudicio*. These principles have, in fact, been significantly rethought due to requirements related to reasonable length of criminal proceedings, no longer being interpreted literally as an absolute prohibition on the parties to self-regulate criminal proceedings but, much more mildly, as an obligation that the agreement be subject to control by the judge.[128] The latter being limited, at the factual level, to a verification of the non-necessity of reaching an acquittal pursuant to Article 129 c.p.p.

Moreover, while the Constitutional Court, even in its most "negotiating" rulings, has at least always highlighted the judicial and not merely supervisory nature of the function exercised by the judge in the procedure,[129] the positions taken on the matter by the Court of Cassation have been much more extreme.

The Supreme Court has, in fact, sought to maximize, at all costs, the reduction in time and energy ensured by plea bargaining, even at the cost of radically sacrificing the powers entrusted to the judge in the proceedings, which have been conceived in a rather reductive manner. The most authoritative line of case law, following in the footsteps of the aforementioned preliminary draft report, usually reiterates in this regard that the negotiating mechanism would consist in the application of a penalty "without judgment",[130] because the judge should not declare

---

[127] The reference is, in particular, to France and Germany, where the constitutional courts have strongly emphasized the principle of seeking the truth even in the context of negotiated institutions: see, in this regard, DELLA TORRE. *La giustizia penale*, cit., p. 398 ff.

[128] See GIALUZ. Voce *Applicazione,* cit., p. 23.

[129] In this sense, Constitutional Court, April 22, 1991, no. 251, cit.

[130] See, for example, Cass., sez. un., May 8, 1996, De Leo, in *Dir. pen. proc*., 1996, p. 1227. Among other significant rulings on the subject, see Cass., sez. un., November 25, 1998, Messina, in *Cass. pen*., 1999, p. 1746, Cass., sez. un., May 27, 1998, Bosio, *ibid.,* p. 833; Cass., sez. un., 25 March 1998, Giangrasso, *ibid.,* 1998, p. 2897; Cass., sez. un., 25 March 1998, Palazzo, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1998, p. 1378; Cass., un. sect., May 28, 1997, Lisuzzo, *ibid.,* p. 1377; Cass., un. sect., February 26, 1997, Bahrouni, in *Cass. pen*., 1997, p. 2666.

the defendant guilty, but refer to the agreement between the public prosecutor and the defendant on the merits of the charge.[131] Consistent with this starting point, the Supreme Court then outlined a (nearly) total emptying of the epistemic potential of the preliminary assessment of the existence of grounds for non-punishment under Article 129 c.p.p. In fact, prevailing case law holds that, in the agreed procedure, the judge is not required to address the "full merits" of criminal liability according to the standards imposed at trial by Article 530 c.p.p.[132] In this context, the power to pronounce a judgment of acquittal or dismissal due to lack, insufficiency, or inconsistency of evidence (i.e., due to the existence of reasonable doubt) would no longer apply, as this possibility is not among those explicitly indicated in Article 129, paragraph 1, c.p.p.[133] Instead, the positive evidence of the existence of one of the grounds for acquittal indicated in the provision in question must emerge from the documents.[134]

Once it has been established that, according to this case law,[135] in such procedures the doubt should apply *contra reum*,[136] it should be noted

---

[131] Cass., sez. un., May 8, 1996, De Leo, cit., p. 1227.

[132] In this sense, see Cass., sez. un., April 26, 2014, no. 36847, in *Onelegale*. In similar terms, see Cass., sez. VI, November 16, 2021, no. 41750, *ibid.;* Cass., Section I, April 5, 2019, no. 17417, *ibid.;* Cass., Section I, June 30, 2015, no. 36326, *ibid.;* Cass., Section V, May 4, 2015, no. 34443, *ibid*.

[133] See, *among others,* Cass., sect. I, March 22, 2023, no. 12036, in *Onelegale;* Cass., sect. II, April 4, 2022, no. 12474, *ibid.;* Court of Cassation, Section II, December 12, 2014, no. 1390, in *Ced. Cass.*, no. 261857; Court of Cassation, Section IV, June 7, 2012, no. 27952, *ibid.,* no. 253588.

[134] Thus, verbatim, Cass., Section III, April 23, 2015, No. 33411, in *Onelegale*. The only exception to this rule is when the trial judge, after the conclusion of the proceedings, considers the public prosecutor's dissent or the rejection of the request to be unjustified, and applies the penalty at the request of the defendant alone *pursuant to* Article 448 of the Code of Criminal Procedure (see, in this regard, Cass., Section III, November 3, 2016, No. 7951, in *CED Cass.*, No. 269319, which recognizes that in such cases the decision-maker must apply the ordinary *standard* of beyond reasonable doubt).

[135] Which remained dominant even after the reform of the "extended" plea bargain Reference is made to Law No. 134 of June 14, 2003, which, as is well known, extended the scope of the penalty that can be negotiated in practice to five years. The literature on this subject is vast. For a summary, see DELLA TORRE. *La giustizia penale*, cit., p. 204 ff.

[136] See, in this regard, in doctrine, DI CHIARA, Giuseppe. L'architettura dei presupposti. In: *Il patteggiamento,* Milan, 1999, p. 49; ORLANDI. Procedimenti,

that many rulings of the Court of Cassation have felt the need to fill the "factual void" that has thus been created, attributing a broad confession-like meaning to the defendant's choice to adhere to the special procedure.[137] This refers to the fact that the willingness to negotiate, as expressed in the request pursuant to Article 444 c.p.p., is identified by a copious number of sources as an admission of responsibility by the requesting defendant, who implicitly and voluntarily waives the presumption of innocence.[138] It should be noted that this is an interpretation that has no basis in the law and that ultimately reverses the intention of the legislator not to include an admission of liability among the requirements for access to the procedure, not least for reasons of legal certainty.

Nevertheless, in certain rulings, the Court of Cassation has gone even further, stating that, in the Italian legal system, it would be possible to find a logical and legal basis for plea bargaining only if one assumes that the legislator links a presumption of guilt to the formulation of the plea bargain request, understood as an implicit admission of the fact.[139] It is worth noting that this argument is, from a constitutional point of view, completely untenable: in fact, it has the fatal effect of making the provision of Article 27, paragraph 2, of the Constitution and, indirectly, that of Article 13 of the Constitution, subject to the will of the parties.

At this point, it will be clear that, by taking such a "contract like" stance, the case law, while succeeding in its objective of keeping the rejection rates of agreements to a minimum, has caused the definitive

---

cit., p. 662; TONINI. I riti, cit., p. 292 ff.

[137] It should be noted that part of the doctrine has also attributed to the defendant's request *a broad sense* of admission of responsibility. See, for example, the recent work by See GIALUZ. Voce *Applicazione,* cit., pp. 24-26.

[138] In this regard, see Cass., sect. VI, July 12, 1995, no. 9406, in *Cass. pen*., 1996, p. 3065; Cass., sect. VI, January 28, 1993, in *Riv. pen*., 1993, p. 1252. More recently, see, in similar terms, Cass., sect. III, February 12, 2019, no. 22064, in *Onelegale;* Cass., sect. V, November 9, 2018, no. 5679, *ibid*. Cass., sect. II, July 4, 2018, no. 31825, *ibid*. In doctrine, among others, FERRUA. *La prova,* cit., p. 303, TONINI, I riti., cit., p. 294 ff.

[139] Thus, Cass., sect. V, March 15, 2005, no. 14063, in *Onelegale*. See, in similar terms, Cass., sect. VI, September 27, 2023, no. 39183, *ibid.;* Cass., sect. II, June 23, 2020, no. 19383, *ibid.;* Cass., sect. V, February 25, 2020, no. 12967, *ibid*., Cass., sect. II, February 27, 2019, no. 16100, *ibid.;* Cass., sect. V, November 9, 2018, no. 5679, *ibid*.

breakdown of the already precarious balance between the negotiating and judicial components of plea bargaining. This made it a highly critical mechanism from the perspective of protecting the fundamental rights of defendants. Indeed, the decision to allow the application of a penalty using a much lower standard of proof than the ordinary standard of beyond reasonable doubt, or worse, to overturn it altogether, means loosening one of the main safeguards put in place by the legal system to reduce the risk of imposing a penalty on an innocent person.[140]

Nor, it should be noted, is it sufficient to rely on the consensual nature of the instrument in question to resolve every problem.[141] This is due to the fact that the issue of the guarantees provided by the Italian legislator to ensure that the defendant's decision to participate in the procedure is truly informed and free from coercion has always been a sensitive one.[142] Although the legislator chose to allow defendants to express their willingness to settle indirectly, through a special mandate to their attorney (Article 446, paragraph 3, c.p.p.), to safeguard the consensual nature of the mechanism, they have historically foreseen also the provision of Article 446, paragraph 5, c.p.p. From the latter, it can be inferred that Italian judges, unlike those in other countries,[143] have the mere power and not the obligation to assess the consent of the accused before ratifying the *pactum*.[144]

---

[140] With regard to the delicate relationship between standards of proof and the distribution of the risk of miscarriages of justice, see DELLA TORRE, Jacopo. Standard probatori, efficienza e giustizia penale. *Pol. dir*., 2023, p. 337 ff.

[141] See, on this point, the agreeable statements by Fair Trials, *Efficiency over justice,* cit., p. 9 on the 'myth of consensus', which can also be extended to the Italian mechanism.

[142] See, on this point, MARCOLINI, Stefano. A quali condizioni i negoziati sulla pena sono conformi alla Cedu? *Cass. pen*., 2014. *pen*., 2014, p. 3495.

[143] Consider, for example, the Spanish legal system, which in Article 787 of the Criminal Procedure Code not only establishes that the defendant must be present during the judicial review of conformity, but also obliges the decision-maker to always assess personally that the defendant's statement is made freely and with knowledge of its consequences.

[144] In this regard, see Cass., Sec. III, March 18, 1997, Osenneke, in *Giur. it,* 1998, c. 1917.

However, relying on the negotiated nature of the procedure is not sufficient, not least because the maxim that those who are not responsible for a crime are not inclined to favor their own conviction is, in itself, far from infallible. While it is reasonable to assume that it is the guilty and not the innocent who plead guilty, it is by no means certain that this is always the case.[145] As demonstrated by the vast literature that now exists on the innocence problem of negotiated justice,[146] several factors, independent of guilt, can influence the defendant to accept a reduced sentence: lawyers' fees, the suffering caused by the trial, the lack of trust in the justice system, and even the more or less free choice to 'cover up' the responsibility of others.[147] The extreme delicacy of the "anti-epistemic" judicial interpretation lies precisely in this: based on the idea that in the mechanism at stake, doubt should not be in favor of the defendant, it inevitably increases the risk that individuals who are actually innocent will enter into an agreement with the authorities.

---

[145] See FERRUA. *La prova,* cit., p. 10.

[146] On this point, see, among many others, ALSCHULER, Albert.W. A Nearly Perfect System. *Albany Law Review,* 2017, p. 919 ff.; BLUME, John H., HELM, Rebecca K. The Unexonerated: Factually Innocent Defendants Who Plead Guilty. *Cornell Law Review,* 2014, p. 172 ff.; BOWERS, Josh. Punishing the Innocent. *University of Pennsylvania Law Review,* 2008, p. 1117 ff.; COVEY, Russell D. Signaling and Plea Bargaining's Innocence Problem. *Washington and Lee Law Review,* 2009, p. 74 ff.; DERVAN, Lucian E. Bargained Justice: Plea Bargaining's Innocence Problem and the Brady Safety-Valve. *Utah Law Review,* 2012, p. 51 ff.; DRIPPS, Donald A. Guilt, Innocence, and Due Process of Plea Bargaining. *William & Mary Law Review,* 2016, p. 1360 ff.; GAZAL, Oren. Screening, Plea Bargains and the Innocent Problem. *University of Michigan Law School, Law & Economics Working Paper Archive,* 2004, p. 1 ff.; TOR, Avishalom, GAZAL-AYAL, Oren, GARCIA, Stephen M. Fairness and the Willingness to Accept Plea Bargain Offers. *Journal of Empirical Legal Studies,* 2010, p. 97 ff.; KELLY, PITMAN. *Confronting Underground Justice*, cit., p. 79 ff.; HESSICK Andrew F. III, SAUJANI, Reshma. Plea Bargaining and Convicting the Innocent: The Role of the Prosecutor, the Defense Counsel, and the Judge. *Brigham Young University Journal of Public Law,* 2002, p. 189 ff.; SCHULHOFER, Stephen J. Plea Bargaining as Disaster. *Yale Law Journal,* 1992, p. 1981 ff.; SCOTT, Robert E., STUNTZ, William J., Plea Bargaining as Contract. *Yale Law Journal*, 1992, p. 1909 ff. In Italian literature, see DELLA TORRE. Riti consensuali,cit., p. 401 ff.

[147] FERRUA. *La prova,* cit., p. 10.

Having clarified this, it is now worth pointing out that the majority opinion that pushes for a restrictive interpretation of safeguards did not stop there, but then influenced, in a cascade effect, the way in which the Court of Cassation approached other key issues. For instance, as illustrated by Cabiale in *this Dossier*, according to established case law, the agreement at the basis of the mechanism requires the waiver of any plea of nullity, even absolute (for instance, concerning evidence) other than those relating to the plea bargain request and the consent given to it. The Court thus created a problematic and controversial form of preclusion, which affects the right to object to invalidity at its root.[148]

What is worse is that the already critical picture reconstructed so far is made even more problematic by the extremely limited scope of appeals that can be lodged by the defendant against decisions pursuant to Articles 444 et seq. c.p.p. Indeed, the 1988 legislature limited itself on this point to intervening only in matters of appeal, crystallizing in Article 448, paragraph 2, c.p.p. the rule that the plea bargain judgment is completely unappealable by the accused.[149] This choice can be explained, once again, by the intention to maximize the deflationary potential of the plea bargaining procedure, even at the cost of sacrificing another important safeguard, such as the second instance judgment.

Conversely, no provision originally dealt with regulating the cases and ways in which it was possible to lodge an appeal with the Court of Cassation or a request for review against the judgments in question, which gave rise to complex questions of interpretation. It should be noted that the Court of Cassation filled this gap by adopting a very restrictive approach,[150] aimed at limiting as much as possible the availability of ordinary remedies, which was ultimately also adopted by the legislator.

The consequences of the joint operation of these strands are clear: by giving precedence, even in terms of encumbrances, to the dispositive component of the mechanism over the jurisdictional one, further essential

---

[148] CABIALE, Andrea. Giustizia negoziata e invalidità nel procedimento penale italiano: un rapporto problematico, in *this Volume*.

[149] See GERACI, Rosa Maria. *L'appello contro la sentenza che applica la pena su richiesta,* Padova, 2011.

[150] See DELLA TORRE. *La giustizia penale,* cit., p. 197 ff.

safeguards for correcting an unfair agreed outcome have been curtailed. This has, of course, made the innocence problem of the procedure in question even more pressing.

What is paradoxical, however, is that it is precisely the fact that the negotiating component has prevailed over the guarantees on so many fronts that has ultimately had a negative impact on the appeal of the procedure itself.

Over time, the consequences of this choice have proved fatal to its statistical success. In this regard, it should be noted that the legislator's idea—according to which it should have been the main alternative to ordinary proceedings—has proved to be a failure. Various reasons, including the lack of guarantees, competition from other special procedures, and the expectations of defendants to obtain acquittal through the statute of limitations, have progressively reduced the propensity to resort to it, to the point that plea bargaining has undergone a serious crisis in terms of numbers, especially in the second decade of the 2000s, being surpassed even by other mechanisms such as summary judgment.[151] Further accentuating the paradox is the fact that these competing procedures are often less convenient for the legal system: they take longer, involve higher costs, and, since they are not based on an agreement on the penalty, leave the way open for appeals.

The lesson to be learned from this is ultimately significant: the Italian experience shows that a drastic reduction in guarantees in a negotiated mechanism can, under certain conditions, even prove counterproductive to the very deflationary objectives pursued.

6. Conclusion

Drawing some conclusions from this brief analysis, two guidelines seem to emerge to guide the direction of future studies.

The first concerns the methodological difficulty of establishing clear categories for classifying negotiated justice procedures. As we have

[151] See, on this point, for detailed data GIALUZ, Mitja and DELLA TORRE, Jacopo, *Giustizia per nessuno. L'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, Turin, 2022, pp. 107 ff.

attempted to highlight, not only is the category extremely varied and the term "negotiated justice" somewhat vague, but the classification categories used are often divergent and do not always find a consistent approach, even at the doctrinal level.

This uncertainty is reflected, first and foremost, in an obstacle to the accurate study of these mechanisms, particularly from a comparative perspective. For this reason alone, it would therefore be appropriate to approximate the categories of study further, to develop a solid, and (as much as possible) comprehensively adequate methodological comparative approach.

Secondly, this methodological divergence also has increasing practical repercussions. One example is the functioning of the young European Public Prosecutor's Office (EPPO). The EPPO, indeed, is faced with a single office that must act on a supranational basis, yet with internal consistency, both for organisational purposes and to guarantee the rights of those involved in proceedings on a transnational level. Still, the interpretative differences between procedural institutions, observable at the domestic level, reveal the fragility of the system. Among these, the mechanisms of negotiated justice play a key role, as discussed by Neroni Rezende in *this Dossier*.[152]

The second line of thought, which already emerged in the previous analysis, concerns the close relationship, observed on a large scale and often regardless of the legal system in question, between negotiated justice systems and the risk of miscarriage of justice. While the variety of characteristics of these systems frequently reflects domestic legal traditions, certain features have long been empirically identified as significant risk factors for wrongful convictions. These include, among others, mechanisms characterised by limited judicial control, or which allow not only the negotiation of the evidence that can be used or the penalties imposed, but also the very existence of the charges.

The well-known Post Office scandal, in which numerous defendants pleaded guilty despite being innocent, serves as a poignant

[152] NERONI REZENDE, Isadora. Sui limiti della giustizia negoziale nel sistema EPPO: Criticità e margini di ampliamento delle procedure semplificate di azione penale, in *this Volume.*

reminder of the ever-present risk of such a connection and the dramatic effects that ensue.[153]

In this sense, therefore, the development of a common and, possibly, shared approach to negotiated justice systems should increasingly take into account not only the demands for efficiency (in the deflationary sense), and the need to comply with procedural safeguards in light of the fair trial rights, but also the recommendations explicitly developed to minimise the risk of miscarriages of justice.

We hope that the reflections of the authors of *this Dossier*, with their different perspectives and rich expertise, will be a step forward in continuing the debate in a fruitful direction.

References

AMIEL, Claude, GARAPON Antoine. Justice négociée et justice imposée dans le droit français de l'enfance. *Annales de Vaucresson*, 1987, n°27, p. 17 ff

ALSCHULER, Albert.W. The Prosecutor's Role in Plea Bargaining. *Chicago Law Review,* 1968, pp. 85 ff

ALSCHULER, Albert. W. Straining at Gnats and Swallowing Camels: The Selective Morality of Professor Bibas. *Cornell Law Review,* 2003, pp. 1412 ff

ALSCHULER, Albert.W. A Nearly Perfect System. *Albany Law Review,* 2017, p. 919 ff

ALSCHULER, Albert. W. A *Nearly Perfect System For Convicting The Innocent,* in *Albany Law Review,* 2017, p. 923 ff

APRILE, Ercole. Gli esiti alternativi sul giudizio: la negoziazione sul rito, sulla prova e sulla pena. *Cass. pen.,* 2000, p. 3515 ff

[153] See, for all, ORMEROD, David, QUIRK, Hannah. The Post Office Miscarriage of Justice. Editorial. *Criminal Law Review*, 2021*(7),* 509-512, and DAY, Sally, MOORHEAD, Richard, NOKES, Karen, HELM, Rebecca. *Working Paper 11 Accessing Injustice? Experiences of representation and the criminal justice system during the Post Office Scandal*, November 2025, available at: https://news.exeter.ac.uk/wp-content/uploads/2025/11/WP11-FINAL-clean-copy-Accessing-Injustice.pdf.

BACCARI, Gian Marco, CONTI, Carlotta. Una nuova espressione del metodo dialettico: l'acquisizione concordata di atti di indagine. *Dir. pen. proc.,* 2003, pp. 873 ff

BACHMAIER WINTER, Lorena, The European Court of Human Rights on Negotiated Justice and Coercion, *European Journal of Crime Criminal Law and Criminal Justice*, 2018, 236 ff

BARTOLI, Roberto. Le recenti questioni applicative in tema di messa alla prova dell'adulto. In: *Giur. it., Gli speciali, Sistema sanzionatorio e processo penale: lavori in corso*, a cura di PALAZZO, Francesco e SPANGHER, Giorgio, 2015, pp. 6 ff

BEERNAERT, Marie-Aude, Transactions, accords de plaider coupables et autres procedures judiciaires simplifiées – Quelques considérations sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de justice pénale consensuelle ou négociée, en marge de l'arrêt Natsvlishvili et Togonidze c. Géorgie du 29 avril 2014, *Revue trimestrielle de droit de l'homme*, 2015, p. 208

BELLUTA, Hervè. Contraddittorio e consenso: metodi alternativi per la formazione della prova. *Riv. dir. proc.,* 2003, pp. 126 ff

BELLUTA, Hervè. Nuovi poteri istruttori extradibattimentali delle parti: l'accordo ex art. 431 comma 2 c.p.p. come criterio epistemico della prova. In: NOSENGO, Serafino (ed). *Nuovi scenari del processo penale alla luce del giudice unico*, Milano, 2002, pp. 69 ff

BERMAN, Douglas A. Editor's Observations: Is Fact Bargaining Undermining the Sentencing Guidelines? *Federal Sentencing Reporter,* 1996, pp. 300 ff

BERTOLINI, Benedetta. *La messa alla prova per adulti sotto le lenti della giustizia riparativa*, in *Verso un processo penale accelerato. Riflessioni intorno alla l. 67/2014 al d lgs. 28/2015 e al d.l. 2798/2014*, Napoli, 2015, pp. 30 ss

BIBAS, Stephanos. Harmonizing Substantive-Criminal-Law Values and Criminal Procedure: The Case of Alford and Nolo Contendere Pleas. *Cornell Law Review,* 2003, pp. 1379 ff

BIBAS, Stephanos. Bringing Moral Values Into a Flawed Plea-Bargaining System. *Cornell Law Review,* 2003, pp. 1425 ff

BLUME, John H., HELM, Rebecca K. The Unexonerated: Factually Innocent Defendants Who Plead Guilty. *Cornell Law Review,* 2014, p. 172 ff

BONINI, Valentina. *La progressiva sagomatura della messa alla prova processuale*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 28 November 2018, p. 6 ff

BOVE, Valeria. *La messa alla prova,* Pisa, 2018

BOVE, Valeria. La Corte costituzionale salva la messa alla prova con un'ingegnosa quadratura del cerchio. *Dir. pen. proc*., 2018, p. 1574 ff

BOWERS, Josh. Punishing the Innocent. *University of Pennsylvania Law Review,* 2008, p. 1117 ff

BRANDÃO, Nuno. Acordos sobre a setença penal: problemas e vias de solução. *Julgar,* 2015, p. 16 ff

BROWN, J. Meriti e limiti del patteggiamento. In: AMODIO, Ennio, BASSIOUNI, M. Cherif. *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, Milano, 1988, p. 132 ff

BUZZELLI, Silvia. Fascicolo dibattimentale «negoziato» e cognizione probatoria. *Ind. Pen*. 2001, pp. 389 ff

CABON, Sarah-Marie. *La négociation en matière pénale*. Droit. Université de Bordeaux, 2014, p. 1 f

CAIRO, Robert. *La médiation pénale: Entre répression et réparation,* Paris, 1997, p. 17 ff

CAMON, Alberto. Accordi processuali e giustizia penale: la prova patteggiata. *Riv. dir. proc*., 2008, 1, p. 57 ff

CAPRIOLI, Francesco. Processo penale e commisurazione della pena. In: PAVARINI, Massimo (ed). *Silète poenologi in munere alieno! Teoria della pena e scienza penalistica, oggi,* Bologna, 2006, p. 152 CAPRIOLI, Francesco. Voce *Condanna* (*dir. pen. proc.*), in *Enc. dir*., *Annali*, II, t. I, Milano, 2008, p. 118 ff

CAPRIOLI, Francesco. Verità e giustificazione nel processo penale. *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2013, p. 608 ff

CAPUTO, Matteo. *Il diritto penale e il problema del patteggiamento,* Jovene, 2009, p. 416 ff

CASCINI, Domenica Naike. Il nuovo art. 162-ter c.p.; esempio di "restorative justice" o istituto orientato ad una semplice funzione deflattiva?, *Arch. pen. online*, n. 2, 2017

CENTORAME, Federico. «*Certa, liquida ed esigibile*»: *sulla giustizia penale «monetizzata»*. *Riv. dir. proc*., 2018, p. 127 ff

CESARI, Claudia, sub *art. 464-bis*. In: CONSO, Giovanni, ILLUMINATI, Giulio. *Commentario breve al codice di procedura penale*, 2ª ed., Padova, 2014, p. 2124 ff

CESARI, Claudia. Voce *Sospensione del processo con messa alla prova,* in *Enc. dir*., Annali IX, 2016, p. 1005 ff

CHINNICI, Daniela. L'incursione della «prova negoziata» nel giudizio penale (alcuni rilievi critici). *Riv. dir. proc.,* 2003, p. 864 ff

CIAVOLA, Agata. *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Giappichelli, Torino, 2010

CONTI, Carlotta. Voce *Sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato maggiorenne,* in *Dig. disc. pen.,* Agg. VIII, Turin, 2016, p. 691 ff

CONTI, Carlotta. La messa alla prova tra le due Corti: aporie o nuovi paradigmi?. *Dir. pen. proc.,* 2018, p. 677 ff

CONTI, Carlotta. Messa alla prova: gli interventi delle Sezioni Unite*, inwww. treccani.it*

CONSO, Giovanni, GREVI, Vittorio, NEPPI MODONA, Guido. *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, vol. IV, il *Progetto preliminare del 1988*, Padova, 1990

CORDERO, Franco. *Procedura penale,* 9th ed., Milano, 2012

COVEY, Russell D. Signaling and Plea Bargaining's Innocence Problem. *Washington and Lee Law Review,* 2009, p. 74 ff

D'ORAZIO, Samuel. La consécration de la justice *pénale* négociée. *Annales de droit de Louvain,* 2003, p. 384 ff

DAMASKA, Mirjan. *Negotiated Justice in International Criminal Courts*. In THAMAN, Stephen C. (ed.) *World Plea Bargaining. Consensual Procedures and the Avoidance of the Full Criminal Trial*, Durham, 2010, p. 94 ff

DAMASKA, Mirjan. Truth in Adjudication. *Hastings Law Journal,* 1998, pp. 289 ff

DAY, Sally, MOORHEAD, Richard, NOKES, Karen, HELM, Rebecca. *Working Paper 11 Accessing Injustice? Experiences of representation and the criminal justice system during the Post Office Scandal*, November 2025, available at: https://news.exeter.ac.uk/wp-content/uploads/2025/11/WP11-FINAL-clean-copy-Accessing-Injustice.pdf

DE FALCO, Giuseppe La nuova causa di estinzione del reato per effetto di condotte riparatorie di cui all'art. 162-ter c.p.: efficacia deflattiva reale o presunta?. *Cass. pen.,* 2017, p. 4626 ff

DEL COCO, Rosita. *Disponibilità della prova penale e accordi tra le parti,* Milano, 2004, p. 8 ff

DEL MORAL GARCÍA, Antonio. Otra vez sobre conformidad y conformidades en el proceso penal. In: *Fernando Herrero-Tejedor Algar. Liber Amicorum,* Madrid, 2015, p. 507 ff

DELLA TORRE, Jacopo. Standard probatori, efficienza e giustizia penale. *Pol. dir*., 2023, p. 337 ff

DELLA TORRE, Jacopo. *La giustizia penale negoziata in Europa. Miti, realtà e prospettive*. Wolters Kluwer/CEDAM, 2019

DELLA TORRE, Jacopo, Riti consensuali ed errore giudiziario: un binomio ricco di criticità. In: LUPARIA, Luca (ed.), *L'errore giudiziario*, Milano, 2021, p. 40 ff

DELMAS-MARTY, Mireille. Prospettive sulla procedura penale in Europa*, Indice penale*, 1994, p. 236 ff

DERVAN, Lucian E. Bargained Justice: Plea Bargaining's Innocence Problem and the Brady Safety-Valve. *Utah Law Review,* 2012, p. 51 ff

DI BITONTO, Maria Lucia. *Profili dispositivi dell'accertamento penale*. Torino, 2004, pp. 93 ff DI BITONTO, Maria Lucia. *Profili dispositivi dell'accertamento penale*. Torino, 2004, pp. 93 ff DI BITONTO, Maria Lucia. *Profili dispositivi dell'accertamento penale*. Torino, 2004, pp. 93 ff

DI CHIARA, Giuseppe. Sub *art*. 464-bis c.*p.p.* In: GIARDA, Angelo, SPANGHER, Giorgio (eds). *Codice di procedura penale commentato,* 5(ª)ed., vol. II, Milan, 2017, p. 2171 ff

DI CHIARA, Giuseppe. L'architettura dei presupposti. In: *Il patteggiamento,* Milan, 1999

DONINI, Massimo. Compliance, *negozialità e riparazione dell'offesa nei reati economici. Il delitto riparato oltre la* restorative justice. In: *Criminalità d'impresa e giustizia negoziata: esperienze a confronto*, a cura del CNPDS, Giuffrè, Milano, 2017, p. 45 ff

DONINI, Massimo. Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio. *Dir. pen. cont. – Riv. trim*., 2015, no. 2, pp. 236 ff

DRIPPS, Donald A. Guilt, Innocence, and Due Process of Plea Bargaining. *William & Mary Law Review,* 2016, p. 1360 ff

DÜNKEL, Frieder, GRZYWA-HOLTEN, Joanna, HORSFIELD, Philip (eds.), *Restorative Justice and Mediation in Penal Matters.* A *stock-taking of legal issues, implementation strategies and outcomes in 36 European countries,* vols. I-II, Mönchengladbach, 2015

EDMUNDUS, Robert H. Analyzing the Tension between Prosecutors and Probation Officers over "Fact Bargaining". In: Federal Sentencing Reporter Vol. 8, No. 6, *Assessing the Probation Officers' Survey: Does Fact Bargaining Undermine the Sentencing Guidelines?* (May - Jun., 1996), Duke University Press, pp. 318 ff

EKEU, Jean P., *Consensuolisme et poursuite en droit pénal comparé*, Parigi, 1993

EUSEBI, Luciano (ed), *Una giustizia diversa. Il modello riparativo e la questione penale*, Milano, 2015

EUSEBI, Luciano Giustizia conciliativa e discrezionalità nel sistema penale. In: PICOTTI, Lorenzo, SPANGHER, Giorgio (eds), *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale.* Milano, 2005, p. 71

EUSEBI, Luciano. Profili della finalità conciliativa nel diritto penale. In: DOLCINI, PALIERO, *Studi in onore di Giorgio Marinucci,* Milano, 2006, 1110 ff

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale,* Rome-Bari, 1989

FERRAJOLI, Luigi. *Prova e verità nel diritto,* Bologna, 2004

FERRANTI, Donatella. Giustizia riparativa e stalking: qualche riflessione a margine delle recenti polemiche, *Dir. pen. cont.*, 4 July 2017

FERRUA, Paolo. *La prova nel processo penale. Volume I. Struttura e procedimento*, 2nd ed., Turin, 2017

FERRUA, Paolo. Scelte accusatorie e riviviscenze inquisitorie nel nuovo processo penale. *Dif. Pen.,* no. 22, p. 49 ff

FERRUA, Paolo. Il ruolo del giudice nel controllo delle indagini e nell'udienza preliminare. In: Id., *Studi sul processo penale*, 1990, p. 69 ff

FERRUA, Paolo. La giustizia negoziata nella crisi della funzione cognitiva del processo penale. In: MOCCIA (ed), *La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, Napoli, 1998, p. 59 ff

FIŠER, Zvonko, GIALUZ, Mitja. La giustizia negoziata in Europa: uno sguardo comparato tra Slovenia e Italia. *Dir. pen. proc.,* 2012, p. 1149 ff

FONTI, Rossella, Vizi della volontà e giustizia penale negoziata. In: SANTORIELLO, Ciro (coord). *La giustizia penale differenziata. I procedimenti speciali*, vol. I, Torino, 2010, pp. 228-289

GARUTI, Giulio. Dal dissenso immotivato alla giustizia riparatoria: lo stato dei poteri dispositivi delle parti. *Studium Iuris,* 2002, p. 1331 ff

GAZAL, Oren. Screening, Plea Bargains and the Innocent Problem. *University of Michigan Law School, Law & Economics Working Paper Archive,* 2004, p. 1 ff

GERACI, Rosa Maria. *L'appello contro la sentenza che applica la pena su richiesta,* Padova, 2011

GIALUZ, Mitja and DELLA TORRE, Jacopo, *Giustizia per nessuno. L'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, Turin, 2022, p. 107 ff

GIALUZ, Mitja. Voce *Applicazione della pena su richiesta delle parti.* In: *Enc. dir.,* Annali II, t. I, Milan, 2008, p. 14 ff

GIALUZ, Mitja. *Mediazione e conciliazione.* In: PERONI, Francesco, GIALUZ, Mitja. *La giustizia penale consensuale. Concordati, mediazione e conciliazione*, Torino, Utet, 2004, p. 103 ff

GLESS, Sabine, ZURKINDEN, Nadine. Negotiated Justice. Balancing Efficiency and Procedural Safeguards. In: LIGETI, Katalin, FRANSSEN, Vanessa (eds), *Challenges in the Field of Economic and Financial Crime in Europe and the US* (Hart Publishing, 2017), p. 119 ff

GRANDI, Ciro. L'estinzione del reato per condotte riparatorie. Profili di diritto sostanziale. *www.lalegislazionepenale.eu*, 13 November 2017

HERMAN, G.N., BOLITHO, Z.C. *Plea Bargaining,* 4(ª)ed., New York, 2017, p. 2 ff

HESSICK Andrew F. III, SAUJANI, Reshma. Plea Bargaining and Convicting the Innocent: The Role of the Prosecutor, the Defense Counsel, and the Judge. *Brigham Young University Journal of Public Law,* 2002, p. 189 ff

JACOBS, Ann. Le droit belge dans le concert européen de la justice négociée. *Revue internationale de droit pénal* 2012/1 Vol. 83, p. 44 ff

JUNG, Heike, Plea Bargaining and its Repercussions on the Theory of Criminal Procedures. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 5, 2, 1997, p. 112 ff

KELLY, William R., PITMAN, Robert. *Confronting Underground Justice. Reinventing Plea Bargaining for Effective Criminal Justice Reform,* Lanham – Boulder – New York – London, 2018, p. 138 ff

KOBOR, Susanne. *Bargaining in the Criminal Justice Systems of the United States and Germany,* Frankfurt am Main, 2008, p. 64 ff

KOSTORIS, Roberto E., voce *Giudizio (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg. VI, Roma, 1997, p. 8 ff

LAFLIN, Maureen E. Remarks on Case-Management Criminal Mediation. *Idaho Law Review,* 2004, p. 572 ff

LANGBEIN, John H., Land without Plea Bargaining: How the Germans do it. *Michigan Law Review*, 1979, p. 204 ff

LANGBEIN, John H. and WEINREB, Lloyd L. Continental Criminal Procedure: "Myth" and "Reality". *Yale Law Journal*, 1978, p.1549 ff

LANGER, Máximo, The diffusion of plea bargaining and the global administratisation of criminal convictions. In LANGER, Máximo, MCCONVILLE, Mike and MARSH, Luke (eds.) *Plea Bargaining and Criminal Justice*, Elgar, 2024

LANGER, Máximo, Plea Bargaining as Second-Best Criminal Adjudication and the Future of Criminal Procedure Thought in Global Perspective. In LANGER, Máximo, MCCONVILLE, Mike and MARSH, Luke (eds.) *Plea Bargaining and Criminal Justice*, Elgar, 2024, p. 552 ff

LEO, Guglielmo. La Corte costituzionale ricostruisce ed "accredita", in punto di compatibilità costituzionale, l'istituto della messa alla prova. *Dir. pen. cont.*, 7 May 2018

LEONE, Giovanni. *Trattato di diritto processuale penale,* vol. I, *Dottrine generali,* Napoli, 1961, p. 179 ff

LEONARD, Taylor C. The Pressure to Plead: How Case-Management Mediation Will Alter Criminal Plea-Bargaining. *Journal of Dispute Resolution,* 2014, p. 161 ff

LESTER, Brandon. System Failure: The Case for Supplanting Negotiation with Mediation in Plea Bargaining. *Ohio State Journal on Dispute Resolution,* 2005, pp. 563 ff

LEVIN, Nathan, MEYERS, Ernest S. Nolo Contendere: Its Nature and Implications. *The Yale Law Journal,* 1942, p. 1255 ff.

LOZZI, Gilberto. La legittimità costituzionale del c.d. patteggiamento. *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 1600;

LOZZI, Gilberto. Il patteggiamento e l'accertamento di responsabilità: un equivoco che persiste. *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 1396 ff

LUPÁRIA, Luca, GIALUZ, Mitja. Italian criminal procedure: thirty years after the great reform. *Roma Tre Law Review,* 2019

LUPO, Ernesto stated immediately after the entry into force of the new Italian Code of Criminal Procedure, in *Il giudizio abbreviato e l'applicazione della pena negoziata.* In: GAITO, Alfredo. I *giudizi semplificati,* Padova, 1989, p. 80 ff

MAFFEO, Vania. I *profili processuali della sospensione con messa alla prova,* Napoli, 2017

MAGGIO, Paola. Mediazione e processo penale: i disorientamenti del legislatore italiano. In: PERA, Alessandra, *Dialogo e modelli di mediazione*, Padova, 2016, p. 39 ff

MANNOZZI, Grazia. *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale,* Milano, 2003

MANNOZZI, Grazia, LODIGLIANI, Giovanni Angelo (eds). *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna, 2015

MANNOZZI, Grazia. Commisurazione e negoziato sulla pena nell'esperienza statunitense: punti di riflessione con riferimento alla legge n. 134 del 2003. In: PERONI, Francesco (ed). *Patteggiamento "allargato"* e *giustizia penale,* Torino, 2004, p. 163 ff

MARAFIOTI, Luca. *La giustizia penale negoziata,* Milano, Giuffrè, 1992

MARAFIOTI, Luca. Prova «negoziata» e contraddittorio. *Cass. pen.,* 2002, p. 2933 ff

MARCOLINI, Stefano. *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata,* Milano, 2005

MARCOLINI, Stefano. A quali condizioni i negoziati sulla pena sono conformi alla Cedu? *Cass. pen.*, 2014. *pen.*, 2014, p. 3495 ff

MARZADURI, Enrico. Commento all'art. 3 della l. 12.6.2003 N. 134 ("Patteggiamento allargato"). *Leg. pen.*, 2004, p. 258 ff

MARUOTTI, RG. La nuova causa di estinzione del reato per condotte riparatorie di cui all'art. 162-ter cp tra (presunta) restorative justice ed effettive finalità deflative: prime riflessioni de iure condito. *www.questionegiustizia.it*

MATTEVI, Elena. *Una giustizia più riparativa. Mediazione e riparazione in materia penale*, Napoli, 2017

MAZEROL, Marie-Thérèse. Justice négociée: une expression ambiguë; pour le magistrat, un «compromis» *entre deux types* d'aspirations,. *Annales de Vaucresson,* 1988, no. 29, p. 77 ff

MAZZA, Oliviero. Il regime intertemporale della messa alla prova. *Giur. cost.*, 2015, p. 2189 ff

MAZZA, Oliviero. voce *Verità reale e verità processuale*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. VIII, Torino, 2014, p. 715 ff

MENNA, Mariano. *Studi sul giudizio penale,* Torino, 2009

MILBURN, Philip. De la négociation dans la justice imposée. *Négociations,* no 1(1), 2004, p. 27 ff

MILBURN, Philip, *Évolution de la place de la médiation dans la justice française.* Négociations, 2009, no. 12, p. 147 ff

MIRAGLIA, Michela. *Un processo penale diverso. Analisi e prospettive della messa alla prova*, Torino, 2018

MONDON, Denis Justice imposée, justice négociée : les limites d'une opposition, l'exemple du parquet. *Droit et société*, n°30-31, 1995. p. 349 ff

MOREAU, Thierry, La reconnaissance préalable de culpabolité : just a deal ? Une occasion à ne pas manquer, mais un virage à bien négocier. In AA.VV., *La loi «pot-pourri II» : un recul de civilisation ?*, directed by M. Cadelli-T. Moreau, 2016, Limal, p. 129 ff

MURRO, Ottavia. La riparazione del danno come causa di estinzione. In SPANGHER, Giorgio (ed). *La riforma Orlando. Modifiche al Codice penale, Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, Pisa, 2017, p. 48 ff

MUZZICA, Raffaele. La sospensione del processo con messa alla prova per gli adulti: un primo passo verso un modello di giustizia riparativa? *Proc. pen. giust.*, 2015, n. 3, p. 170 ff

NACAR, Barbara. *Natura cognitiva della sentenza di patteggiamento e rimedi impugnatori*, Milano, 2022, p. 23 ff

ORMEROD, David, QUIRK, Hannah. The Post Office Miscarriage of Justice. Editorial. *Criminal Law Review*, 2021*(7),* p. 509 ff

ORLANDI, Renzo. *Procedimenti speciali*. In: BARGIS, Marta et al (eds). *Compendio di procedura penale*, 9ª ed., Padova, 2018, p. 693 ff

PALAZZO, Francesco. Giustizia riparativa e giustizia punitiva. In: MANNOZZI, Grazia, LODIGLIANI, Giovanni Angelo (eds). *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna, 2015, p. 73 ff

PALAZZO, Francesco. Sanzione e riparazione all'interno dell'ordinamento giuridico italiano: *de lege data* e *de lege ferenda*. *Pol. Dir.*, 2017, p. 358 ff

PALIERO, Carlo Emilio. La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia, in *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Milano, 2007, p. 112 ff

PAPA, Michele. La crescita miracolosa del bonsai: l'albero del patteggiamento allarga vistosamente la chioma ma stenta a sviluppare le radici.c*Leg. pen*., 2004, p. 870 ff

PARLATO, Lucia. La messa alla prova dopo il dictum della Consulta: indenne ma rivisitata e in attesa di nuove censure. *Dir. pen. cont*., 2019, n. 1, pp. 89 ff

PATANE', Vania. La tutela della vittima nel procedimento di mediazione. *Giur. it*., 2012, p. 488 ff

PERONI, Francesco. Nozioni fondamentali. In: PERONI, Francesco, GIALUZ, Mitja. *La giustizia penale consensuale. Concordati, mediazione e conciliazione*, Torino, Utet, 2004, p. 5 ff

PERONI, Francesco. La messa alla prova per adulti nuovamente al vaglio della Corte costituzionale; Corte cost., 21 febbraio 2018, n. 91. *Dir. pen. cont*., June 26, 2018

PERONI, Francesco. *La sentenza di patteggiamento*, Padova, 1999,

PIZZI, William T. Fact-Bargaining: An American Phenomenon. In: Federal Sentencing Reporter Vol. 8, No. 6, *Assessing the Probation Officers' Survey: Does Fact Bargaining Undermine the Sentencing Guidelines?* (May - Jun., 1996), Duke University Press, p. 336 ff

PIZZI, William, MARAFIOTI, Luca. The New Italian Code of Criminal Procedure: The Difficulties of Building an Adversarial Trial System on a Civil Law Foundation. *The Yale Journal of International Law,* 1992

PRADEL, Jean, Le consensualisme en droti pénal comparé. *Boletim da Faculdade de Direito. Nùmero especial. Estudos em homenagem ao Prof Doutor Eduardo Correza*, vol. lll, Coimbra, 1984, p. 331 ff

PROCACCINO, A. *Il negozio probatorio dibattimentale*, Giuffrè, 2010

PULITANÒ, Domenico. Relazione introduttiva. Problemi del negoziabile nella giustizia penale. In: *Criminalità d'impresa e giustizia negoziata: esperienze a confronto,* Milano, 2017, p. 28 ff

QUATTROCOLO, Serena. Condotte *post factum* ed estinzione del reato: il nuovo art. 162-ter c.p. conferma il terzo principio della dinamica?. In: GIULIANI, Livia, ORLANDI, Renzo (eds). *Indagini preliminari e giudizio di primo grado. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, Giappichelli, 2018, p. 265 ff

RAKOFF, Jed. S. Why Innocent People Plead Guilty, in *www.nybooks.com*

REDLICH, Allison D., ÖZDOĞRU, Asil. Alford Pleas in the Age of Innocence. *Behavioral Sciences and the Law,* 2009, p. 470 ff

SANNA, Alessandra. L'istituto della messa alla prova: alternativa al processo o processo senza garanzie? *Cass. pen.*, 2015, p. 1266 ff

SANNA, Alessandra. *Il "patteggiamento" tra prassi e novelle legislative*, Milano

SCHULHOFER, Stephen J. Plea Bargaining as Disaster. *Yale Law Journal,* 1992, p. 1981 ff

SCOTT, Robert E., STUNTZ, William J., Plea Bargaining as Contract. *Yale Law Journal*, 1992, p. 1909 ff

SPANGHER, Giorgio. *La pratica del processo penale,* vol. I, Padua, 2012, p. 16-17

STRUTIN, Ken. Truth, Justice, and the American Style Plea Bargain. *Albany Law Review,* 2013-2014, p. 829

TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici,* Milano, 1992

TARUFFO, Michele. *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009

THAMAN, Stephen C., A Typology of Consensual Criminal Procedures: An Historical and Comparative Perspective on the Theory and Practice of Avoiding the Full Criminal Trial. In THAMAN, Stephen C. (ed.) *World Plea Bargaining. Consensual Procedures and the Avoidance of the Full Criminal Trial*, Durham, 2010, p. 326 ff

THAMAN, Stephan C. Plea-Bargaining, Negotiating Confessions and Consensual Resolution of Criminal Cases. In: K. BOELE WOELKI and S. VAN ERP (eds), *General Reports of the XVIIth Congress of the International Academy of Comparative Law,* Brussels - Utrecht, 2007, p. 973 ff

TONINI, Paolo. I riti di impronta angloamericana: patteggiamento e giudizio abbreviato. In: *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma. Continuità, fratture, nuovi orizzonti,* Milano, 2012, p. 275 ff

TOR, Avishalom, GAZAL-AYAL, Oren, GARCIA, Stephen M. Fairness and the Willingness to Accept Plea Bargain Offers. *Journal of Empirical Legal Studies,* 2010, p. 97 ff

TULKENS, Françoise. Negotiated justice. In: DELMAS MARTY, Mireille and SPENCER, John (eds). *European Criminal Procedures,* Cambridge, 2005, p. 641 ff

TULKENS, Françoise. Una giustizia negoziata. In: CHIAVARIO, Mario (ed), *Procedure penali d'Europa,* Padova, 1998, p. 621 ff

TULKENS, Françoise, VAN DE KERCHOVE, Michel. La justice pénale: justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée ?. In: GÉRARD, Philippe, OST, François et VAN DE KERCHOVE, Michel. *Droit négocié, droit imposé ?,* Presses universitaires Saint-Louis Bruxelles, 2019, p. 533 ff

TURNER, Jenia I., WEIGEND, Thomas. Negotiated Justice. In: G. SLUITER, H. FRIMAN, S. LINTON, S. VASILIEV, S. ZAPPALÀ (eds), *International Criminal Procedure: Principles and Rules,* edited by Oxford, 2013, p. 1376 ff

UBERTIS, Giulio. *Riconciliazione, processo e mediazione in ambito penale*, in Id., *Argomenti di procedura penale,* vol. II, Milan, 2006, p. 102 ff

UBERTIS, Giulio. Sospensione del procedimento con messa alla prova e Costituzione. *Arch. pen.*, 2015, p. 726 ff

UBERTIS, Giulio. *Profili di epistemologia giudiziaria,* Milano, 2015, p. 16 ff

VAN DE KERCHOVE, Michel. Contractualisation de la justice pénale ou justice pénale contractuelle?. In : S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ, *La contractualisation de la production normative,* Dalloz, 2008, p. 195 ff.

VAN DE KERCHOVE, Michel. La justice restauratrice au cœur du conflit des paradigmes de la peine. *Histoire de la justice,* 2015, no. 1, p. 123 ff.

VENTUROLI, Marco. *La vittima nel sistema penale dall'oblio al protagonismo?*, Napoli, 2015

VIGONI, Daniela. *L'applicazione della pena su richiesta delle parti,* Milano, 2000

VIGONI, Daniela. La prova di resistenza del «patteggiamento» nei percorsi costituzionali. In: CONSO, Giovanni (ed), *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 808 ff

WALTOŚ, Stanisław, Settlements in Criminal Procedures in Europe: an Attempt of Synthesis. *Archivum Iuridicum Cracoviense*, 2000, p. 6 ff

WEIGEND, Thomas, Why have a Trial when you can have a Bargain?. In: DUFF, Antony, FARMER, Lindsay, MARSHALL, Sandra, TADROS, Victor (eds.), *The trial on trial*, vol. II, Oxford e Portland, 2006, p. 213 ff

WEIGEND, Thomas. Should We Search for the Truth, and Who Should Do it. *North Carolina Journal of International Law*, 2011, p. 395 ff.

Authorship information

Giulia Lasagni. Associate Professor in Criminal Procedure and Deputy Director of Single Cycle Degree in Law at the University of Bologna. Previously, she worked at the University of Luxembourg, and in the legal department of the Single Supervisory Mechanism (SSM) of the European Central Bank. She participates to several European and Italian research projects (e.g. CROSSJUSTICE, EUBAR, DEVICES, ECB Legal Research Programme, ParTFin, TRIANGLE EU, CRYPTOSAFE), also as Principal Investigator (FACILEX, EPPITALY). giulia.lasagni6@unibo.it

Jacopo Della Torre. Associate Professor in Criminal Procedure at the University of Genoa, Italy. PhD in Law, cum laude, from the University of Udine. He currently serves as a consultant to the Italian Parliamentary Anti-Mafia Commission and as a Visiting Academic at the Faculty of Law, University of Cambridge, United Kingdom. Previously, he was Assistant Professor of Criminal Procedure at the University of Trieste and a Visiting Academic at the University of Nottingham, United Kingdom. He is the Principal Investigator of the Italian national research project on criminal evidence CRYPTOSAFE (PRIN 2022 PNRR) and the local project manager for EPPITALY (PRIN 2022). He is also involved in European projects on the digitalisation of criminal justice (DIGIRIGHTS) and on remedies for miscarriages of justice. jacopo.dellatorre@unige.it

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. Although the article is the result of a common reflection, Jacopo Della Torre is the primary author for §§ 1,3,5 and Giulia Lasagni for §§ 2,4,6.

- *Giulia Lasagni*: conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Jacopo Della Torre*: 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.

Data Availability Statement: In compliance with open science policies, all data generated or analyzed during this study are included in this published article.

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

- Submission: 24/11/2025
- Desk review and plagiarism check: 25/11/2025

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)

How to cite (ABNT Brazil):

LASAGNI, Giulia; DELLA TORRE, Jacopo. Editorial of the Dossier "A Comparative Analysis of Negotiated Justice Systems": an introductory overview. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 11, n. 3, e1362, set./dez. 2025. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v11i3.1362

License Creative Commons Attribution 4.0 International.

The Expedited Adjudication Procedure (*Seri Muhakeme Usulü*) in Turkish Criminal Procedure[1]

O procedimento de julgamento expedito (seri muhakeme usulü) no processo penal turco

Ali Emrah Bozbayındır[2]
Bogazici University, Faculty of Law, Istanbul, Türkiye
ali.bozbayindir@bogazici.edu.tr
https://orcid.org/0000-0001-7995-2474

Abstract: In 2019, the Turkish legislature introduced a negotiated justice scheme for non-serious offences, which resembles to some extent the Italian *patteggiamento* and the *French plaider coupable* procedures, which in turn have been inspired by the guilty plea procedure of common law jurisdictions. This novel institution is called expedited trial procedure (*seri muhakeme usulü*), which primarily takes place at the investigation stage, culminating towards an official offer that needs to be sealed off by a judge at the trial stage. It has started to gain practical relevance since at least 2021. The present article shall explore this negotiated justice mechanism by putting it briefly into the European context and providing a bird's-eye view of the existing alternative case disposition mechanisms in the Turkish criminal procedure. The article shall then focus on matters relating to the requirements for applying the procedure and the procedural guarantees foreseen by the legislature. The work will also analyse the role of the prosecutor and the judge, which has been enhanced by a Constitutional Court Judgment in 2021 that resulted in an amendment of the existing legislation to expand the possibilities of

[1] This publication has been developed as part of the research project "Plea bargaining in Turkish and Comparative Law (*Türk ve Mukayeseli Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü*)" Project No: 20005SUP, financed by Bogazici University, Istanbul, Türkiye.

[2] Professor of Criminal Law and Criminal Procedure at the Faculty of Law, Bogazici University, Istanbul, Türkiye. LL.M., Dr. iur. (University of Cologne).

the judge for reviewing the sentence proposal made by the public prosecutor. Finally, the article provides statistics regarding the institution's application in practice.

Keywords: Plea Bargaining; Negotiated Justice; Expedited Adjudication Procedure (*Seri Muhakeme Usulü*); procedural rights; Turkish Criminal Procedure.

Resumo: *Em 2019, o legislador turco introduziu um regime de justiça negociada aplicável a infrações de menor gravidade, o qual guarda certa semelhança com o patteggiamento italiano e com o procedimento francês de plaider coupable, ambos inspirados, por sua vez, no guilty plea dos ordenamentos de common law. Essa nova instituição denomina-se procedimento de julgamento expedito (seri muhakeme usulü), que se desenvolve predominantemente na fase de investigação, culminando em uma proposta oficial que deve ser homologada por um juiz na fase judicial. O instituto passou a adquirir relevância prática ao menos desde 2021. O presente artigo tem por objetivo examinar esse mecanismo de justiça negociada, situando-o brevemente no contexto europeu e oferecendo uma visão panorâmica dos mecanismos alternativos de resolução de casos existentes no processo penal turco. Em seguida, o artigo concentra-se nos requisitos de aplicação do procedimento e nas garantias processuais previstas pelo legislador. A pesquisa analisa, ainda, o papel do Ministério Público e do juiz, o qual foi reforçado por decisão da Corte Constitucional em 2021 que resultou na alteração da legislação para ampliar a possibilidade de controle judicial da proposta de pena apresentada pelo Ministério Público. Por fim, o artigo apresenta dados estatísticos sobre a aplicação prática do instituto.*

Palavras-chave: *Plea bargaining; Justiça negociada; Procedimento de julgamento expedito (Seri Muhakeme Usulü); direitos processuais; Processo Penal Turco.*

1. Introduction: Background and Context

In 2019, the Turkish legislator introduced two novel institutions into the criminal justice system. The first of these institutions is the "abbreviated procedure" (*basit yargılama*). This procedure is based upon a trial on the basis of the investigative file, according to which the defendant

waives his right to a full-fledged trial, and in return, the defendant is, taking into account the particular circumstances, given a one-quarter reduction of sentence. Initiation of this procedure is under the judge's discretionary powers, and it may be applied, as a rule, for all crimes with a maximum prison sentence of two years or less. This process is akin to the Italian *giudizio abbreviato*, which is initiated by the defendant.[3] In this new type of procedure, the judgment is rendered based upon the written dossier, and in return, the sentence will be reduced by one-third.

The other procedure introduced with the abbreviated trials was the expedited adjudication procedure (*seri muhakeme usulü*), which is the subject of the present inquiry. This procedure takes place at the investigation stage and is initiated by the public prosecutor. This procedure shall be applicable solely for an exclusive list of offences. If the suspects agree to the initiation of proceedings, the public prosecutor shall reduce the sentence by one-half, and once the judge seals off the judgment, it will become final.

As Turkey belongs the Continental European tradition of the mixed criminal procedure system which consists mainly of an inquisitorially driven investigative and an accusatorial trial phase, which is marked by the principles of orality and public trial.[4] It is the trial phase where in accord with the principle of immediacy the truth finding function meant to be exercised by judges. It is therefore no surprise that the creation of such a negotiated justice mechanism, which transfers some significant judicial functions to the investigative phase, put more concretely, to the prosecutor, has met with criticism, and the institution has been regarded at times as incompatible with the basic tenets of the Turkish criminal procedure. That said, despite having been applied only since 2020, both institutions are well-received by the public prosecutors and judges. Indeed, according to the statistics of the Ministry of Justice, since 2020, 986.739 cases have been resolved through the abbreviated procedure, and 472.183

---

[3] DI AMATO, Astolfo, FUCITO, Federica. *Criminal Law in Italy*. Alphen ann den Rijin: Wolters Kluwer, Fourth Edition, 2020, p. 186 ff.

[4] GÖLCÜKLÜ, Feyyaz. *The Turkish Code of Criminal Procedure*. London: Sweet & Maxwell, 1962, p. 1 ff; YENISEY, Feridun. *Criminal Law in Turkey*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, Second Edition, 2021, p. 173.

cases have been resolved through the expedited procedure.[5] Furthermore, each year, the use of these procedures steadily increases[6], which, among others, is a strong sign that such procedures are here to stay.

Moreover, the expedited adjudication procedure is applicable in cases with more or less clear and straightforward, which would be indicted without much investigative effort, and by excluding serious offences from the institution's scope, the Turkish legislator has sought not to impair the truth-finding aspect concerning serious offences. Resembling the Italian *patteggiamento* and the French *plaider coupable*[7], this new institution has been introduced, as it were, as a pilot scheme, the scope of which would be expanded as the French and Italians did for their corresponding institutions along the way.[8] Those well-versed in the aforementioned negotiated justice mechanisms shall detect similarities among these institutions without much effort. It needs to be emphasised, however, that the French institution, which is marked by its detailed regulation and its emphasis on the preservation of the essential requirements of fair process within the margins of a negotiated justice mechanism, is more visible if one ventures to compare the Turkish expedited adjudication procedure and the French *plaider coupable*. By choosing primarily the French model of negotiated justice, the Turkish legislator has favoured a prosecutor-centred model,[9] which is at its core inspired by the US-style plea bargaining but a restrained form of guilty plea

---

[5] The Turkish Ministry of Justice, https://www.adalet.gov.tr/seri-muhakeme-ve-basit-yargilama-usulleri-basariyla-uygulaniyor_109682#:~:text=Seri%20muhakeme%20usul%C3%BC%20kapsam%C4%B1na%20giren,ertelenmesine%20karar%20verilmedi%C4%9Fi%20takdirde%20uygulan%C4%B1yor; accessed on 14 September 2025.

[6] CICEK, Tahsin Furkan. *Türk ve Mukayeseli Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü*. Ankara: Seçkin, 2025, p. 687.

[7] For a through comparative analysis of such procedures see DELLA TORRE, Jacopo. *La Giustizia Penale Negoziata in Europa*. Milano: Cedam, 2019, passim.

[8] CICEK, Tahsin Furkan. *Türk ve Mukayeseli Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü.* op. cit. p. 509.

[9] YILMAZ, Yeşim. *Ceza Muhakemesinde Pazarlık Yöntemleri ve Kovuşturmaya Alternatif Bir Yöntem Olarak Seri Muhakeme Usulü*. İstanbul: Der, 2022, p. 472; CICEK, Tahsin Furkan. *Türk ve Mukayeseli Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü*. op. cit. p. 731; YETIMOGLU, Melike Ezgi. "Türk ve Fransız Ceza Muhakemesi Hukuklarında Seri Muhakeme Usulüne Karşılaştırmalı Bakış". *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, n. 1, p. 15-56, p. 53.

procedures that has been adapted to the particularities and legal systems of the continental criminal procedural culture and primarily marked by a superior rights protection compared to its US counterpart.

Remarkably, the prosecutor-centred model, according to which plea agreements are entered into by the prosecution and the defendant and subsequently reviewed by a court, is probably the prevalent form of plea bargaining across Europe, including but not limited to France and Switzerland.[10]

In this article, we shall first provide a brief history of the legislation of these institutions and provide a brief background information regarding overall framework concerning trial waivers mechanisms. Afterwards, we shall provide a brief overview of the existing types of prosecutorial decisions and, above all, alternatives to trial. After setting the stage, we shall examine the conditions and process of applying the expedited adjudication procedure, and finally provide statistics regarding the institution's application in practice.

Including and implementing such procedures into the Turkish legal system in a very cautious and modest fashion aligns with the Continental European tradition regarding the negotiated justice mechanisms, like that of guilty plea procedures. Self-restraint of the legislator vis-à-vis negotiated justice mechanisms and the choice of models from the European experience, which, like the French *plaider coupable* marked by detailed regulation and restraint, appears to be a product of a wise evaluation process. Interestingly, the 2021 Judgment of the Turkish Constitutional Court helped to improve the quality of the institution by emphasising the role of the judge in proceedings.

2. Legislative History

Increasing backlog of cases has, as elsewhere, led the Turkish legislature to adopt new procedures which would shorten the trial process

[10] For a comparative analysis of the prosecutor-centred, the judge-centred and the law-centred models of plea bargaining see BOZBAYINDIR, Ali Emrah. The role of the judge in the European plea bargaining procedures: Three models compared. *The International Journal of Evidence & Proof*, v. 28, n. 3, p. 203-235, 2024.

and the expand the scope of already existing institutions which purported to be designed for this very purpose. In this vein, in 2016 the Ministry of Justice established an alternative dispute resolution unit the objective of which was envisaging new types of procedure as an alternative to full-blown trial, including negotiated justice mechanisms.

Despite the fact that the 2005 Criminal Procedure Code already included institutions like offender victim-mediation, suspension of prosecution or a very modest scheme of penal order by the public prosecutor, a review of the existing institutions and creation of new ones has become a priority. Thus, the legislator has expanded the scope the penal order and the suspension of prosecution of procedure.

In 2019, the legislator after emphasising the need for the creation of exceptions to the principle of mandatory prosecution and full-blown trial, has adopted the expedited adjudication procedure along with the abbreviated procedure. The legislator has emphasised its goal of shortening the trial process for minor offences by the creation of the expedited procedure and has made the following observations: "*similar prosecution tools are used in many Council of Europe member countries, particularly Germany and Italy, which embrace the mandatory prosecution principle, and France, which adheres to the opportunity principle. These procedures serve not only to alleviate the workload that strains the justice system, but also restore disrupted public order by providing a swift and effective response to minor crimes*."[11] The legislator then explicitly referred to the similar procedures in comparative criminal procedures:

> In German law, where the opportunity principle (prosecutorial discretion) began to be used more extensively with the radical changes in the 1960s and 1970s, there is currently a trial procedure applied if the defendant admits guilt under the name of "agreement between the court and the subjects of the trial" as stated in *Article 257c* of the German Code of Criminal Procedure. This institution is also present in Italy and France, which are in the Continental European legal system. *In France, where the institution in question is included in Articles 495-7 to 495-16 of the Code of Criminal Procedure,*

[11] 7188 sayılı Kanun Gerekçesi, https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d27/c018/ tbmm27018004ss0105.pdf, p. 8, accessed on: 7.9.2025.

> *under the name of "hearing upon preliminary acceptance of guilt", the suspect who admits to having committed the act in question and accepts the application of the procedure is usually brought to court on the same day and faces a lower sanction compared to the minimum sentence he would likely receive in the event of a traditional trial* [...]

The Turkish legislator, as it would have been seen above, in line with its long tradition instead of looking or borrowing directly from the US style plea bargaining, has meticulously analysed and inspired by functional equivalents of the guilty plea procedures in Continental Europe.[12] By adopting a prosecutor centred and imposing limitations on types of cases and on sentence benefits, the Turkish legislator has taken a cautionary step into realm of negotiated justice.[13]

3. A Brief Overview of the Types of Prosecutorial Decisions

Before delving into the specifics of the expedited procedure, it would be appropriate to provide a brief overview of the types of prosecutorial decisions in the Turkish criminal procedure. In general, the Turkish system has favoured a gradual model, which means that the prosecutor does not have the discretion to choose the type of procedure as he prefers. In order to prevent overlaps among different procedures, the system seeks to delineate each institution's precise scope. In other words, to apply the expedited procedure, the prosecutor should first consider the applicability of the suspension of prosecution in a given case.

---

[12] For an overview of the US style plea bargaining see SLOBOGIN, Christopher. *Advanced Introduction to U.S. Criminal Procedure*. Edward Elgar: Chetenham, 2020, p. 179 ff.

[13] This approach is also akin to, for instance, the Italian approach, which Vicoli aptly describes as follows: " [...] It can be said that the Italian attitude toward 'negotiated justice' should not be one of complete rejection or uncritical acceptance; it should depend on the achievement of a balance between the demands for greater judicial efficiency and respect for constitutional principles." VICOLI, Daniele. Critical Aspects on the Italian Features Concerning "Negotiated Justice". In: CAIANIELLO, Michele, HODGSON, Jacqueline S. *Discretionary Criminal Justice in a Comparative Context*. Durham, North Carolina: Carolina Academic Press, 2015. p. 151.

Accordingly, the prosecutor has several alternatives, such as dropping the prosecution and issuing an indictment. The public prosecutor may drop a prosecution where he finds out that the act in question is not an offence or there is insufficient evidence. Otherwise, he should, as a rule, issue an indictment if he considers that there is sufficient evidence to support the prosecution; he shall issue an indictment after completing the investigation.

The exceptions to the rule of mandatory prosecution are regulated in the criminal procedure code, except for the penal order of the public prosecutor. Literally translated, pre-payment of a fine (*önödeme*) enables the public prosecutor to issue a penal order. The sanction issued by the prosecutor can solely be a fine. In this procedure, the court is not involved; the prosecutor is responsible for imposing the fine, thereby ending the case. According to Article 75 of the Turkish Penal Code, if the punishment for an offence is a fine or imprisonment for no more than six months, or the offence in question is one of those listed in the article, the public prosecutor proposes a fine to the suspect and sends him a payment order. If the suspect makes the payment, the case shall be dropped, and if the suspect refuses to make the payment, usual trial proceedings shall proceed further. It must be highlighted that the penal order procedures are not applicable if the case pertains to an offence subject to victim-offender mediation.[14] Recently, a rule concerning recidivism has been inserted into the ambit of the institution. That is, if the offender commits another offence which falls under the scope of the pre-payment, his fine shall be increased by one-half. However, re-committing certain offences within five years shall bar the prosecutor from applying to the institution.[15]

Remarkably, the Turkish legislator has created, as it were, a domain reserve for non-serious offences prosecuted upon the aggrieved party's complaint, that is, the institution of mediation, typical cases for this institution are minor bodily injury or defamation. Yet, defamation has recently been removed from the institution's scope and it is now treated within the ambit of the pre-payment. Mediation was first introduced into

---

[14] YENISEY, Feridun. *Criminal Law in Turkey*. op. cit. p. 193-194.

[15] See the Turkish Penal Code, article 75 para. 6; YENISEY, Feridun. *Criminal Law in Turkey*. op. cit. p. 194.

the Turkish legal system around 2002 and has found its place in the new criminal procedure code. It rests on the idea that a neutral mediator seeks to reconcile the aggrieved party and the suspect or defendant during the negotiations. The agreement between the parties in most cases takes the form of payment of a sum of money to the aggrieved party to compensate for his damage. The public prosecutor's office has taken on the task of conducting this procedure, and if the proceedings were concluded successfully, he would drop the prosecution.[16]

Another alternative to prosecution, which is also a precondition for the application of the expedited criminal procedure, is the suspension of the prosecution. The public prosecutor, if the conditions are met, shall suspend prosecution for five years, and if the suspect refrains from intentional criminal offending during this probation period, the investigation shall be dismissed without any criminal record. Absentation from further intentional offending is the sole condition of the institution and if the conditions are met the prosecution will be dropped. This procedure is only available to those with no criminal record for an intentional offence. To be suspended, the offence under investigation should require a penalty longer than three years. The losses of the victim or society may also be requested to be recovered by the suspect to the full extent as well.[17] Furthermore, crimes against sexual integrity, crimes against state officials and military offences are exempted from the scope of the procedure. At this juncture, a functionally equivalent institution to the suspension of the prosecution needs to be mentioned, which belongs to the trial phase, that is, the delayed announcement of the judgment. In cases where, at the end of the trial, the accused is sentenced to imprisonment of two years or less, or a fine, the court may decide to delay the pronouncement of the judgment.[18] This institution was the primary alternative case disposition mechanism until the creation of the expedited and simplified trial procedures. Nevertheless, the main caveat of this institution is that it can be implemented only when the full trial

[16] For an overview of the procedure see YENISEY, Feridun. *Criminal Law in Turkey* op. cit. p. 195 ff.

[17] YENISEY, Feridun. *Criminal Law in Turkey*. op. cit. p. 193.

[18] YENISEY, Feridun. *Criminal Law in Turkey*. op. cit. p. 265-267.

has been completed and the judge arrives at the conclusion that a guilty verdict is required. Thus, the creation of the expedited adjudication procedure would also be regarded as an adjustment of the division of labour between the prosecution and the judicial bodies, which to be sure involves a transfer of powers from the judge to the prosecutor.

Accordingly, the public prosecutor, first, must exhaust the question of the applicability of the suspension of the prosecution procedure, for the apparent reason that it is more favourable to the suspect. In case the procedure is non-applicable, the prosecutor shall examine whether the conditions for applying the expedited procedure have been met.

4. Conditions

The expedited adjudication procedure is extensively regulated under Article 250 of the Criminal Procedure Code, and its details were specified in the Expedited Trial Regulation, which has been subject to amendments since its introduction due to two Constitutional Court judgments regarding the institution. The extensive regulation of the procedure requires that a whole host of conditions to be met in order the procedure be applied. Only when all the statutory conditions have been fulfilled the public prosecutor may initiate the procedure.

First condition or precondition is, as shown above, that the public prosecutor must have determined that the suspension of prosecution would not be applicable in the concrete case. It would not be possible, for instance, suspending prosecution if the suspect was previously sentenced to imprisonment for an intentional offence or the public prosecutor has come to the conclusion that suspending the prosecution would not result in desistance of the suspect, he may proceed with the expedited trial procedure instead. Aside from the suspension of the prosecution institution the public prosecutor must have paid due consideration to the applicability prepayment or mediation to act under investigation. If the offence under question was within the ambit of these institutions, even though, these procedures have been commenced, but did not yield to settlement, this alone constitute a bar to the application of the expedited adjudication procedure.

In cases where the public prosecutor decides for not suspending the prosecution, he then must consider the applicability of the expedited trial procedure and probably he would first check whether the act in question would fall within the ambit of one the offences that have exhaustively enumerated in Article of 250 of the Criminal Procedure Code. In France, after the 2011 amendment, the scope of the *plaider coupable* was extended by the French legislator to offences punishable by up to ten years of imprisonment, which was previously five years.[19] That said, in some cases the institution shall not be applied, that is, under Article 495-16 of the French Criminal Procedure Code, the mechanism shall not be applicable "to minors under eighteen years of age, nor in matters of press offences, offences of involuntary homicide, political offences or offences for which the prosecution procedure is provided for by a special law"; the institution also not applicable, under Article 495-11 of the Criminal Procedure Code, to persons referred to the criminal court by the investigating judge. In Italy, within the scope of the application of the mechanism sentencing at the parties' request, the penalty to be applied would not exceed five years, even after the sentence reduction is applied.[20]

The catalogue of offences in Turkish Criminal Procedure Code read as follows:

1. Trespass (Art. 154, second and third paragraph);
2. Endangering public safety intentionally (Art. 170),
3. Endangering the safety of the road traffic (Art. 179, second and third paragraph),
4. Causing Noise (Art. 183),
5. Forgery of money (Art. 197, second and third paragraph),
6. Breaking the seal (Art. 203),
7. False declaration during issuance of an official document (Art. 206),

---

[19] GILLIERON, Gwladys. Comparing plea bargaining and abbreviated trial procedures. In: BROWN, Darryl, TURNER, Jenia and WEISSER, Bettina. *The Oxford Handbook of Criminal Process*. Oxford: Oxford University Press, 2019. p. 703-727, p. 714.

[20] VICOLI, Daniele. Critical Aspects on the Italian Features Concerning "Negotiated Justice". op. cit. p. 145.

8. Providing a place or opportunity for gambling (Art. 228, first paragraph),
9. Utilising the identity or identity information of another person (Art. 268);
10. The crimes regulated under third paragraph of Art. 13 and first, second and third paragraphs of Art. 15 of the Code on Firearms, Knives and Other Tools dated 10.07.1953 and numbered 6136;
11. The crime regulated under first paragraph of Art. 93 of the Forestry Law dated 31.08.1956 and numbered 6831;
12. The crime regulated under of Art. 2 of the Code on Roulette, PinbalI, Table Football and Similar Tools and Machines for Games dated 13.12.1968 and numbered 1072;
13. The crime regulated under of subparagraph (1) of the first paragraph of Additional Art. 2 of the Code of Cooperatives dated 24.04.1969 and numbered 1163.

This list of offences contains several mass offences like drunk driving or carrying firearms and they are tried by court of assizes. Indeed, as it will be illustrated by the recent statistics above, the legislator appears to be chosen mass crimes in which guilty is rarely contested and in which there are in most cases no aggrieved party exists. Furthermore, if one peruses the abstract sentences foreseen by the offences maximum sentences varies between 1 to 5 years, which may also demonstrate the high level of abstract sentences. In general, the abstract sentences in Turkish criminal law are relatively higher than its Continental European counterparts.

The legislator preferred to subject predominantly the offences against the public where the victim is not a specific person and, in such cases, it is generally possible to complete the investigation with a report or a quick expert witness report without a detailed evidence search[21] which would also ease the job of the judge who would approve the prosecutorial offer based primarily upon the written dossier. This is a significant aspect

[21] CICEK, Tahsin Furkan. *Türk ve Mukayeseli Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü*. op. cit. p. 508; YAVUZ, Hakan A. *Ceza Muhakemesinde Kovuşturmaya Alternatif Yöntemler*. Ankara: Adalet, 2020, p. 252

of the catalogue offences, for in order to proceed further the collected evidence should constitute sufficient suspicion to file an indictment regarding the offence in question. Thus, the public prosecutor has to initiate an investigation for a catalogue offence, and the collected evidence should constitute sufficient suspicion to make an indictment. There is an explicit rule on that matter in article 8 of the regulation which underlines that initiation of the expedited procedure does not absolve the prosecutor from investigating the material truth.

Even though the crime in question would be one of the offences on the list, the procedure still may not be applied if the suspect is a minor or mentally ill. In the original form of the article deafness and muteness was also a reason for the non-applicability of the institution. The legislator had equated them, in line with the penal code's regulations, to minors and mentally ill. Yet, the Turkish Constitutional Court in a recent judgment annulled the phrase "deafness and muteness" based upon the equality before the law arguments.[22] Accordingly, the institution as of today solely excludes minors and the mentally ill, which is a sound amendment on the ground that deaf and mute citizens shall possess the capacity to give consent to such a procedure, after a certain age at least. Thus, based on the principle of equality, this favourable institution is also available to those groups of suspects.

There are other restrictions with respect to the applicability of the institution, which further restricts the scope of application of the procedure. If, for example, there are other crimes in question which are outside the scope of the institution or if the crime has been committed jointly all suspects must have agreed to the application of the expedited procedure. Be it the suspect a co-perpetrator, an instigator or merely an aider or abettor, unless all the suspects agree to the application of the procedure into their case, the expedited procedure may not be initiated. Rationale for this limitation would be preventing an adverse effect on the institution's aspired practicality and preventing a possible sentence disparity among the offenders of the same crime. Likewise in accord with

[22] The Turkish Constitutional Court, Judgment published on 10 March 2025 in the Official Gazette (E: 2024/66 K: 2024/188 T. 5/11/2024 R.G.Tarih-Sayı: 10/3/2025-32837).

article 250 para. 11 of the Code of Criminal Procedure the expedited adjudication procedure does not apply if a crime falling within this scope is committed together with another crime that is not one of the offences within the ambit of the institution.

Likewise, article 250 of the criminal procedure code forbids an in-absentia application of the procedure; and hence, if the suspect is not present at the declared address or he is abroad or cannot be reached for any other reason, the procure shall not be applied.

5. Procedure

Once the public prosecutor determines that the preconditions for the application of the expedited procedure have been met, he shall initiate *ex officio* the further proceedings as set out the article 250 of the criminal procedure code and the regulation. As a rule, the expedited procedure of the sentence proposal and the approval hearing phases.

5.1. The Sentence Proposal Phase

In the prosecution or sentence proposal phase, the prosecutor must first investigate the evidence to establish sufficient suspicion of the crimes covered by the expedited procedure.[23] When the prosecutor reaches sufficient suspicion, the prosecutor must carry out some procedures for the application of the expedited trial procedure: Inviting the suspect, informing the suspect about the expedited trial procedure, determining the sanction to be imposed and proposing it to the suspect; upon acceptance of the proposal by the suspect in the presence of his defence counsel, the prosecutor prepares a written request to be reviewed by the court.

---

[23] CICEK, Tahsin Furkan. *Türk ve Mukayeseli Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü*. op. cit. p. 500-501; KARAKEHYA, Hakan and INCE TUNCER, Asuman. *Türk Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme ve Basit Yargılama*. Ankara: Adalet, 2021, p. 31-32; KIZILARSLAN, Hakan. "7188 Sayılı Kanun'la Ceza Muhakemesi Hukukuna Getirilen Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usulleri". *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, v. 14, n. 183-184, p. 1885-1960, p. 1916.

In order to apply the expedited trial procedure, the public prosecutor should first invite the suspect to inform him about this procedure before the offer. It is not possible to apply the expedited trial procedure if the suspect is not present. If the suspect does not give his assent to the application of the procedure or he cannot be reached out as explained above, the public prosecutor shall prepare a report which delineates the reason for non-applicability and resumes the ordinary investigation phase pursuant to general provisions. In Italy, it is also possible for a defendant to initiate such proceedings, and the public prosecutor shall consider the appropriateness of such a request.[24] In France, the *plaider coupable* procedure may be initiated by the prosecutor, the defendant or his counsel in accordance with article 495-7 of the French Criminal Procedure Code.[25]If the suspect accepts the invitation regarding the application the procedure, the public prosecutor or law enforcement officers will inform the suspect about the expedited trial procedure. The scope and method of the information which should be made before the offer is set forth under the Regulation. According to Art. 10 of the Regulation, the information should include:

a) the alleged acts, the crime concerning the acts, and that the crime is within the scope of expedited trial procedure,
b) that there is sufficient suspicion to file an official claim,
c) that this procedure will be applied if he/she accepts it with his/her free will in the presence of the defence counsel, and the principal punishment will be reduced by one-half,
d) that the court will make a judgment in accordance with the request regarding the sanction offered by the public prosecutor and that a motion of opposition may be filed against the judgment,
e) that the acceptance of the offer can only be made in the presence of the defence counsel, and if he/she does not

[24] VICOLI, Daniele. Critical Aspects on the Italian Features Concerning "Negotiated Justice". op. cit. p. 145.

[25] GILLIERON, Gwladys. Comparing plea bargaining and abbreviated trial procedures. op. cit. p. 714.

choose a defence counsel, one will be appointed regardless of his/her Will,

f) that he/she can renounce the application of expedited trial procedure at all phases of the procedure until the judgment of the court,

g) that the decision of the court will be recorded on the criminal registry,

h) that an indictment will be presented, and an official claim will be filed against him/her in accordance with the general provisions if he/she does not accept the application of this procedure,

i) that his/her declaration regarding acceptance of the expedited trial procedure and other documents related to the application of this procedure will not be used as evidence during investigation and prosecution if the general provisions are to be imposed.

The public prosecutor offering the expedited adjudication procedure should act as a quasi-judge when determining the sentence to be offered. He shall employ the general rules set out in the Criminal Code for the determination of the concrete sentence. Indeed, as it is explicitly regulated in article 250 para. 4 of the Criminal Procedure Code, the public prosecutor will determine the sanction by taking into account the factors specified in the first paragraph of Article 61 of the Turkish Penal Code, by applying a reduction of one-half from the basic penalty determined between the lower and upper limits of the penalty foreseen in the definition of the offence in question and from the penalty determined after applying, if appliable, the provisions regarding the so-called successive offence regulation in the general part. In other words, after identifying or, as it were, concretising the punishment as if he were a judge of the case, the public prosecutor shall reduce the sentence by one-half. Similarly in Italy, sentence of the defendant shall be reduced by one-third compared to what might be imposed after a full-blown trial.[26]

[26] MARAFIOTI, Luca. Italian criminal procedure: A system caught between two traditions. In: JACKSON, John, LANGER, Maximo and TILLERS, Peter. *Crime, Procedure and Evidence in Comparative and International Context*:

It is, indeed, a quite significant element of the expedited procedure that the suspect shall before giving his assent to the prosecutor's offer will know the punishment to be applied in his case, and thereby giving an informed consent to application of the institution into his case. Besides, the execution of the proposed sentence may be postponed under article 51 of the Turkish Penal Code.[27]

The offer made by the prosecutor within ambit of the aforementioned conditions must be accepted by the suspect. Article 250 para. Article 3 of the Criminal Procedure Code, like in French law,[28] stipulates that the presence of a defence counsel is mandatory in the expedited trial procedure..[29] The presence of a mandatory defence counsel is meant to guarantee the suspect's rights and enabling him to make an informed judgment regarding the offer. It is also worthy of note that the public prosecutor cannot suffice himself with making the offer solely to the defence counsel or accepted by the counsel alone, the offer must be made directly to the suspect himself in presence of his counsel. Likewise, the plea agreement will not be valid if accepted without legal assistance. A lawyer of one's own choice or a legal aid lawyer must be present, and it is impossible for the suspect to waive this right.

The offer must not be immediately responded by defendant, he will have a certain period for consideration. The length of this period is determined in article 10 para. 3 the Regulation according to which a reasonable period for consideration shall be granted to the suspect but in any event such a period shall not exceed a month. If the suspect does appear within the designated period without an excuse or declares that

---

Essays in honour of Professor Mirjan Damaska. Oxford: Hart, 2008. p. 81-98, p. 89; VICOLI, Daniele. Critical Aspects on the Italian Features Concerning "Negotiated Justice". op. cit. p. 145.

[27] YENISEY, Feridun. *Criminal Law in Turkey*. op. cit. p. 199.

[28] GILLIERON, Gwladys. Comparing plea bargaining and abbreviated trial procedures. op. cit. p. 714.

[29] CICEK, Tahsin Furkan. *Türk ve Mukayeseli Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü.* op. cit. p556; BOZALAN, M. Nureddin. *Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü*. Ankara: Yetkin, 2024, p. 99; SENOL, Cem. *Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü (CMK m. 250)*. Ankara: Adalet, 2025, p. 92; BAYRAKTAR, Çiler Damla. *Karşılaştırmalı Hukukta Seri Muhakeme Usulü Almanya Örneği*. Ankara: Adalet, 2025, p. 212

he does not accept the offer, the investigation shall resume in accordance with the general provisions. In case of a rejection or not showing, the public prosecutor shall prepare a report regarding this and it will be added to the investigation dossier. Yet, article 5 para. 11 of the Regulation might be interpreted as a window of opportunity, in case he changes his mind. Indeed, according this provision the suspect may apply to the public prosecutor and request that the expedited trial procedure be applied until the issuance of the indictment. If such a request is made, the public prosecutor shall initiate the expedited trial procedure. Although, in the Turkish institution the public prosecutor ex officio initiates the procedure, this rule enabling a request by the suspect for the application of the procedure, enhances the consensual and negotiated nature of the institution.

In the event that the suspect accepts the offer of the public prosecutor, his case is brought to court. The public prosecutor shall prepare an approval request for the court, which must according to article 250 para. 8of the Criminal Procedure Code and article 12 of the Regulation, include the following information:

a) The Identity of the suspect and his defence counsel,
b) The Identity of the victim or the parties aggrieved due to the offence and, if any, their representatives, or legal representatives,
c) The offence alleged and relevant provisions of legislation,
d) The place, date and time perid in which the alleged offence was committed,
e) Whether the suspect is under arrest or not; if so, the dates of detention and arrest and their durations,
f) Summary of the events constituting the crime charged,
g) The information that the public prosecutor offered the application of this procedure and the suspect accepted the offer in the presence of his defence counsel,
h) The information regarding whether delayed announcement of the judgment, alternative sanctions to the imprisonment, suspension of the execution of the imprisonment have been applied in the present case.

5.2. The Approval Hearing Phase

After receiving the approval request, the court shall commence the approval hearing phase. It is worth noting that the Council of Judges and Prosecutors has assigned some departments among the criminal courts of first instance to handle solely the cases subject to expedited trial procedure according to Article 9 para. 5 of the Law on Judicial Organisation (Law Number 5235), thereby ensuring prompt treatment of the cases that are subject to this type of procedure. An approval request will be sent back to the prosecutor if a material error has been made regarding the determination of sentence or security measure. After the public prosecutor's correction of the deficiencies and errors, the approval request shall be redrafted and sent to the court. In cases where the court finds no reasons for rejecting the offer of the public prosecutor, the court shall proceed to the phase of hearing the suspect.

Although there are no evidentiary proceedings, the judge hears the offender and his lawyer, after reviewing the approval request regarding whether the conditions for the applicability of the procedure have been met. Put in more concrete terms, the judge according the formal conditions set out above shall verify that the act falls within the scope of the expedited trial procedure and that a conviction is warranted based on the available evidence in the file.

The court does not have the authority to expand the investigation to search for the truth or for the collection of new evidence and the hearing of witnesses.[30] Moreover, the judge may send back the offer to the prosecutor, if the acceptance of the suspect is not voluntary.[31]

Relatedly, the judge after checking the truth of the facts and their legal qualification may decide to approve the penalties proposed by the public prosecutor at a public hearing on the same day by means

---

[30] CICEK, Tahsin Furkan. *Türk ve Mukayeseli Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü*. op. cit. p. 596-597; ALDEMIR, Hüsnü. *Ceza Yargılamasında Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usulleri*. Ankara: Adalet, Second Edition, 2020, p. 176; ILDIRAR, Elif. *Seri Muhakeme Usulü*. Ankara: Seçkin, 2021, p. 183 ff.

[31] YENISEY, Feridun. *Criminal Law in Turkey*. *Criminal Law in Turkey*. op. cit. p. 199.

of a reasoned decision. Indeed, the expedited procedure rests on a model where the offer, the acceptance of the offer, preparation of the approval request and the court's hearing of the suspect are designed to take place on the very same day.[32]

In the original form of the institution, the judge's role was confined to validating or rejecting the agreement struck between the public prosecutor and the accused. Remarkably, in the original version it was clearly stipulated in article 250 para. 9 of the Criminal Procedure Code that the court would render a judgement "[...] *in line with the sanction specified in the written request* [...]" if the conditions were met. In this respect, the court did not have the authority to change the sanction specified in the written request prepared by the prosecutor. Nevertheless, after a judgment of the Constitutional Court in 2021, the law was amended by the legislator, and it now enables the judge to modify the prosecutor's proposal when he considers the sentence requested by the public prosecutor too high. In its judgment, which was rendered upon a concrete judicial review request by a first-degree court, the Constitutional Court annulled the phrase "[...] *in line with the sanction specified in the written request* [...]" as contrary to the principles of the exercise of judicial power by independent and impartial courts and the judge's judgement according to his personal conviction as set out in Articles 9, 138 and 140 of the Constitution. In the preamble of the amending legislation, it is clearly stated that the amendment was made pursuant to the annulment decision of the Constitutional Court. In this respect, considering the final version of the provision, the court may act in two ways if it concludes that the conditions specified in Article 250 para. Nine of the Criminal Procedure Code are present: In the first option, the court may accept the sanction specified by the prosecutor in the written request. In the second option, if the court considers that

---

[32] CICEK, Tahsin Furkan. *Türk ve Mukayeseli Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü*. op. cit. p. 547; YILMAZ, Yeşim. *Ceza Muhakemesinde Pazarlık Yöntemleri ve Kovuşturmaya Alternatif Bir Yöntem Olarak Seri Muhakeme Usulü*. op. cit. p. 360-361; KAPLAN, Metin. *Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü*. Ankara: Adalet, 2024, p. 75; SENOL, Cem, *Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü (CMK m. 250)*. op. cit. p. 104-105.

the sanction specified by the prosecutor in the written request is severe, the court may make a judgment in line with the provisions of Article 250 para. 4 to article 250 para. 7 of the Criminal Procedure Code. Hence, *the judge may amend the request to impose a more lenient sentence*. Remarkably, the Turkish judge has now vested the authority to amend the sentence proposal in favour of the defendant. In doing so, the judge shall inevitably assess the evidence in the written dossier to make such a determination. Thus, the Turkish model has slightly departed from the French mother law, where the judge can neither impose nor propose a new sentence; the only available action for him is to send the dossier to be tried before the court (article 495-11 of the French Criminal Procedure Code).[33]

It is also remarkable that the Turkish Constitutional Court, like its European counterparts[34], sought to enhance due process guarantees within the framework of negotiated justice mechanisms. The Italian Constitutional Court, for instance, in a 1990 decision, sought to reinforce the role of the judge. Accordingly, in Italy, the judge must base their decision on the investigative dossier and cannot limit the evaluation to the formal aspects of the agreement. The judge must also evaluate the offer, taking due regard for the defendant's culpability.[35] More concretely as in Italy the judge shall apply a two-fold test. As aptly put by Luparia and Gialuz, the judge "must rule out that the accused person's innocence has been positively proven" and he must also verify that the offence to be applied corresponds to the defendant's action, that the sentence proposal is proper, and that the requested sentence is adequate.[36]

---

[33] GILLIERON, Gwladys. Comparing plea bargaining and abbreviated trial procedures. op. cit. p. 715.

[34] For comparative analysis of the role of the constitutional courts in shaping negotiated justice mechanisms, see CZERWINSKA, Dorota. The role of the constitutional courts and ECtHR in shaping negotiated justice mechanisms – a comparative perspective. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 8 n. 1, p. 115-152, 2022. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i1.681.

[35] VICOLI, Daniele. Critical Aspects on the Italian Features Concerning "Negotiated Justice". op. cit. p. 149.

[36] LUPARIA, Luca, GIALUZ, Mitja. Italian criminal procedure: Thirty years after the Great Reform. *Roma Tre Law Review*. 2019. p. 26-72, p. 65

5.3. Legal Remedies

In the expedited trial procedure, the persons who have a right to apply the legal remedies against the judgment of the court can only file a motion of objection as the legal remedy according to article 250 para. 14 of the Code of Criminal Procedure. According to the regulation, the objection authority will examine the objection regarding whether the statutory requirements for the application of the procedure have been met. In Italy, no appellate remedy is foreseen for the negotiated judgment, which shall be considered equivalent to a conviction. An appeal to the Court of Cassation shall be admissible only in certain circumstances in accordance with article 448, para. 2- bis of the Criminal Procedure Code.[37]

In Turkey, the standard of review, thus, is limited to whether the offer to the suspect has been made, whether the legal counsel was present, whether the conditions for the application of the procedure have been met, and whether the existing evidence in the dossier has been appropriately evaluated and the like. In case of a success in the motion of objection, the dossier shall be sent back to the public prosecutor, who will then resume the ordinary proceedings.[38]

5.4. The Exclusionary Rule

Inspired by the corresponding Italian institution, that is, application of penalty upon the request of the party, also in the Turkish expediated trial proceedings the acceptance of the offer by the suspect is not regarded as a confession or an admission of guilt.[39] Remarkably, whereas in the French model the defendant is expected to admit the crimes charged, in Italy the defendant's acceptance regarding the application of the mechanism into his case, resembling the *nolo contendere* plea in the

---

[37] LUPARIA, Luca, GIALUZ, Mitja. Italian criminal procedure: Thirty years after the Great Reform. op. cit. p. 65.

[38] CENTEL, Nur and ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku. İstanbul: Beta, 22th Edition 2024, p. 634.

[39] Cf. DI AMATO, Astolfo and FUCITO, Federica. *Criminal Law in Italy*. op. cit. p. 188; CICEK, Tahsin Furkan. *Türk ve Mukayeseli Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü.* op. cit. p. 513.

Anglo-American law, implies that solely a waiver of the right to prove he is not guilty of the alleged offence.[40] According to Marafioti: "*the fact that a person can go to prison for up to five years when there is neither an admission nor a formal finding of guilt illustrates Italy's difficulty in reconciling plea bargaining with its civil law tradition*."[41] In any event, the defendant in Italy and Turkey waives his right to a fair trial, but without acknowledging his guilt concerning the alleged offence.

Accordingly, submission of the suspect regarding the acceptance of the expedited trial procedure shall not be used as evidence against him in later course of the trial.[42] It is worthy of note that in France, neither the defendant nor the prosecutor may make use of any statements made or documents given during the *plaider coupable* proceedings (article 495-14 of the French Criminal Procedure Code).[43]

Likewise in the Turkish expedited trial procedure, if the procedure collapses, the declaration of the suspect regarding his/her acceptance of the expedited trial procedure and other documents regarding the application of this procedure cannot be assessed as evidence during the subsequent investigation and prosecution. The rationale of this provision explained in the official reasoning as follows: "*If the Judge rejects the request for the application of the procedure for the reason that the requirements are not met or if the procedure cannot be applied for the reasons caused by the perpetrator, the principle is accepted that the perpetrator's statements for the purpose of the application of this procedure cannot be used as evidence in investigations and prosecutions, which will be subsequently conducted*". It is stated that "*Herewith, it is aimed to encourage the perpetrator who will accept the application of the procedure with the expectation of a moderate reaction from the judicial system*".

---

[40] VICOLI, Daniele. Critical Aspects on the Italian Features Concerning "Negotiated Justice". op. cit. p. 150.

[41] MARAFIOTI, Luca. Italian criminal procedure: A system caught between two traditions. op. cit. p. 90.

[42] YENISEY, Feridun. *Criminal Law in Turkey*. op. cit. p. 199.

[43] GILLIERON, Gwladys. Comparing plea bargaining and abbreviated trial procedures. op. cit. p. 715.

6. Statistics

Tables 1 to 4 indicate the number of applications of the expediated adjudication procedure between 2021 and 2024.[44] The numbers indicate the successful disposition of cases through this procedure.

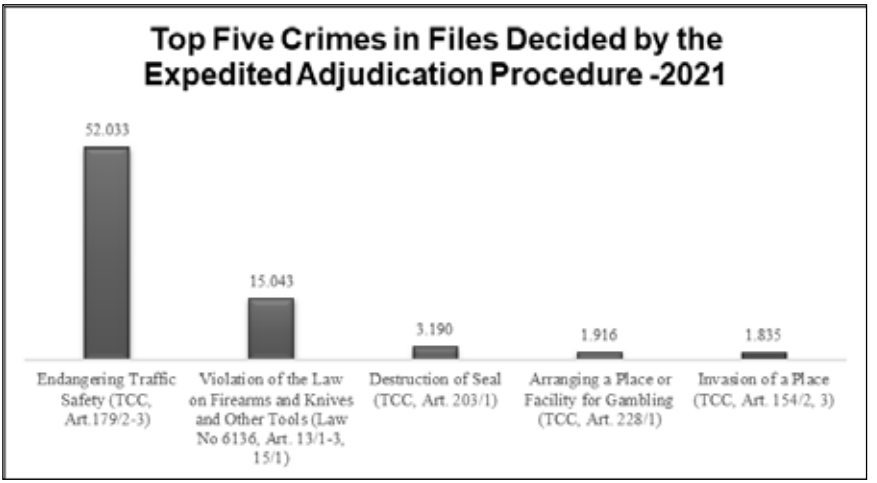


Table 1 Source: Turkish Ministry of Justice, General Directorate of Criminal Affairs, Statistics on the Expedited Adjudication Procedure for the Year 2021; CICEK, Tahsin Furkan. *Türk ve Mukayeseli Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü.* op. cit. p. 688.

[44] See further CICEK, Tahsin Furkan. *Türk ve Mukayeseli Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü.* op. cit. p. 688 ff.

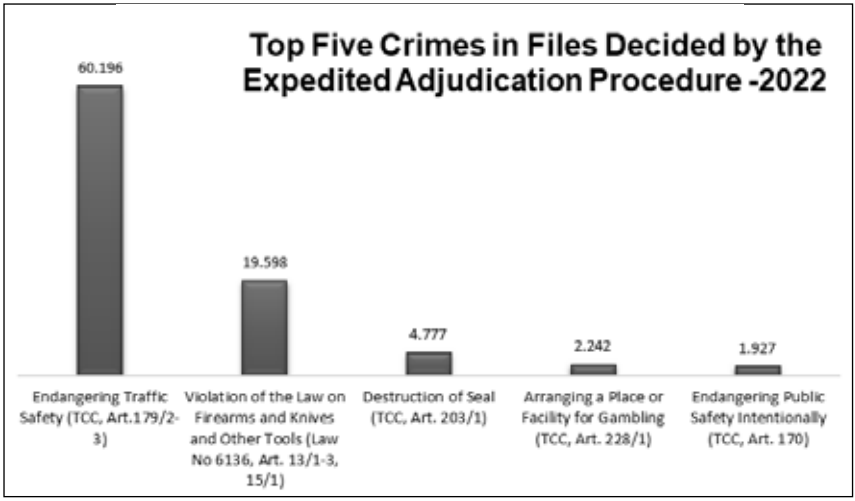


Table 2 Source: Turkish Ministry of Justice, General Directorate of Criminal Affairs, Statistics on the Expedited Adjudication Procedure for the Year 2022; CICEK, Tahsin Furkan. *Türk ve Mukayeseli Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü*. op. cit. p. 689.

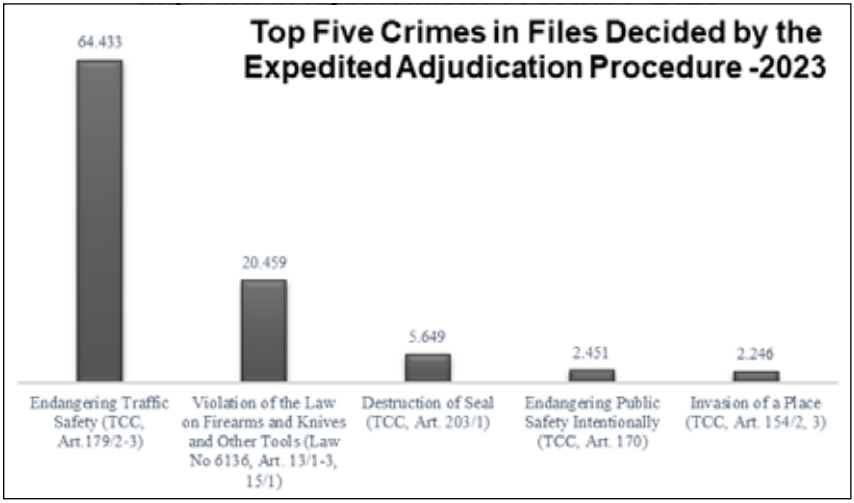


Table 3 Source: Turkish Ministry of Justice, General Directorate of Criminal Affairs, Statistics on the Expedited Adjudication Procedure for the Year 2023; CICEK, Tahsin Furkan. *Türk ve Mukayeseli Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü*. op. cit. p. 689.

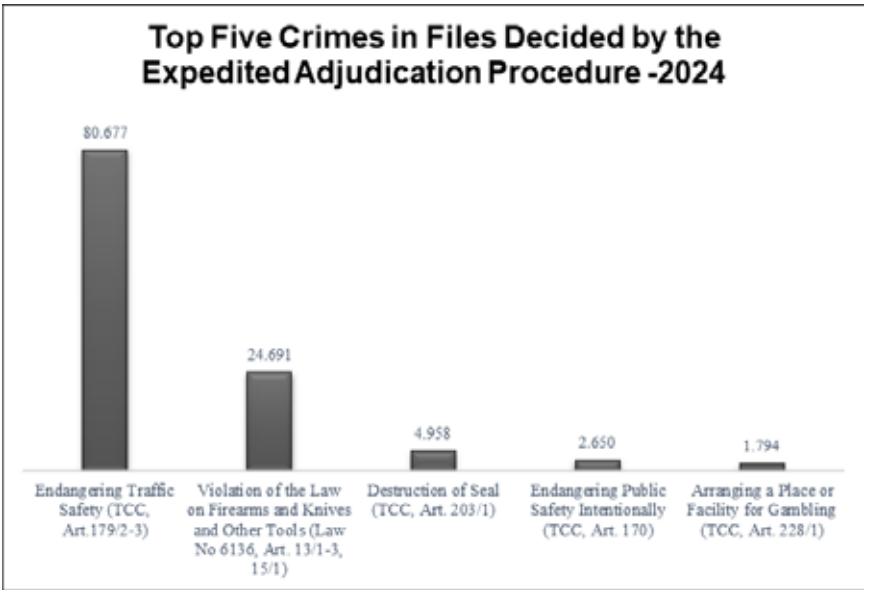


Table 4 Source: Turkish Ministry of Justice, General Directorate of Criminal Affairs, Statistics on the Expedited Adjudication Procedure for the Year 2024; CICEK, Tahsin Furkan. *Türk ve Mukayeseli Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü*. op. cit. p. 690.

The above statistics show a consistent pattern of application where the expedited trial procedure is primarily applied in cases of driving a vehicle under the influence of alcohol, i.e., the so-called drunk driving and in cases of carrying firearms. These are mass crimes in which guilt is rarely contested and in which there are no injuries. It is worth noting that the French *plaider coupable* guilty plea is most commonly applied to these aforementioned offences.[45]

[45] See HAMDAN, Stephanie. *Absprachen im französischen Strafverfahren? Das Verfahren der Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*. Baden-Baden: Nomos Verlag, Baden-Baden, 2018, p. 70; For an analysis of the practical application of the negotiated justice mechanism in France and Italy see LUPARIA, Luca, GIALUZ, Mitja. Italian criminal procedure: Thirty years after the Great Reform. op. cit. p. 66-67; GILLIERON, Gwladys. Comparing plea bargaining and abbreviated trial procedures. op. cit. p. 715.

6. Concluding Remarks

In order to cope with growing caseloads, the Turkish legislator has been implementing recent changes and novel institutions displaying a clear tendency towards providing alternative proceedings, while at the same time trying to uphold the procedural principles and guarantees intact. The expedited procedures, as has been shown above, are one of the most remarkable novums in this realm through which the prosecutors slipped into the role of decision makers, which requires the existence of adequate procedure safeguards. The Turkish model of negotiated justice has favoured a prosecutor-centred model inspired primarily by the French and Italian institutions, which have markedly put a greater emphasis on procedural guarantees within the ambit of such a negotiated justice mechanism. For the time being, the Turkish institution's scope is delimited to an exclusive list of offences, of which drunk driving and carrying firearms account for the practical relevance of the institution. Having said that, like the French and Italian models' development, once introduced, the scope of negotiated justice mechanisms tends to grow in waves of expansion, which is a decision, to be sure, made by the legislature. In other words, the Turkish legal system now has a solid background and framework for a prosecutor-centred negotiated justice mechanism, which is here to stay and the scope of which shall, inevitably, be expanded, if not too soon.

It needs to be of course emphasised that the Turkish legal system and tradition is the Turkish guilty plea procedure, like its French counterpart, which involves less negotiation, perhaps none at all. We contend that this could be explained by the hierarchical structure of the Continental criminal procedure tradition to which Türkiye belongs. As aptly put by Damaska, "*to grant the defendant a standing to negotiate with state officials over the sentence to be imposed is truly offensive to Continental ideas on the proper administration of criminal justice*."[46] Yet in order to be considered a variant of plea bargaining or a negotiated justice mechanism, the existence of an actual bargain is not viewed as

[46] DAMASKA, Mirjan. *The Faces of Justice and State Authority*. New Haven: Yale University Press, 1986.

an absolute requirement. Ortman highlights this aspect very well: "*the term plea 'bargaining' notwithstanding, nothing in the definition requires actual bargaining [...] This dynamic has led one commentator to explain that the term 'plea bargaining' is actually 'something of a misnomer'*".[47] In other words, the Continental forms of negotiated justice, thus, resemble a store with fixed prices rather than an Oriental Bazaar where deals struck mostly by haggling. The Turkish model of negotiated justice is marked by detailed regulation and offers greater procedural safeguards. Indeed, this aspect heightened in the Turkish model by the very delimitations put on the applicability of the institution, as well as a fixed reduction rate of the sentence to be applied. Furthermore, the role of the judge has been reinforced due to the 2021 Turkish Constitutional Court judgement, which upheld the role of the judge and resulted in an amendment that vests the judge with the authority to amend the sentence proposal of the prosecutor. In other words, while in the original version of the procedure, the judge's involvement was limited to validating the agreement struck between the prosecutor and the accused, now the Turkish judge has the authority to amend the sentence proposal in favour of the defendant. Thus, the Turkish Constitutional Court sought to ease the tension between the novel institution and basic principles of Continental criminal procedure, especially the inquisitorial ideal of the judicial search for the truth. By the 2021 amendment, the legislator has expanded already existing procedural guarantees. Indeed, in its original form, like its French counterpart, the Turkish expedited adjudication procedure required the presence of a defence counsel both before the prosecutor and before the judge, a consideration period for the suspect of the prosecutor's offer, and finally a right to lodge a motion of objection. All these guarantees, along with confining the acceptance of an offer to the admission of the application, but not as classifying a confession or admission of guilt, the Turkish model has sought to uphold the procedural guarantees when introducing the present negotiated justice mechanism, which would serve as a shield against the danger of miscarriage of justice. Overall, the Turkish

[47] ORTMAN, William, "Plea Bargaining and Guilty Plea", in Elgar Encyclopaedia of Crime and Criminal Justice. https://www.elgaronline.com/display/book/9781789902990/b-9781789902990.plea.xml accessed on 14 September 2025.

legislator has followed the emerging tradition of European negotiated justice mechanisms by imposing an automatic sentence discount and an exclusive catalogue of offences. In this manner, negotiations regarding the applicability of the institution are to a greater extent structured in advance by the legislator, and the procedure is sought to be confined merely to a sentence discount, which is meant to exclude a charge or fact bargaining.

Considering the dire need for negotiated justice mechanisms not only for the criminal justice due to backlog of cases and sheer quantity of *mala prohibita* offences, at least a partial administratization of criminal justice systems seems to be inevitable. Having said that, the Turkish legislator, instead of adopting an American-style plea bargaining, which would serve as a cautionary tale, by favouring a model inspired by the prominent Continental European negotiated justice institutions, which are marked by restraints on the scope of applicability and procedural safeguards, seems to have made a wise decision. The scope of application of the institution could be regarded as too narrow. However, it seems to be a proper way of testing a new institution's practicability and overall effect on the administration of criminal justice and its impact on the procedural culture in general.

BIBLIOGRAPHY

ALDEMIR, Hüsnü. *Ceza Yargılamasında Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usulleri*. Ankara: Adalet, 2nd Edition, 2020.

BAYRAKTAR, Çiler Damla. *Karşılaştırmalı Hukukta Seri Muhakeme Usulü Almanya Örneği*. Ankara: Adalet, 2025.

BOZALAN, M. Nureddin. *Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü*. Ankara: Yetkin, 2024.

BOZBAYINDIR, Ali Emrah. The role of the judge in the European plea-bargaining procedures: Three models compared. *The International Journal of Evidence & Proof*, v. 28, n. 3, p. 203-235, 2024.

CENTEL, Nur and ZAFER, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: Beta, 22th Edition 2024.

CICEK, Tahsin Furkan. *Türk ve Mukayeseli Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü*. Ankara: Seçkin, 2025.

CZERWINSKA, Dorota. The role of the constitutional courts and ECtHR in shaping negotiated justice mechanisms – a comparative perspective. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 8 n. 1, p. 115-152, 2022. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i1.681.

DAMASKA, Mirjan. *The Faces of Justice and State Authority*. New Haven: Yale University Press, 1986.

DELLA TORRE, Jacopo. *La Giuistizia Penale Negoziata in Europa*. Milano: Cedam, 2019.

DI AMATO, Astolfo, FUCITO, Federica. *Criminal Law in Italy*. Alphen ann den Rijin: Wolters Kluwer, Fourth Edition, 2020.

GILLIERON, Gwladys. Comparing plea bargaining and abbreviated trial procedures. In: BROWN, Darryl, TURNER, Jenia and WEISSER, Bettina. *The Oxford Handbook of Criminal Process*. Oxford: Oxford University Press, 2019. p. 703-727.

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz. *The Turkish Code of Criminal Procedure*. London: Sweet & Maxwell, 1962.

HAMDAN, Stephanie. *Absprachen im französischen Strafverfahren? Das Verfahren der Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*. Baden-Baden: Nomos Verlag, Baden-Baden, 2018.

ILDIRAR, Elif. *Seri Muhakeme Usulü*. Ankara: Seçkin, 2021.

KAPLAN, Metin. *Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü*. Ankara: Adalet, 2024.

KARAKEHYA, Hakan and INCE TUNCER, Asuman. *Türk Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme ve Basit Yargılama*. Ankara: Adalet, 2021.

KIZILARSLAN, Hakan. "7188 Sayılı Kanun'la Ceza Muhakemesi Hukukuna Getirilen Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usulleri". *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, v. 14, n. 183-184, p. 1885-1960.

LUPARIA, Luca, GIALUZ, Mitja. Italian criminal procedure: Thirty years after the Great Reform. *Roma Tre Law Review*. 2019. p. 26-72.

MARAFIOTI, Luca. Italian criminal procedure: A system caught between two traditions. In: JACKSON, John, LANGER, Maximo and TILLERS, Peter. *Crime,*

Procedure and Evidence in Comparative and International Context: Essays in honour of Professor Mirjan Damaska. Oxford: Hart, 2008. p. 81-98.

ORTMAN, William, "Plea Bargaining and Guilty Plea", in Elgar Encyclopaedia of Crime and Criminal Justice. https://www.elgaronline.com/display/book/9781789902990/b-9781789902990.plea.xml accessed on 14 September 2025.

SENOL, Cem. *Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü (CMK m. 250)*. Ankara: Adalet, 2025.

SLOBOGIN, Christopher. *Advanced Introduction to U.S. Criminal Procedure*. Edward Elgar: Chetenham, 2020.

Turkish Ministry of Justice, General Directorate of Criminal Affairs, Statistics on the Expedited Adjudication Procedure for the Year 2021, https://alternatifcozumler.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/26042022162306SER%C4%B0%20MUHAKEME%20USUL%C3%9C%20%C4%B0STAT%C4%B0ST%C4%B0%C4%9E%C4%B0%202021%20YILI%2026.04.2022.pdf, accessed on 14 November 2025.

Turkish Ministry of Justice, General Directorate of Criminal Affairs, Statistics on the Expedited Adjudication Procedure for the Year 2022, https://alternatifcozumler.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/7032023144842SER%C4%B0%20MUHAKEME%20USUL%C3%9C%20%C4%B0STAT%C4%B0ST%C4%B0%C4%9E%C4%B0%202022.pdf, accessed on 14 November 2025.

Turkish Ministry of Justice, General Directorate of Criminal Affairs, Statistics on the Expedited Adjudication Procedure for the Year 2023, https://alternatifcozumler.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2042024134915SER%C4%B0%20MUHAKEME%20USUL%C3%9C%20%C4%B0STAT%C4%B0ST%C4%B0%C4%9E%C4%B0%202023.pdf, accessed on 14 November 2025.

Turkish Ministry of Justice, General Directorate of Criminal Affairs, Statistics on the Expedited Adjudication Procedure for the Year 2024, https://alternatifcozumler.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/20032025094012SER%C4%B0%20MUHAKEME%202024.pdf, accessed on 14 November 2025.

VICOLI, Daniele. Critical Aspects on the Italian Features Concerning "Negotiated Justice". In: CAIANIELLO, Michele, HODGSON, Jacqueline S. *Discretionary Criminal Justice in a Comparative Context*. Durham, North Carolina: Carolina Academic Press, 2015. p. 141-155.

YAVUZ, Hakan A. *Ceza Muhakemesinde Kovuşturmaya Alternatif Yöntemler*. Ankara: Adalet, 2020.

YENISEY, Feridun. *Criminal Law in Turkey*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, Second Edition, 2021.

YETIMOGLU, Melike Ezgi. "Türk ve Fransız Ceza Muhakemesi Hukuklarında Seri Muhakeme Usulüne Karşılaştırmalı Bakış". *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, n. 1, p. 15-56.

YILMAZ, Yeşim. *Ceza Muhakemesinde Pazarlık Yöntemleri ve Kovuşturmaya Alternatif Bir Yöntem Olarak Seri Muhakeme Usulü*. İstanbul: Der, 2022.

7188 sayılı Kanun Gerekçesi, https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d27/c018/tbmm27018004ss0105.pdf, p. 8, accessed on: 7.9.2025.

Authorship information

Ali Emrah Bozbayındır. Professor of Criminal Law and Criminal Procedure at the Faculty of Law, Bogazici University, Istanbul, Türkiye. LL.M., Dr. iur. (University of Cologne) ali.bozbayindir@bogazici.edu.tr

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

Acknowledgements: An earlier version of this article was presented at the 2nd Michele Taruffo Girona Evidence Week, held in Girona, Spain, from June 2 to 6, 2025. I want to express my gratitude to the organisers of this truly inspiring event. Special thanks are due to Thomas Weigend (University of Cologne), Mike McConville (Chinese University of Hong Kong), Luke Marsh (Chinese University of Hong Kong), Giulia Lasagni (University of Bologna), Jacopo Della Torre (University of Genoa), Michele Caianiello (University of Bologna), Mitja Gialuz (University of Genoa), and Wojciech Jasiński (University of Wrocław) for their insightful presentations and comments on my work at the workshop titled "European Perspectives on Negotiated Justice". Part of the research for this article was conducted at the University of Cambridge, Faculty of Law, in August 2025. I am grateful to my colleagues from Cambridge, especially Antje du Bois-Pedain, Findlay Stark, and Henning Grosse-Ruse Khan, for their invaluable support and hospitality. I also thank my colleague Tahsin Furkan Cicek for his invaluable assistance along the way. Helpful comments and suggestions by two anonymous referees on an earlier version are very gratefully acknowledged. Last but not least, thanks are due to the editors of this journal. To be sure, all remaining errors are mine. *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.

Data Availability Statement: In compliance with open science policies, all data generated or analyzed during this study are included in this published article.

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

- Submission: 09/09/2025
- Desk review and plagiarism check: 29/09/2025
- Review 1: 18/10/2025
- Review 2: 20/10/2025
- Preliminary editorial decision: 27/10/2025
- Correction round return: 17/11/2025
- Final editorial decision: 18/11/2025

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 2 (GL and JDT)
- Reviewers: 2

How to cite (ABNT Brazil):

BOZBAYINDIR, Ali Emrah. The Expedited Adjudication Procedure (Seri Muhakeme Usulü) in Turkish Criminal Procedure. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 11, n. 3, e1309, set./dez. 2025. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v11i3.1309

License Creative Commons Attribution 4.0 International.

Giustizia negoziata e invalidità nel procedimento penale italiano: un rapporto problematico

Negotiated Justice and procedural sanctions in the Italian criminal proceedings: a troubled relationship

Andrea Cabiale[1]

Università degli Studi di Torino, Torino, Italia
andrea.cabiale@unito.it
https://orcid.org/0000-0001-5205-4922

Riassunto: La giustizia negoziata è di regola caratterizzata da un accordo fra le parti, che comporta, per l'imputato, una serie di vantaggi e sacrifici, ed è principalmente finalizzata a un risparmio di tempi e costi rispetto alla procedura *standard* di accertamento. Nell'ambito dell'applicazione della pena su richiesta delle parti – principale procedimento speciale italiano afferente al modello della giustizia negoziata – da tempo ci si interroga sulla sorte delle invalidità verificatesi prima dell'accordo e la giurisprudenza della Cassazione tende a sostenerne la totale sterilizzazione, quale corollario della manifestazione della volontà negoziale. Dopo aver analizzato tale tematica dal punto di vista teorico ed essersi soffermati sulle indicazioni provenienti dalla Corte europea dei diritti umani, si giungerà alla conclusione che l'orientamento attualmente dominante in giurisprudenza sia troppo sbilanciato verso le ragioni della deflazione e ci si immergerà nelle norme del codice di procedura penale italiano, alla ricerca di possibili soluzioni alternative, idonee a garantire un miglior bilanciamento fra tutti gli interessi e i valori in gioco.

Parole chiave: giustizia negoziata; invalidità; patteggiamento.

Abstract: *Negotiated justice is usually characterised by an agreement between the parties, which entails a series of advantages and sacrifices for the defendant,*

[1] Ricercatore di diritto processuale penale presso l'Università degli Studi di Torino, ha conseguito il dottorato in Scienze penalistiche presso l'Università degli Studi di Trieste. Svolge attività di ricerca e didattica in materia di diritto processuale penale, italiano ed europeo. PhD.

and is mainly aimed at saving time and costs compared to the standard procedures. In the context of the application of sentence at the request of the parties – the main Italian special procedure relating to the model of negotiated justice – there has long been debate about the fate of procedural sanctions that occurred before the agreement, and the case law of the Court of Cassation tends to support their total neutralisation as a corollary to the manifestation of the will to negotiate. After analysing this issue from a theoretical point of view and considering the indications stemming from the case-law of European Court of Human Rights, we will conclude that the current Italian case law is too focused on a speedy adjudication of criminal cases and we will delve into the provisions of the Italian Code of Criminal Procedure in search of possible alternative solutions that can ensure a better balance between all the interests and values at stake.

Keywords: *Negotiated Justice; Procedural Sanctions; Patteggiamento.*

Introduzione

L'accesso alla giustizia negoziata comporta, per l'imputato, diversi sacrifici e vantaggi. La «trattativa», che caratterizza questa tipologia procedimentale, sfocia, infatti, in un «accordo sinallagmatico, costruito sulla base di uno scambio tra la rinuncia del prevenuto a una serie di diritti fondamentali e la promessa di un trattamento (sanzionatorio, ma spesso non solo) più favorevole»[2]: cosi, ad esempio, prestando il consenso all'irrogazione della pena, pur in assenza dell'ordinaria – più lunga e complessa – sequenza procedimentale, l'imputato potrebbe ottenere una diminuzione della sanzione altrimenti applicabile per il fatto contestato[3].

---

[2] Così, testualmente, DELLA TORRE, Jacopo. *La giustizia penale negoziata in Europa*. Miti, realtà e prospettive. Milano: Wolters Kluwer; Cedam, 2019, p. 43.

[3] Per un recente approfondimento comparato di alcuni istituti di giustizia negoziata europei, v. BUDAHÁZI, Árpád; FANTOLY, Zsanett. Negotiated Agreements as an Alternative to Criminal Trials: Policy Lessons from the Hungarian Example. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Leiden, v. 32, n. 2, 2024, p. 105; CZERWIŃSKA, Dorota. Protecting the Defendant's Rights in Negotiated Justice Mechanisms – A Comparative Perspective. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Leiden, v. 31, n. 3-4, 2023, p. 268; DELLA TORRE, Jacopo. Negotiated Criminal Justice and EU Directives on Procedural Rights. *European Journal of Crime,*

Questo schema caratterizza anche l'«applicazione della pena su richiesta delle parti» (cosiddetto "patteggiamento"; artt. 444-448 c.p.p.), ossia uno dei procedimenti speciali previsti dal codice di rito italiano: la proposta, concordemente elaborata dall'imputato e dal pubblico ministero, è poi sottoposta al giudice per una serie di controlli e, se il suo vaglio è positivo, viene applicata una pena diminuita fino a un terzo, oltre a numerosi altri vantaggi, alcuni dei quali *ex lege*[4].

All'interno di questo contesto, però, un tema, che da sempre solleva numerose questioni, è quello dei residui margini operativi delle invalidità. Immaginiamo che, pur raggiunta l'intesa fra le parti, ci si avveda di un pregresso errore, idoneo a invalidare il procedimento e, di conseguenza, l'accordo; oppure, che alcune delle prove tramite cui il giudice dovrebbe svolgere i suoi controlli su quanto pattuito siano in realtà state ammesse in violazione di un divieto, o appaiano male acquisite. In siffatte condizioni, quali sono gli effetti attribuibili alla volontà, espressa dalle parti, di definire negozialmente la questione? Tale circostanza è sufficiente a obliterare eventuali difetti procedurali e a impedire che si esplichi l'altrimenti prescritto effetto invalidante?

La risposta finora fornita dell'ordinamento italiano è senza dubbio positiva: la richiesta di patteggiamento, secondo la giurisprudenza di legittimità, impedisce di rilevare qualsiasi invalidità pregressa; dal canto suo, il legislatore, con una riforma del 2017, non è intervenuto direttamente

---

Criminal Law and Criminal Justice, Leiden, v. 27, n. 2, 2019, p. 155; PAOLINI, Gabriele; KANTOROWICZ-REZNICHENKO, Elena; VOIGT, Stefan. Plea Bargaining Procedures Worldwide: Drivers of Introduction and Use. *Journal of Empirical Legal Studies*, Hoboken, v. 22, n. 1, 2025, p. 27. V. anche il report *Efficiency over justice: Insights into trial waiver systems in Europe*. Disponibile in: <https://www.fairtrials.org/articles/publications/efficiency-over-justice/>.

[4] In tema, fra gli altri, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, GIALUZ, Mitja; Applicazione della pena su richiesta delle parti. In: *Enciclopedia del diritto*, Annali, II-1. Milano: Giuffré, 2008, p. 13; MARCOLINI, Stefano. *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*. Milano: Giuffrè, 2005; PERONI, Francesco. *La sentenza di patteggiamento*. Padova: Cedam, 1999; VIGONI, Daniela. *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*. Milano: Giuffrè, 2000; nonché, più di recente, PULVIRENTI, Antonino. *Controllo e motivazione della sentenza di patteggiamento*. Bari: Cacucci, 2024; SANNA, Alessandra. *Il "patteggiamento" tra prassi e novelle legislative*. Milano: Wolters Kluwer; Cedam, 2018.

sul punto, ma ha consistentemente ridotto le possibilità di impugnazione della sentenza di patteggiamento, limitandole ad alcuni profili, molto circoscritti, relativi all'accordo e alla pena applicata[5].

Questo assetto ha subito molte critiche da parte della dottrina, sostanzialmente sulla base di un eccessivo sbilanciamento in favore delle esigenze di economia processuale, sottese al rito in questione. Sono infatti anche altri – si sostiene – i fattori che entrano in gioco e dovrebbero essere presi in considerazione: oltre alla vincolatività dell'accordo e delle contestuali rinunce, rileverebbero diritti e garanzie fondamentali tutt'altro che negoziabili[6].

In questo lavoro, cercheremo di fare il punto su questa spinosa questione con una riflessione su più livelli. I profili sopra tratteggiati verranno prima di tutto inquadrati sul piano teorico; dopodiché, esamineremo le indicazioni provenienti dalla Corte europea dei diritti umani, da lungo tempo impegnata nel tracciare i confini di una giustizia negoziata equa; infine, sulla base delle conclusioni fino ad allora raggiunte, ritorneremo sul patteggiamento, alla ricerca di una soluzione che possa meglio contemperare tutte le esigenze in campo.

Emergerà un quadro frastagliato, in cui risultano inopportune soluzioni orizzontali: se, effettivamente, l'intento negoziale può in diversi casi prevalere, tuttavia, il suo oggetto non è illimitatamente dilatabile, posto che alcuni aspetti paiono sfuggire a qualsiasi tipo di trattativa.

1. Un variegato insieme di finalità differenti

Al fine di meglio comprendere come gli istituti di giustizia negoziata e le invalidità possano fra loro intersecarsi, occorre in primo luogo analizzarne, partitamente, le finalità salienti.

Da questo punto di vista, non vi è alcun dubbio che i meccanismi di giustizia negoziata, compreso il patteggiamento italiano, mirino, principalmente, a una maggior efficienza del circuito penale; l'obiettivo è, in sostanza, un risparmio di tempi e costi rispetto a quanto accadrebbe all'interno della procedura *standard* di accertamento.

---

[5] V. § 4.

[6] V. § 5.

Ovviamente, però, la contrazione dei tempi e dei costi avvantaggia, reciprocamente, sia la macchina processuale, sia l'imputato, il quale, in effetti, potrebbe anche trovare conveniente una rapida definizione del procedimento in cui è stato suo malgrado coinvolto. Inoltre, è altrettanto vero che proprio i meccanismi in questione consentono a sistemi giudiziari spesso sovraccarichi di garantire, in qualche modo, la ragionevole durata del procedimento, la quale rappresenta, a sua volta, un valore anche per l'imputato[7].

Il mondo delle invalidità è invece segnato da una maggiore pluralità di intenti. Questi strumenti giuridici – la cui caratteristica principale è quella di rendere di regola inefficace l'atto su cui insistono – rappresentano una delle più incisive reazioni dell'ordinamento processuale alla violazione delle proprie regole. Sotto questa veste, l'invalidità soddisfa due fini diversi, fra loro strettamente collegati: innanzitutto, viene perseguito un effetto dissuasivo nei confronti dei protagonisti del procedimento, i quali – nella consapevolezza che l'atto formato sarà invalido – tendono ad astenersi dalla trasgressione delle regole. In secondo luogo, una volta ormai avvenuta la violazione, l'invalidità ha una funzione rimediale, impendendo che l'atto viziato – spogliato della sua efficacia – possa provocare conseguenze pregiudizievoli[8].

Proprio a causa della gravosità delle sue conseguenze, questa tipologia di istituti è comunemente posta a presidio dell'osservanza di disposizioni che regolano aspetti fondamentali della disciplina processuale[9]: si pensi, ad esempio, alla partecipazione dell'imputato e

---

7 Di recente, LA ROCCA, Elvira Nadia. *L'accertamento della volontà dell'imputato nelle rinunce al contraddittorio*. Milano: Wolters Kluwer; Cedam, 2024, p. 97, la quale – proprio in tema di rapporti fra consenso, rinunce e ragionevole durata – ricorda come quest'ultima possa assumere la forma di un «diritto che l'individuo può prediligere pure a scapito della migliore qualità del vaglio sul tema storico».

8 Sul punto, CAPONE, Arturo. *L'invalidità nel processo penale tra teoria e dogmatica*. Padova: Cedam, 2012, p. 185.

9 V., per approfondimenti, fra gli altri, CONTI, Carlotta. *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*. Padova: Cedam, 2007, p. 57; SPAGNOLO, Paola. Il modello delle garanzie minime e il regime delle invalidità. In: MARANDOLA, Antonella (a cura di). *Le invalidità processuali*. Profili statici e dinamici. Torino: Utet, 2015, p. 28.

del difensore al procedimento, o alla formazione delle prove secondo determinati canoni. Molte possono quindi essere le esigenze sottese all'effetto invalidante, seppur accomunate dall'essere generalmente ritenute essenziali o almeno preminenti.

In sintesi, troviamo, da un lato, un'esigenza di efficienza del procedimento, che si intreccia alla necessità di garantirne la ragionevole durata; dall'altro lato, è invece riscontrabile una maggiore poliedricità di interessi che si servono dell'invalidità quale strumento di protezione.

Bisognerà ora cercare di capire come questi differenti valori possano fra loro correttamente bilanciarsi e, soprattutto, se uno dei due poli possa totalmente prendere il sopravvento sull'altro, come avviene – lo si è già accennato e lo si vedrà meglio dopo – nell'ambito del patteggiamento italiano.

2. Effetti e limiti dell'accordo

Nelle interazioni fra giustizia negoziata e invalidità sono certamente di primaria importanza il significato e il peso attribuibili all'avvenuto accordo fra le parti. Nel momento in cui l'imputato decide di accedere a un meccanismo di giustizia negoziata e raggiunge un accordo, la sua manifestazione di volontà in tal senso, se correttamente formata, ha ad oggetto elementi differenti: in positivo, viene accettato quanto pattuito in merito al trattamento sanzionatorio; in negativo, il consenso, come si è già accennato, porta con sé una serie di rinunce relative a garanzie di cui l'imputato avrebbe altrimenti potuto godere, ad esempio, in merito a formazione della prova, fasi procedimentali, modalità di accertamento della responsabilità, nonché impugnazioni[10].

Si pone quindi il problema di capire quali possano essere – al di là dei contenuti espliciti – eventuali conseguenze implicite dell'avvenuta intesa; in particolare, in questa sede, dobbiamo domandarci se la scelta della giustizia negoziata sia da sola sufficiente per ritenere inibita la rilevazione di eventuali invalidità che affliggano gli atti del procedimento. Analizzeremo ora la questione dal punto di vista teorico, per poi immergerci

[10] V. nota 4.

successivamente nel contesto italiano dell'applicazione della pena su richiesta delle parti.

Va anzitutto presa in esame la posizione della difesa. Potrebbe infatti vedersi una profonda contraddizione nel comportamento dell'imputato, il quale – avendo espresso la volontà di definire la vicenda negozialmente – nello stesso contesto, invochi anche il riconoscimento di una invalidità, che potrebbe porre nel nulla il *pactum* raggiunto. Eccentrico sarebbe, in breve, manifestare la propria volontà per un determinato esito procedimentale, ma poi sollevare delle eccezioni idonee a metterlo in discussione[11].

Peraltro, simili condotte potrebbero anche dirsi inconciliabili con l'ottenimento dei benefici connessi all'accordo: in termini generali e astratti, la premialità trova giustificazione proprio nel garantito risparmio di tempi e costi, potendosi quindi dimostrare inconferente ogni istanza che ostacoli l'intento deflativo e magari richieda pure la rinnovazione di alcune attività procedimentali.

Non meno rilevanti sono, però, le ragioni a sostegno della tesi opposta.

È certamente vero che l'assenso all'accordo implica la volontà di concludere il procedimento in tal modo; d'altra parte, però, residua una significativa differenza fra una procedura svoltasi in maniera aderente alle regole e un'altra in cui queste ultime siano state violate, tanto da determinare l'insorgere di un'invalidità. Senza dubbio, l'imputato, col fine di ottenere determinati benefici, rinuncia alle opportunità e agli spazi difensivi normalmente offerti dall'ordinamento, ma ciò non significa aver abdicato anche alla legittimità del procedimento. In altre parole, è opinabile che, fra i termini impliciti dell'accordo, compaia anche una rinuncia generalizzata alla legalità della procedura sino ad allora posta in

[11] Riflette su questo profilo DI PAOLO, Gabriella. *La sanatoria delle nullità nel processo penale*. Padova: Cedam, 2012, p. 184. V. anche BONETTI, Michele. Resistenza del patteggiamento ai vizi riscontrabili nel suo iter. *Diritto penale e processo*, Milano, n. 10, 1998, p. 1257; SURACI, Leonardo. *La sanatoria delle invalidità nel processo penale*. Milano: Wolters Kluwer; Cedam, 2025, p. 282.

essere. Affidarsi alla giustizia negoziata non dovrebbe implicare anche un irrimediabile assoggettamento a procedimenti viziati[12].

Ancora, sarebbe erroneo ritenere che l'eventuale dichiarazione di una invalidità operi per forza in direzione avversa rispetto alla conclusione negoziata; al contrario, potrebbe proprio essere l'estromissione di una prova viziata a permettere di contenere la pena pattuita, oppure a convincere il pubblico ministero che la via dell'accordo è quella più conveniente[13].

Bisogna, poi, del pari tenere in considerazione la posizione del giudice. Ben si accedesse all'idea che le parti, ormai vincolate all'intesa, non possano più dolersi di alcun vizio, diverso parrebbe il ruolo di quest'ultimo, che – in quanto controllore e garante della procedura – sembrerebbe svincolato dalle limitazioni attribuibili ai protagonisti del patto[14]. Peraltro, laddove al medesimo giudicante siano concessi poteri di controllo – come, ad esempio, la possibilità di rigettare la richiesta, o, addirittura, di prosciogliere l'imputato – desta perplessità l'idea che nemmeno a questi sia concesso rilevare un'invalidità idonea a incidere su valutazioni così importanti e senza dubbio indipendenti dal volere delle parti[15].

---

[12] V., per riflessioni analoghe, CAIANIELLO, Michele. *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penale*. Bologna: Bologna University Press, 2012, p. 71; NACAR, Barbara. *Natura cognitiva della sentenza di patteggiamento e rimedi impugnatori*. Milano: Wolters Kluwer; Cedam, 2022, p. 434.

[13] In tema di "*evidence bargains*", v. il recente lavoro di THOMASON, Matt. Bargaining the rules of evidence. In: Langer, Máximo; McConville, Mike; Luke Marsh Luke (a cura di). *Research Handbook on Plea Bargaining and Criminal Justice*. Cheltenham: Elgar Publishing, 2024, p. 349.

[14] V. Corte cost., 26 giugno 1990, n. 313, in cui si afferma che «predeterminata è la necessità che non sussistano le condizioni legittimanti il proscioglimento "allo stato degli atti". Se queste sussistono, infatti, si sovrappone alla volontà delle parti il potere-dovere del giudice di applicare [...] l'art. 129 del codice vigente». Sottolinea questo profilo anche CRIPPA, Ettore. Fondamento costituzionale delle nullità e consenso nei riti speciali. *Archivio penale*, Roma, n. 2, 2018, p. 20.

[15] Per un recente approfondimento comparato circa il ruolo del giudice di controllo del giudice in relazione agli istituti di giustizia negoziata, v. BOZBAYINDIR, Ali Emrah. The Role of the Judge in the European Plea Bargaining Procedures: Three Models Compared. *The International Journal of Evidence & Proof*, Londra, v. 28, n. 3, 2024, p. 203; nonché DELLA TORRE, Jacopo. *La giustizia penale negoziata in Europa*, cit., p. 397.

Infine, come si è già accennato, ragionevole durata e deflazione non sono affatto gli unici valori in gioco[16]: le invalidità tutelano, di riflesso, gli interessi sottesi alle norme a cui sono state collegate ed è con questi ultimi che bisogna fare i conti, posto che, almeno in alcune ipotesi, trattandosi di diritti fondamentali, la loro disponibilità dovrebbe restare esclusa[17].

Ecco, insomma, come possiamo riassumere le riflessioni appena svolte. Da una parte, si staglia l'idea secondo cui chi abbia domandato un determinato esito procedimentale, non possa più porre in essere comportamenti volti a intralciarlo, così assicurando, nel caso di specie, il raggiungimento degli obiettivi deflativi tipici della giustizia negoziata. Dall'altra parte, emergono diritti e garanzie, spesso irrinunciabili, protetti dall'invalidità, istanze di legalità della procedura – anche di quella che si conclude con un esito negoziato –, nonché la garanzia di autonomia spettante al giudice rispetto a quanto pattuito dalle parti.

In questa intricata commistione di valori ed esigenze sostanziali, pare allora abbastanza difficile immaginare che uno dei due poli possa totalmente prevalere sull'altro e la scelta più ragionevole, come spesso accade, è forse quella di un compromesso: il diritto dell'imputato a vedere formalmente dichiarate almeno alcune invalidità, così come i compiti di garanzia del giudice, non dovrebbero essere sempre destinati a recedere. Allo stesso tempo, però, nemmeno sarebbe sensato dar rilievo a ogni vizio procedurale pregresso: la circostanza dell'avvenuto accordo sull'esito del processo sembra in effetti valorizzabile al fine di dedurne alcune rinunce implicite, ulteriori rispetto a quelle palesi in materia di accusa e di pena.

---

[16] Sul punto, si veda, fra le altre, Corte cost., 20 luglio 2007, n. 320, in cui si legge che «per costante affermazione di questa Corte, il valore costituzionale della ragionevole durata del processo (art. 111, secondo comma, Cost.) – cui si raccordano le previsioni normative intese a realizzare economie di tempi e di energie processuali – va contemperato con il complesso delle altre garanzie costituzionali e non può essere comunque perseguito attraverso la totale soppressione di rilevanti facoltà di una sola delle parti».

[17] V., in questo senso, DELLA TORRE, Jacopo. *La giustizia penale negoziata in Europa*, cit., p. 216; DI PAOLO, Gabriella. *La sanatoria delle nullità nel processo penale*, cit., p. 188.

3. Giustizia negoziata e rinunce ai diritti fondamentali nella dimensione convenzionale

Un contributo importante per riflettere sulle modalità del bilanciamento sopra prospettato può certamente essere ricavato dall'ecosistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo[18], le cui indicazioni costituiscono un prezioso caposaldo comune a tutti i Paesi che vi aderiscono, Italia compresa. Ci si può anzitutto soffermare sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema di rinunce ai diritti convenzionalmente garantiti, per poi focalizzarsi sugli arresti specificamente incentrati sulla giustizia negoziata.

In generale, i giudici europei ripetono ormai, da molto tempo, che «*neither the letter nor the spirit of Article 6 of the Convention prevents a person from waiving of his own free will, either expressly or tacitly, the entitlement to the guarantees of a fair trial*»; tuttavia, per essere effettiva, tale rinuncia «*must be established in an unequivocal manner and be attended by minimum safeguards commensurate to its importance*», oltre a non dover «*run counter to any important public interest*»[19].

La rinuncia è quindi consentita, in forma sia espressa che tacita. Sono però previste alcune limitazioni: la stessa deve apparire inequivocabile, essere sorretta da garanzie proporzionate alla sua gravosità e, infine, non porsi in contrasto con importanti interessi pubblici.

Le maglie si restringono un po' di più quando a venire in gioco sono diritti che costituiscono il pilastro fondamentale della *fairness*, come il diritto alla difesa tecnica: in questo caso, «*such a waiver need not be explicit, but it must be voluntary and constitute a knowing and intelligent relinquishment of a right*; in particolare, «*before an accused can be said to have implicitly, through his conduct, waived an important right under*

---

[18] Per un approfondimento circa la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in materia di giustizia negoziata, v. BACHMAIER, Lorena, The European Court of Human Rights on Negotiated Justice and Coercion. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Leiden, v. 26, n. 3, 2018, p. 236; CERQUA, Federico. *Giustizia negoziata e rimedi impugnatori*. Modelli comparati di verifica della sentenza concordata e limiti del sistema italiano dei controlli. Milano: Wolters Kluwer; Cedam, 2020, p. 43; DELLA TORRE, Jacopo. *La giustizia penale negoziata in Europa*, cit., p. 443.

[19] Corte EDU, GC, 1° marzo 2006, ric. n. 56581/00, *Sejdovic c. Italia*, § 86.

Article 6, it must be shown that he could reasonably have foreseen what the consequences of his conduct would be»[20].

Come si è già anticipato, gli approdi generali in tema di rinuncia sono poi stati traslati anche nel campo del *plea bargaining*, con alcune specificazioni ulteriori. In tema, la Corte ha anzitutto preso atto che «*it can be considered a common feature of European criminal-justice systems for an accused to obtain the lessening of charges or receive a reduction of his or her sentence in exchange for a guilty or nolo contendere plea in advance of trial or for providing substantial cooperation with the investigative authority*».

Dopo aver così preso atto – anche favorevolmente[21] – della diffusione di simili meccanismi procedimentali, il giudice della Convenzione non ha tuttavia mancato di sottolineare la gravosità dei sacrifici richiesti all'imputato: «*where the effect of plea bargaining*» – si è constatato – «*is that a criminal charge against the accused is determined through an abridged form of judicial examination, this amounts, in substance, to the waiver of a number of procedural rights*»[22].

Per tale ragione – operando analogicamente rispetto a quanto stabilito, in via generale, per le rinuncie alle garanzie *ex* art. 6 CEDU – la Corte ha posto alcuni paletti: in primo luogo, «*the bargain must be accepted in full awareness of the facts of the case and the legal consequences and in a*

---

[20] Corte EDU, sez. V, 12 giugno 2025, ric. n. 23963/21, *Krpelík c. Repubblica Ceca*, § 76; Corte EDU, GC, 20 ottobre 2015, ric. n. 25703/11, *Dvorski c. Croazia*, § 101.

[21] V. Corte EDU, sez. III, 29 aprile 2024, ric. n. 9043/05, *Natsvlishvili e Togonidze c. Georgia*, § 90: «*plea bargaining, apart from offering the important benefits of speedy adjudication of criminal cases and alleviating the workload of courts, prosecutors and lawyers, can also, if applied correctly, be a successful tool in combating corruption and organised crime and can contribute to the reduction of the number of sentences imposed and, as a result, the number of prisoners*». In senso analogo, Corte EDU, sez. I, 25 marzo 2021, ric. n. 15931/15 e 16459/15, *Di Martino e Molinari c. Italia*, § 35, «*en matière de transactions pénales, la Cour a déjà eu l'occasion d'observer que la possibilité pour un accusé d'obtenir une atténuation des charges ou une réduction de peine à condition qu'il reconnaisse sa culpabilité, ou qu'il renonce avant le procès à contester les faits ou encore qu'il coopère pleinement avec les autorités d'enquête, est chose courante dans les systèmes de justice pénale des États européens*».

[22] Ancora Corte EDU, sez. III, 29 aprile 2024, ric. n. 9043/05, *Natsvlishvili e Togonidze* c. Georgia, § 91.

genuinely voluntary manner»; in secondo luogo, «*the content of the bargain and the fairness of the manner in which it had been reached between the parties must be subject to sufficient judicial review*»[23].

Dalle pronunce sopra ricordate, possiamo quindi ricavare lo statuto convenzionale delle forme di giustizia negoziata; peraltro, è appena il caso di precisare, che le specifiche condizioni riguardanti il *plea bargaining*, integrano, senza sostituirle, quelle previste, in generale, per la rinuncia alle garanzie legate alla *fairness*[24].

L'accordo siglato dall'imputato, nell'ambito di un istituto di giustizia negoziata, può senza dubbio contenere la rinuncia a diritti e garanzie procedimentali; del resto, in caso contrario, nemmeno si potrebbe fare. Tuttavia, la volontà in questo senso, espressa o tacita che sia, deve manifestarsi in maniera inequivocabile, essere supportata da una serie di ulteriori garanzie di contorno, nonché far salvi eventuali interessi pubblici contrari; inoltre, più è significativo il sacrificio, più all'imputato devono esserne chiare le conseguenze.

L'assistenza del difensore e il ruolo di controllo del giudice – se opportunamente disciplinati ed esercitati – possono apparire sufficienti sia come elementi di supporto, sia per assicurare una rinuncia consapevole e certa[25]. Più complesso appare invece il discorso relativo agli interessi pubblici: è ben possibile, infatti, che alcuni valori siano considerati così fondamentali dall'ordinamento da non essere più categorizzabili alla stregua di interessi "privati" dell'imputato, ma risultare assorbiti in una sorta di sfera "pubblica" più ampia; di qui, la loro refrattarietà a essere rinunciati a opera del singolo, anche nel contesto della giustizia negoziata.

---

[23] Corte EDU, sez. IV, 16 febbraio 2021, ric. n. 77587/12 e 74603/12, *V.C.L. e A.N. c. Regno Unito*, § 201.

[24] V., ad esempio, Corte EDU, sez. II, 20 ottobre 2020, ric. n. 13112/07, *Felix Guțu c. Repubblica Ceca*, § 55, ove i due profili vengono fra loro intrecciati: «*la Cour rappelle que ni la lettre ni l'esprit de l'article 6 de la Convention n'empêchent une personne de renoncer de son plein gré, de manière expresse ou tacite, aux garanties d'un procès équitable. Cela s'applique également aux résolutions alternatives des différends en matière pénale, dont la transaction pénale est l'exemple le plus représentatif*».

[25] Sul punto, DELLA TORRE, Jacopo. *La giustizia penale negoziata in Europa*, cit., p. 490.

La prima delle due garanzie specifiche per il *plea bargaining* appare sovrapponibile a quella, sopra esaminata, del «*knowing and intelligent relinquishment of a right*», che la Corte utilizza in materia di rinunce ai diritti fondamentali. La seconda, invece, implica espressamente la necessità di un controllo giudiziale sul patto[26].

In definitiva, non tutto si può fare in nome dell'efficienza e della ragionevole durata: è fondamentale un assenso libero, palese, informato, debitamente supportato e che, fra l'altro, incida su interessi di cui l'imputato è effettivamente in grado di disporre.

4. La sterilizzazione delle invalidità nel patteggiamento italiano

Alla luce delle riflessioni fini qui svolte, possiamo ora nuovamente rivolgerci all'ordinamento italiano, per valutare più da vicino le interconnessioni fra invalidità e giustizia negoziata, in ambito di patteggiamento.

Come si è già accennato, il legislatore non è intervenuto espressamente sul punto, mentre la giurisprudenza attualmente dominante è caratterizzata da una posizione alquanto netta: si esclude che, in sede di patteggiamento, possa essere presa in considerazione la sussistenza di invalidità sorte antecedentemente alla manifestazione di volontà dell'imputato di acconsentire al *pactum* predisposto insieme al pubblico ministero[27].

---

[26] Va precisato che la Corte europea ritiene possibili alcune restrizioni al diritto di impugnazione; v. Corte EDU, sez. III, 29 aprile 2024, ric. n. 9043/05, *Natsvlishvili e Togonidze c. Georgia*, § 96: «*the Court considers that it is normal for the scope of the exercise of the right to appellate review to be more limited with respect to a conviction based on a plea bargain, which represents a waiver of the right to have the criminal case against the accused examined on the merits, than it is with respect to a conviction based on an ordinary criminal trial*».

[27] V., per un approfondimento generale sul tema, CRIPPA, Ettore. Fondamento costituzionale delle nullità e consenso nei riti speciali, cit., p. 29; GALLUZZO, Fabrizio. *Il consenso dell'imputato nei procedimenti speciali*. Milano: Wolters Kluwer; Cedam, 2020, p. 130; IASEVOLI, Clelia, Le patologie processuali nei riti alternativi. In: MARANDOLA, Antonella (a cura di). *Le invalidità processuali*. Profili statici e dinamici. Torino: Utet, 2015, p. 539; SANNA,

Nelle pronunce della Cassazione, spesso si perpetuano affermazioni quasi letteralmente sovrapponibili, del seguente tenore: «per consolidata giurisprudenza, l'applicazione concordata della pena postula la rinunzia a far valere qualunque eccezione di nullità, anche assoluta (quindi, *a fortiori*, anche le inutilizzabilità) diversa da quelle attinenti alla richiesta di patteggiamento ed al consenso ad essa prestato»[28]; oppure, si può leggere che «nel momento in cui prestano il loro consenso all'applicazione della pena su richiesta, le parti rinunciano implicitamente a qualsiasi eccezione di nullità o di incompetenza, precedentemente sollevata o ancora proponibile»[29], o che – ancor più radicalmente – la «volontà di concordare la pena ai sensi dell'art. 444 c.p.p. comporta implicitamente la rinuncia a qualsivoglia eccezione di natura processuale»[30].

L'ipotizzata rinuncia grava, quindi, indistintamente su qualsiasi vizio, anche qualora l'eccezione sia già stata proposta prima della richiesta; come meglio si legge in una sentenza piuttosto recente, «la circostanza che la richiesta di celebrare il processo con le forme di cui all'art. 444 c.p.p. sia stata formulata da ultimo nel corso dell'udienza, cioè dopo che il giudice si era espresso quanto alle eccezioni di nullità in precedenza sollevate, determina la sanatoria delle precedenti irregolarità in quanto l'applicazione concordata della pena presuppone la rinuncia a far valere qualunque eccezione di nullità»[31].

Al di là dell'affermazione del principio, poco altro è però ricavabile da queste pronunce sul piano teorico. Cosicché, nella maggior parte delle ipotesi, manca qualsiasi tipo di giustificazione a sostegno

---

Alessandra. *Il "patteggiamento" tra prassi e novelle legislative*, cit., p. 209; VIGGIANO, Filippo. Patologie nel giudizio abbreviato e nell'applicazione della pena su richiesta: il controllo della Corte di cassazione. *Cassazione penale*, Milano, n. 2, 1997, p. 509.

[28] Cass., sez. II. 6 luglio 2016, n. 34417. Disponibile in: <https://dejure.it/>; similmente, da ultimo, *ex multis*, Cass., sez. V, 10 aprile 2024, n. 25065. Disponibile in: <https://dejure.it/>.

[29] Cass., sez. V, 22 febbraio 2019, n. 32453. Disponibile in: <https://dejure.it/>.

[30] Cass., sez. IV, 9 marzo 2023, n. 13526. Disponibile in: <https://dejure.it/>.

[31] Cass., sez. II, 20 settembre 2022, n. 45153. Disponibile in: <https://dejure.it/>.

dell'orientamento dominante[32], se non appunto il fatto che si tratti di un indirizzo giurisprudenziale ormai inveterato.

Talora si accenna agli «effetti preclusivi conseguenti alla proposizione della richiesta od alla adesione alla stessa»[33]; altre volte, viene affermato che le «nullità, se eventualmente verificatesi, devono ritenersi superate dall'accordo intervenuto tra le parti»[34], oppure che la richiesta in parola comporta la rinuncia a ogni eccezione, «vertendo il patto esclusivamente in ordine alla entità della pena»[35]. In generale, come si è visto in una sentenza poco sopra citata, è poi spesso chiamato in causa un fenomeno di sanatoria derivante dalla domanda del rito[36].

Insomma, la situazione è abbastanza chiara: come efficacemente rappresentato in dottrina, «se vuole l'imputato difendersi sul rito, oltre che sul merito, scelga il dibattimento. Ma se opta [...] per il patteggiamento, a fronte del beneficio che ne ricava, deve implicitamente abbandonare ogni ambizione al pieno rispetto delle regole formali»[37], tanto che «lo spirito negoziale ingoia persino nullità assolute e inutilizzabilità 'patologiche'»[38].

---

[32] Svolge questa riflessione anche DI PAOLO, Gabriella. *La sanatoria delle nullità nel processo penale*, cit., p. 178, la quale analizza i vari indirizzi giurisprudenziali succedutisi nel tempo in materia.

[33] Cass., sez. V, 22 febbraio 2019, n. 32453. Disponibile in: <https://dejure.it/>. Nello stesso senso, Cass., sez. II, 2 febbraio 2016, n. 6575. Disponibile in: <https://dejure.it/>.

[34] Cass., sez. III, 31 marzo 2021, n. 34601. Disponibile in: <https://dejure.it/>.

[35] Si veda ancora Cass., sez. III, 16 dicembre 2021, n. 3333. Disponibile in: <https://dejure.it/>.

[36] Ci si riferisce a Cass., sez. II, 20 settembre 2022, n. 45153, cit.; per un altro esempio, si veda Cass., sez. V, 12 ottobre 2018, n. 57479. Disponibile in: <https://dejure.it/>: «l'ipotetico vizio sarebbe sanato per effetto della scelta del rito, posto che l'applicazione concordata della pena postula la rinunzia a fare valere eventuali nullità, diverse da quelle attinenti alla richiesta di patteggiamento e al consenso ad essa prestato, e ciò perché le dette nullità, se verificatesi, devono ritenersi superate dall'accordo intervenuto tra le parti. Il giudizio di applicazione della pena deve, infatti, ritenersi svincolato dalla specificità delle forme processuali nel corso delle quali esso si è innestato».

[37] CAIANIELLO, Michele. *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penale*, cit., p. 71.

[38] L'espressione è di SCALFATI, Adolfo. L'uso strategico dei procedimenti "differenziati". *Archivio penale*, Roma, n. 3, 2019, p. 9.

Ancora da notare è, infine, che parimenti esclusa sarebbe anche la rilevabilità da parte del giudice. Questo ulteriore profilo è emerso chiaramente in una sentenza del 2019[39], di cui – per la sua valenza sistematica – vale la pena riportare brevemente gli snodi essenziali.

Nel caso di specie, l'imputato aveva chiesto il patteggiamento in relazione al reato di cui all'art. 186, comma 6, codice della strada. In particolare, questi aveva rifiutato di sottoporsi alla procedura di accertamento dell'alcolemia, ma gli operanti di polizia giudiziaria, per parte loro, avevano omesso di avvisarlo della facoltà di farsi assistere da un difensore ai sensi dell'art. 114 disp. att. c.p.p. Il giudice per le indagini preliminari aveva allora accertato la sussistenza di una nullità e conseguentemente prosciolto l'imputato perché il fatto non sussiste ai sensi dell'art. 129 c.p.p., così come gli imporrebbe l'art. 444, comma 2, c.p.p., pur in presenza di una richiesta di applicazione della pena.

Chiamata in causa su ricorso del Procuratore generale presso la Corte d'appello, la Cassazione, nella prima parte della sentenza, ha confermato che, effettivamente, l'avviso era dovuto nella situazione *de qua* e che la nullità scaturente dalla sua omissione era intermedia, potendo quindi, di norma, essere rilevata fino al momento della deliberazione della sentenza di primo grado (artt. 180 e 182, comma 2, secondo periodo, c.p.p.).

Senonché, subito dopo, si registra una repentina svolta: «tuttavia» – si afferma laconicamente – «costituisce *ius receptum* di questa Corte di legittimità che la richiesta di applicazione concordata della pena presuppone la rinuncia a far valere qualunque eccezione di nullità, anche assoluta, diversa da quelle attinenti alla richiesta di patteggiamento ed al consenso ad essa prestato». Di qui, la conclusione: «pertanto, il GIP milanese è incorso in una violazione di legge non palesandosi l'evidenza dell'insussistenza del reato in ragione di una nullità che non poteva essere valutata perché sanata con la richiesta di patteggiamento»[40].

---

[39] Cass., sez. IV, 14 febbraio 2019, n. 10081. Disponibile in: <https://dejure.it/>.

[40] Ecco, di seguito, il principio di diritto: «va dunque affermato il principio di diritto che la richiesta di applicazione concordata della pena, presupponendo la rinuncia a far valere qualunque eccezione di nullità, anche assoluta, diversa da quelle attinenti alla richiesta di patteggiamento ed al consenso ad essa prestato, comporta che il giudice investito della stessa non possa rilevare, ai sensi

Le parti e il giudice, in definitiva, sarebbero costretti a ignorare ogni tipo di vizio, sullo sfondo di una procedura di giustizia negoziata, il cui felice esito prevaricherebbe ogni altra esigenza procedimentale, generando una incompatibilità radicale fra la richiesta di patteggiamento e qualsiasi iniziativa – non solo contestuale, ma anche precedente – volta a rilevare un'invalidità[41]. La difesa deve così conformarsi a un'alternativa rigida: o cerca di ottenere la dichiarazione di un vizio procedimentale, oppure patteggia; nessun punto d'incontro è contemplato[42].

5. Un orientamento privo di solide fondamenta

Una delle più importanti criticità da notare nell'orientamento appena illustrato è la carenza di chiari riscontri nella legge processuale penale. Come si è visto, la Cassazione fa riferimento a due diversi fenomeni: si parla di una forma di preclusione, o di rinuncia all'eccezione, che inciderebbe in radice, elidendolo, sul diritto di eccepire l'invalidità, ancora prima che sulla invalidità stessa. Alternativamente – sebbene poi spesso gli argomenti finiscano per mischiarsi e confondersi[43] – viene invocato l'istituto della sanatoria.

Nessuno di questi fenomeni, invero, sembra però potersi attagliare alle nullità assolute e alle inutilizzabilità, ossia le due invalidità più gravi previste dall'ordinamento processuale penale italiano: entrambe, infatti, a detta di codice, restano rilevabili in ogni stato e grado del procedimento (artt. 179 e 191, comma 2, c.p.p., rispettivamente per nullità e inutilizzabilità), mentre le prime sono addirittura espressamente

---

dell'art. 129 c.p.p. in caso di contestazione del reato di cui all'art. 186 C.d.S., sia in caso di effettuazione dell'esame che di rifiuto dello stesso, la mancanza dell'avviso all'imputato ex art. 114 disp. att. c.p.p. della facoltà di farsi assistere da un difensore prima dell'alcooltest, trattandosi di nullità relativa sanata con la richiesta di patteggiamento»

41 In questo senso, DI PAOLO, Gabriella. *La sanatoria delle nullità nel processo penale*, cit., p. 180 e 187.

42 V. anche NACAR, Barbara. *Natura cognitiva della sentenza di patteggiamento e rimedi impugnatori*, Milano: Wolters Kluwer; Cedam, 2022, p. 442.

43 Già così BONETTI, Michele. Resistenza del patteggiamento ai vizi riscontrabili nel suo iter, cit., p. 1260.

categorizzate come insanabili (art. 179 c.p.p.). Non vi è dunque alcuna valida ragione per ritenere che un comportamento processuale delle parti, come la richiesta di patteggiamento, possa agire quale fatto impeditivo rispetto alla proposizione dell'eccezione, oppure come causa di sanatoria[44].

Il discorso è solo in parte diverso per le nullità intermedie e relative, in relazione alle quali il codice, in effetti, prevede alcune limitazioni[45].

In primo luogo, entrambe queste tipologie non possono essere eccepite, fra l'altro, da chi non abbia «interesse all'osservanza della disposizione violata» (art. 182, comma 1, c.p.p.)[46]. Come si è detto in precedenza, però, sarebbe erroneo ritenere che, da una richiesta di applicazione della pena, sia sempre ricavabile la perdita di interesse dei patteggianti alla rilevazione di qualsiasi vizio[47]: intanto, possono esservi delle ipotesi in cui la dichiarazione di un'invalidità ha conseguenze positive in funzione dell'esito negoziale; in secondo luogo, l'imputato non perde certamente interesse a tutti i controlli giudiziali previsti dall'art. 444, comma 2, c.p.p., che possono variamente rivelarsi a lui favorevoli, come

---

44 V. GIALUZ, Mitja; Applicazione della pena su richiesta delle parti. In: *Enciclopedia del diritto*, Annali, II-1. Milano: Giuffré, 2008, p. 28; GIALUZ, Mitja; DELLA TORRE, Jacopo. La rimodulazione dei rimedi avverso le sentenze di patteggiamento tra sviste del legislatore e frizioni con i principi costituzionali. In: BARGIS Marta; BELLUTA Hervè (a cura di). *La riforma delle impugnazioni tra carenze sistematiche e incertezze applicative (Commento alla legge 23 giugno 2018, n. 103 e al d.lgs. 6 febbraio 2018, n. 11)*. Torino: Giappichelli, 2018, p. 218; NACAR, Barbara. *Natura cognitiva della sentenza di patteggiamento e rimedi impugnatori*, cit., p. 440; VERGINE, Francesco. *La conservazione dell'atto processuale penale*. Milano: Wolters Kluwer; Cedam, 2017, p. 35.

45 Va peraltro ricordato che le nullità relative – al contrario di "intermedie" e "assolute" – non possono essere rilevate dal giudice di propria iniziativa (art. 181, comma 1, c.p.p.).

46 In tema, fra gli altri, APRATI, Roberta. *Effettivo pregiudizio e nullità*. Milano: Wolters Kluwer; Cedam, 2018, p. 198; DI GERONIMO, Paolo. *La nullità degli atti nel processo penale*. Milano: Giuffré, 2011, p. 243; RAFARACI, Tommaso. Nullità (dir. proc. pen.). In: *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento II. Milano: Giuffré, 1998, p. 617.

47 In questo senso, Cass., sez. VI, 25 maggio 1994. *Cassazione penale*, Milano, n. 2, 1996, p. 595, secondo cui «l'imputato che abbia ottenuto l'applicazione di una determinata pena *ex* art. 444 c.p.p., non ha alcun interesse ad eccepire la nullità, fatta eccezione per quelle che inficiano la richiesta di patteggiamento ed il consenso ad esso». In senso simile, successivamente, anche Cass., sez. IV, 8 aprile 2014, n. 34785. Disponibile in: <https://dejure.it/>.

la verifica sulla necessità di prosciogliere *ex* art. 129 c.p.p., oppure sulla ragionevolezza dei contenuti dell'accordo, i quali non devono essere eccessivamente gravosi in proporzione all'accusa.

In secondo luogo, nullità intermedie e relative sono anche sanabili, ai sensi dell'art. 183 c.p.p., in almeno tre diverse circostanze: la parte interessata «ha rinunciato espressamente ad eccepirle», «ha accettato gli effetti dell'atto», oppure «si è avvalsa della facoltà al cui esercizio l'atto omesso o nullo è preordinato». Sebbene, come si è visto, le pronunce di legittimità sopra illustrate richiamino insistentemente il fenomeno della sanatoria, una simile soluzione non appare affatto scontata.

In linea generale, infatti, «la volontà manifestata per chiedere un rito alternativo» è «selettivamente preordinata ad attivare, per l'appunto, il rito prescelto, e non può essere considerata sintomatica di una implicita manifestazione di volontà sanante in relazione ai vizi processuali, dal momento che non v'è traccia di un comportamento univoco e preciso in tale direzione»[48]. Considerazioni analoghe valgono, a maggior ragione, in tema di prove: non solo «disporre delle modalità del rito non implica anche accettare le patologie degli atti», ma, peraltro, il consenso prestato nell'ambito di un procedimento alternativo quale il patteggiamento «non cade sui singoli atti, ma appunto sulla eliminazione di alcune fasi del rito ordinario, con i metodi probatori annessi».[49]

In buona sostanza, di certo, domandando il rito speciale in questione, si acconsente a che il giudice svolga le sue valutazioni, precedenti all'emissione della sentenza, sulla base di un metodo e di atti almeno in parte diversi da quelli che altrimenti userebbe; ma tale assenso parrebbe estraneo a rinunce ulteriori, come quella al diritto di «essere

---

[48] CAIANIELLO, Michele. *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penale*, cit., p. 70; nello stesso senso, CRIPPA, Ettore. Fondamento costituzionale delle nullità e consenso nei riti speciali, cit., p. 24; DI PAOLO, Gabriella. *La sanatoria delle nullità nel processo penale*, cit., p. 185.

[49] PANZAVOLTA, Michele. Nullità degli atti processuali. II). Diritto processuale penale, In: *Enciclopedia giuridica*. Roma: Treccani, XXI, 2005, p. 13. Per una diversa prospettiva sul punto, v. SANNA, Alessandra. *Il "patteggiamento" tra prassi e novelle legislative,* cit., p. 207, secondo cui «una simile scelta può ben assumere la valenza di accettazione degli effetti dell'atto imperfetto integrante la figura della sanatoria». NACAR, Barbara. *Natura cognitiva della sentenza di patteggiamento e rimedi impugnatori*, cit., p. 439.

valutato sulla base di atti legittimi»[50]. Né – vale la pena ricordarlo – dovrebbe rilevare il fatto che l'imputato sia a conoscenza dell'orientamento giurisprudenziale maggioritario, magari grazie alla previa interlocuzione con il proprio difensore: attualmente, una simile circostanza non pare di certo inquadrabile fra le legittime cause di sanatoria dei vizi processuali.

Alla luce dei dati positivi sopra esaminati, va quindi esclusa l'esistenza di un'incompatibilità radicale fra richiesta di patteggiamento ed eccezioni di invalidità; così come dovrebbe restare possibile per il giudice – laddove la legge glielo imponga – rilevare eventuali vizi anche in assenza di iniziativa di parte.

Ciò, naturalmente, non significa che tutte le invalidità debbano essere sempre dichiarate; quel che è criticabile è l'assolutezza dell'orientamento giurisprudenziale, volto in radice a rifiutare qualunque possibilità in tal senso. Non mancano infatti casi in cui soluzioni alternative paiono praticabili: solo per fare un esempio, si potrebbe ipotizzare che la richiesta di patteggiamento implichi l'accettazione di eventuali vizi dell'atto introduttivo[51], posto che, all'interno del procedimento così instaurato, è stata manifestata la volontà di innestare un rito speciale[52]; ugualmente, un'ipotesi di sanatoria viene plausibilmente in gioco in relazione ai vizi di notificazioni e avvisi relativi all'udienza[53], o alla possibilità di accedere ai riti speciali[54].

Infine, resta da sciogliere un ultimo, possibile, equivoco. Come si è anticipato, la riforma "Orlando" del 2017, ha introdotto un nuovo comma

---

[50] NACAR, Barbara. *Natura cognitiva della sentenza di patteggiamento e rimedi impugnatori*, cit., 437. V. anche BONETTI, Michele. Resistenza del patteggiamento ai vizi riscontrabili nel suo iter, cit., p. 1261; RAFARACI, Tommaso. Nullità (dir. proc. pen.), cit., p. 618.

[51] V., in particolare, la soluzione tratteggiata nel § 7.

[52] In senso diverso, v. ancora SANNA, Alessandra. *Il "patteggiamento" tra prassi e novelle legislative*, cit., p. 208.

[53] Si pensi, fra l'altro, a quanto sancito dall'art. 184 c.p.p., in relazione alla «sanatoria della nullità delle citazioni, degli avvisi e delle notificazioni», che opera qualora la parte interessata sia comparsa o abbia rinunciato a comparire.

[54] Ciò accade, ad esempio, in Cass., sez. II, 25 settembre 2019, n. 45414, Disponibile in: <https://dejure.it/>: nel caso di specie mancava, all'interno del decreto di giudizio immediato, l'avviso circa la possibilità di accedere ai procedimenti speciali (art. 456 c.p.p.)

2-bis nell'art. 448 c.p.p., volto a stringere le maglie dell'impugnazione per cassazione avverso la sentenza di patteggiamento: pubblico ministero e imputato possono ormai presentare ricorso «solo per motivi attinenti all'espressione della volontà dell'imputato, al difetto di correlazione tra la richiesta e la sentenza, all'erronea qualificazione giuridica del fatto e all'illegalità della pena o della misura di sicurezza»[55]. Va tuttavia rilevato che nessuna norma positiva è stata introdotta a monte, al fine di regolare gli effetti di tale richiesta, come peraltro è invece accaduto in tema di giudizio abbreviato[56].

Allo stato attuale, quindi, le uniche disposizioni volte a circoscrivere le censure proponibili riguardano il ricorso per cassazione[57] e, da esse soltanto, non pare possibile inferire che eguali restrizioni debbano operare anche in relazione al momento genetico del rito[58]. Peraltro, se un simile

---

[55] Per ulteriori approfondimenti in tema, BELFIORE, Rosanna. Gli interventi sull'applicazione della pena su richiesta delle parti e sul procedimento per decreto. In: BACCARI Gian Marco; BONZANO Carlo; LA REGINA Katia; MANCUSO Enrico Maria (a cura di). *Le recenti riforme in materia penale*. Dai decreti di depenalizzazione (d.lgs. n. 7 e n. 8/2016) alla legge "Orlando" (l. N. 103/2017). Milano: Wolters Kluwer; Cedam, 2017, p. 311; CAPRIOLI, Francesco. *I nuovi presupposti di ammissibilità dei ricordi per cassazione*, p. 13; CERQUA, Federico. *Giustizia negoziata e rimedi impugnatori*, cit., 106.

[56] Sottolinea questa circostanza DANIELE, Marcello. Nullità ed efficacia sanante del consenso. *Cassazione penale*, Milano, n. 6, 2024, p. 248.

[57] V., peraltro, le riflessioni di DELLA TORRE, Jacopo. Dalle Sezioni Unite una duplice (discutibile) svolta in materia di patteggiamento. *Diritto penale e processo*, Milano, n. 12, 2020, p. 1591, il quale – sulla di base di quanto statuito da Cass., sez. Un., 17 luglio 2020, n. 2138 – ipotizza che «si potrebbero ritenere tuttora censurabili ex art. 606 c.p.p., poiché esterne all'accordo delle parti, tanto l'intero *genus* delle invalidità assolute (data la loro indisponibilità), quanto la mancata rilevazione da parte del decisore di primo grado della prescrizione (61), sebbene di tali ragioni non vi sia traccia nell'art. 448, comma 2-bis, c.p.p.». In relazione a questo particolare profilo, anche CALLARI, Francesco. Il ricorso per cassazione avverso una sentenza di patteggiamento e l'illegalità della misura di sicurezza. *Processo penale e giustizia*, Torino, n. 6, p. 2019, p. 1413. V., inoltre, APRATI, Roberta. La riforma Orlando sui riti speciali: quattro nodi problematici. *Cassazione penale*, Milano, n. 4, 2019, p. 1413, la quale invece s'interroga sulla possibilità di censurare le invalidità facendo leva sulla locuzione «*illegalità della pena*», contenuta nell'art. 448, comma 2-bis, c.p.p.

[58] V. GIALUZ, Mitja; DELLA TORRE, Jacopo. La rimodulazione dei rimedi avverso le sentenze di patteggiamento tra sviste del legislatore e frizioni con i principi costituzionali, cit., p. 219, i quali paventano il rischio che la nuova

ragionamento fosse valido, le conseguenze sarebbero davvero paradossali: se ne dovrebbe ad esempio ricavare che il giudice non sia più tenuto allo svolgimento dei controlli sulla congruità della pena e sulla pronuncia di una sentenza di proscioglimento, posto che tali accertamenti – pur ancora previsti dall'art. 444, comma 2, c.p.p. – non figurano nell'elenco di cui al predetto comma 2-bis dell'art. 448 c.p.p.[59]

In definitiva, dal punto di vista normativo e sistematico, la pretesa sterilizzazione assoluta delle invalidità non solo è priva di supporto, ma varie disposizioni paiono orientare verso la tesi opposta; a stretto rigore, in mancanza di un apposito intervento legislativo sul punto, si dovrebbe ancora fare riferimento all'ordinario regime di rilevabilità delle invalidità, predisposto in via generale dal codice.

6. Gli effetti della richiesta di giudizio abbreviato

Le perplessità relative agli indirizzi giurisprudenziali in questione trovano terreno fertile anche nella disciplina – questa sì espressamente prevista dal legislatore – in materia di richiesta di giudizio abbreviato.

---

norma «possa portare a generalizzare» quanto sinora statuito in via solo giurisprudenziale dalla Cassazione; nello stesso senso, LUDOVICI, Luigi. *Il "nuovo" regime di impugnazione della sentenza di patteggiamento*, p. 7; SURACI, Leonardo. *La sanatoria delle invalidità nel processo penale*, cit., p. 282. V. anche SANNA, Alessandra. *Il "patteggiamento" tra prassi e novelle legislative*, cit., p. 212, secondo cui, invero, dal silenzio del legislatore sugli effetti della richiesta di patteggiamento si potrebbe ricavare un tacito assenso all'orientamento giurisprudenziale dominante.

[59] Si veda, sul punto, Cass., sez. V, 10 aprile 2024, n. 25065. Disponibile in: <https://dejure.it/>: «a fronte dell'onere del giudice di accertare, comunque, la descritta insussistenza di cause di proscioglimento, l'eventuale omissione della motivazione sul punto, a seguito dell'indicata riforma, non è, tuttavia, più censurabile in sede di legittimità; ed è quindi inammissibile il ricorso per cassazione avverso la sentenza di patteggiamento con il quale si deduca l'omessa valutazione da parte del giudice delle condizioni per pronunziare sentenza di proscioglimento ex art. 129 cod. proc. pen. - nel caso di specie peraltro comunque intervenuta». Ricorda la persistenza di questo controllo anche BACCARI, Gian Marco. La disciplina del ricorso per cassazione avverso la sentenza di "patteggiamento" dopo la riforma "Orlando". *Processo penale e giustizia*, Torino, n. 6, 2018, p. 1193.

Questo rito speciale ha invero diversi aspetti in comune con il patteggiamento, sebbene corrisponda a un diverso paradigma. Più che di giustizia "negoziata", possiamo parlare di giustizia "consensuale", ossia di «meccanismi processuali fondati sullo schema del 'contratto per adesione', [...] su offerte secche, non mercanteggiabili», in relazione alle quali l'interessato può soltanto scegliere se aderire o meno[60]. Nel rito abbreviato, infatti, l'"offerta" in termini di riduzione della pena presenta sempre i medesimi connotati e non è oggetto di negoziazione con il pubblico ministero[61]; in cambio, l'imputato rinuncia al dibattimento e alla formazione della prova in contraddittorio, accettando altresì – nell'ipotesi base del rito – di essere giudicato esclusivamente per mezzo degli atti contenuti nel fascicolo delle investigazioni.

Nel 2017, come si è già accennato, la stessa riforma che ha introdotto il predetto art. 448, comma 2-bis, c.p.p., ha interessato anche il giudizio abbreviato; cosicché, mentre, per il patteggiamento, si è espressamente operato a valle, ossia sulle impugnazioni, nell'ambito del rito ora in esame, le novità sono intervenute a monte, tramite la specificazione degli effetti attribuibili alla domanda dell'imputato di accesso al rito.

Il nuovo comma 6-bis dell'art. 438 c.p.p. stabilisce che «la richiesta di giudizio abbreviato proposta nell'udienza preliminare determina la sanatoria delle nullità, sempre che non siano assolute, e la non rilevabilità delle inutilizzabilità, salve quelle derivanti dalla violazione di un divieto probatorio»; altresì preclusa è «ogni questione sulla competenza per territorio del giudice».

Questa disposizione – almeno in parte propiziata da precedente giurisprudenza di legittimità – ha subito diverse critiche sia per ragioni contenutistiche, sia per l'opinabile sintassi giuridica adottata[62]. Ad ogni

---

60 V. DELLA TORRE, Jacopo. *La giustizia penale negoziata in Europa*, cit., p. 44.

61 Ossia «della metà se si procede per una contravvenzione e di un terzo se si procede per un delitto» (art. 442, comma 2, c.p.p.).

62 Per ulteriori approfondimenti sulla disposizione in questione, v., fra gli altri, CRIPPA, Ettore. Fondamento costituzionale delle nullità e consenso nei riti speciali, cit., p. 31; GAROFALO, Giulio. Divieti probatori e giudizio abbreviato. *Indice penale*, n. 1, p. 127, 2020, p. 127; GIARDA, Angelo; VARRASO, Gianluca; L'aggiornamento del giudizio abbreviato. In: BACCARI Gian Marco;

modo, per quel che maggiormente interessa in questa sede, l'*intentio legis* risulta abbastanza chiara: pure la richiesta di giudizio abbreviato comporta delle rinunce, anche in termini di invalidità; d'altra parte, però, il legislatore ha selezionato alcuni vizi ritenuti troppo gravi per finire nell'ombra.

Diversamente da quanto accade nell'ambito del patteggiamento, pertanto, è stato lasciato spazio alle invalidità che il nostro ordinamento – come si è ricordato in precedenza – considera rilevabili in ogni stato e grado del procedimento, o addirittura insanabili; si tratta, infatti, di quelle fattispecie in cui vengono in gioco valori considerati indisponibili, o – nel linguaggio della Corte di Strasburgo – oggetto di un «*important public interest*», nel senso che trascendono la sfera del rinunciabile per mezzo del rito premiale.

Proprio a tal proposito, vale forse la pena di ricordare quanto affermarono le Sezioni unite della Cassazione già nel 2000, al fine di circoscrivere le inutilizzabilità rilevabili nell'ambito del giudizio abbreviato[63]: con parole che sembrano spingersi oltre il perimetro di tale procedimento speciale, venne chiarito che deve «attribuirsi piena rilevanza nel giudizio abbreviato alla categoria sanzionatoria della inutilizzabilità cosiddetta 'patologica', inerente cioè agli atti probatori assunti *contra legem*, il cui impiego è vietato in modo assoluto non solo nel dibattimento ma in qualsiasi altra fase del procedimento, ivi comprese le indagini preliminari, l'udienza preliminare, le procedure incidentali cautelari e quelle negoziali di merito».

Alla luce della disposizione appena illustrata, sorge allora spontaneo chiedersi perché la situazione in cui versa il patteggiamento

---

BONZANO Carlo; LA REGINA Katia; MANCUSO Enrico Maria (a cura di). *Le recenti riforme in materia penale*. Dai decreti di depenalizzazione (d.lgs. n. 7 e n. 8/2016) alla legge "Orlando" (l. N. 103/2017). Milano: Wolters Kluwer; Cedam, 2017, p. 288; LAVARINI, Barbara. Il "nuovo volto" del giudizio abbreviato tra adeguamento al diritto vivente e aporie sistematiche. In: GIULIANI Livia; ORLANDI Renzo (a cura di). *Indagini preliminari e giudizio di primo grado. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*. Torino: Giappichelli, 2018, p. 171.

63 Cass., Sez. un., 21 giugno 2000, n. 16. *Cassazione penale*, Milano, n. 2, 2000, p. 400.

sia praticamente opposta, tanto diversa che nemmeno alle invalidità "assolute" resta attribuito il minimo rilievo.

Sicuramente nel giudizio abbreviato – a differenza di quanto avviene nel patteggiamento – l'imputato non chiede direttamente l'applicazione di una pena; compie, però, altre rinunce significative che, nel caso in cui venisse condannato, gli frutterebbero un beneficio sanzionatorio sulla pena principale, simile a quello previsto per l'altro rito. In secondo luogo, va ricordato che, anche di fronte alla domanda di patteggiamento, l'imputato potrebbe ancora essere prosciolto, seppure tale opportunità sia ancorata a quanto previsto dall'art. 129 c.p.p.; inoltre, il giudice è tenuto a svolgere anche ulteriori controlli nel merito, che potrebbero condurre al rigetto della proposta.

Non tutto, insomma, è ancora deciso e queste alternative di ampio respiro avvicinano i due procedimenti speciali più di quanto si possa inizialmente pensare. Se questo è vero, può allora apparire irragionevole la disparità di trattamento fra chi richieda il giudizio abbreviato e chi invece opti per il patteggiamento[64], offrendo siffatta circostanza ulteriore un elemento in più per ritenere necessario – anche, per quest'ultimo – un diverso bilanciamento.

7. Alla ricerca di un diverso criterio selettivo

Finora abbiamo visto le ragioni teoriche, sistematiche e codicistiche per cui l'opzione verso l'applicazione della pena su richiesta non dovrebbe corrispondere a una totale impermeabilità della sede negoziale nei confronti delle invalidità precedentemente verificatesi: il diritto a una procedura legittima, l'effettivo perimetro dell'accordo, l'eventuale indisponibilità degli interessi in gioco, nonché, da ultimo, il confronto con altri istituti accolti nel sistema italiano, ci inducono ad auspicare un diverso percorso.

Sul punto, bisogna anzitutto essere realisti. Vista l'intransigenza e la continuità – soprattutto negli ultimi anni – dell'orientamento

[64] In questo senso, LORENZETTO, Elisa. Processo penale e legge n. 103 del 2017: la riforma che non c'è. *Processo penale e giustizia*, Torino, n. 6, 2017, p. 1079.

giurisprudenziale maggioritario, limitarsi a invocare l'osservanza dell'ordinario regime delle invalidità sarebbe un'ottimistica petizione di principio. Bisogna, quindi, provare a spostare l'ago della bilancia più nel mezzo, senza però potersi permettere di ignorare quanto statuito dal diritto vivente.

Una prima possibilità concreta sarebbe allora quella di suggerire, per la richiesta di patteggiamento, un trattamento analogo a quanto previsto per il giudizio abbreviato[65]; in fondo – si potrebbe pensare – la possibilità di dedurre, fra l'altro, nullità assolute e inutilizzabilità è già sufficiente per ricondurre la disciplina in questione quantomeno nei canoni della ragionevolezza.

A ben vedere, però, sebbene resti una norma a cui guardare per un generale ripensamento delle regole attuali, un semplice trapianto dell'art. 438, comma 6-bis, c.p.p. risulterebbe, per un verso, troppo e, per altro verso, troppo poco: vi sono infatti alcuni vizi su cui si potrebbe effettivamente pensare di soprassedere, seppur formalmente insanabili, o sempre rilevabili, mentre altri, gerarchicamente inferiori in astratto, paiono senza dubbio più significativi se calati nell'economia del patteggiamento.

Pensiamo a una ipotesi in cui la notificazione all'imputato dell'udienza preliminare sia stata omessa, dando luogo a una nullità assoluta (art. 179 c.p.p.). Se, però, nonostante ciò, la volontà dell'imputato di accedere al patteggiamento risulti pienamente accertata, potrebbe forse ritenersi superfluo il rinnovo della notificazione e il rinvio dell'udienza[66]; ci si ritroverebbe comunque tempo dopo nella medesima situazione, avendo soltanto frustrato, almeno in parte, l'economia processuale a cui il rito speciale in questione tende.

---

[65] In questo senso, v. GIALUZ, Mitja; DELLA TORRE, Jacopo. La rimodulazione dei rimedi avverso le sentenze di patteggiamento tra sviste del legislatore e frizioni con i principi costituzionali, cit., p. 219; NACAR, Barbara. *Natura cognitiva della sentenza di patteggiamento e rimedi impugnatori*, cit., p. 444; SANNA, Alessandra. *Il "patteggiamento" tra prassi e novelle legislative*, cit., p. 212.

[66] In questo senso, vale la pena ricordare come, secondo la Cassazione (Cass., sez. IV, 4 febbraio 2014, n. 38111. Disponibile in: <https://dejure.it/>), l'omessa notificazione all'imputato del decreto di fissazione dell'udienza camerale per la definizione del procedimento con il rito alternativo non comporti la nullità della sentenza qualora il difensore munito di procura speciale sia comparso e si sia avvalso del potere attribuitogli.

Diversa è, ad esempio, la situazione nel caso, prima illustrato, del mancato avvertimento sull'assistenza tecnica durante un controllo del tasso alcolemico[67]. La rilevazione di quella nullità intermedia era fondamentale per la verifica giudiziale sulle condizioni per il proscioglimento (art. 444, comma 2, c.p.p.), che è di certo una valutazione estranea alla volontà negoziale[68], idonea infatti anche a scardinare completamente l'accordo raggiunto[69].

In altre parole, la chiave di volta potrebbe risiedere nei controlli svolti dal giudice sulla proposta di pena, il cui fine è la tutela del nucleo inviolabile di alcuni valori fondamentali, come il diritto di difesa e la presunzione di non colpevolezza. Grazie a questa loro caratteristica, tali compiti sfuggono alla disponibilità delle parti[70] e dovrebbero quindi poter attrarre, all'interno della medesima sfera di non negoziabilità, ogni profilo necessario per il loro corretto espletamento, invalidità comprese[71].

---

[67] V. anche §3.

[68] V., in questo senso, SCOMPARIN, Laura. *Il proscioglimento immediato nel sistema processuale penale*. Torino: Giappichelli, 2008, p. 194, secondo la quale «gli accordi intercorsi fra le parti che si riflettono nell'istanza non possono rappresentare un vincolo per il giudice che intenda prosciogliere l'imputato ai sensi dell'art. 129 c.p.p.».

[69] V. CERQUA, Federico. *Giustizia negoziata e rimedi impugnatori*, cit., p. 80; GIALUZ, Mitja; Applicazione della pena su richiesta delle parti, cit., p. 30; PULVIRENTI, Antonino. *Controllo e motivazione della sentenza di patteggiamento*. Bari: Cacucci, 2024, p. 81; SANNA, Alessandra. *Il "patteggiamento" tra prassi e novelle legislative*, cit., p. 97.

[70] V. Corte cost., 6 giugno 1991, n. 251, in cui si ricorda la «natura giurisdizionale e non meramente "notarile" della funzione esercitata dal giudice nell'applicazione della pena richiesta dalle parti, dal momento che, ai sensi dell'art. 444, secondo comma, del codice di procedura penale, spetta all'organo giudicante valutare motivatamente, oltre che la necessità di addivenire ad un proscioglimento a norma dell'art. 129 dello stesso codice, la correttezza della qualificazione giuridica del fatto, l'applicazione e la comparazione delle circostanze, nonché la congruità della pena indicata dalle parti». Sul punto anche DELLA TORRE, Jacopo. *La giustizia penale negoziata in Europa*, cit., p. 398; VIGONI, Daniela. *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., p. 282

[71] Secondo DANIELE, Marcello. Nullità ed efficacia sanante del consenso, cit., p. 248, sarebbe peraltro «poco ortodosso» che l'accertamento sulla sussistenza delle condizioni di applicabilità dell'art. 129 c.p.p. possa essere «fondato su atti processuali affetti da nullità». V. anche NEGRO, Federica. Rifiuto di sottoporsi all'alcoltest: il patteggiamento preclude al giudice di rilevare il

Questa interpretazione ha ovviamente le sue principali ricadute sul piano probatorio: l'imputato, nonostante abbia chiesto il patteggiamento, sarebbe libero di eccepire l'invalidità di una prova, che possa orientare il giudice, ad esempio, verso il proscioglimento, o una valutazione di congruità della pena; a sua volta, il giudice, se possibile, potrebbe rilevare tali vizi anche in assenza di richiesta di parte, proprio allorché sia chiamato a svolgere le predette funzioni valutative.

Dall'altra parte, verrebbero sterilizzati tutti quei vizi che – essendo incapaci di influire sui presupposti e sui contenuti dell'accordo, oggetto della verifica giudiziale – restino al di fuori della verifica stessa, e possano quindi – sempre nella predetta ottica realista – dirsi "superabili", così come la giurisprudenza dominante ritiene invece ora possibile in qualsiasi caso.

Spostando così l'attenzione dall'invalidità in sé considerata alla sua incidenza sull'esito del rito, si potrebbe forse ottenere un equilibrio maggiormente condivisibile: non verrebbero infatti trascurate le ragioni della deflazione e, parallelamente, si darebbe rilievo almeno a quei vizi la cui rilevazione appaia davvero irrinunciabile nel caso concreto.

Considerazioni finali

I ragionamenti fin qui svolti suscitano qualche riflessione ulteriore.

La negoziabilità dell'esito procedimentale è senza dubbio un fattore essenziale per il sistema sotto più punti di vista. Al risparmio di tempi e costi impresso al circuito penale, si unisce l'eventuale diritto dell'imputato di accelerare il più possibile la definizione della vicenda. D'altro canto, però, come ogni interesse ed esigenza, anche quelli appena ricordati non possono essere tutelati in via assoluta, ignorando la necessità, tipica di qualsiasi ordinamento processuale, di raggiungere compromessi ragionevoli fra tutti gli interessi in gioco. La giurisprudenza italiana sui rapporti fra invalidità e giustizia negoziata sembra essersi dimenticata di questo fondamentale aspetto.

---

mancato avviso di farsi assistere da un difensore, p. 4, la quale ritiene che la sterilizzazione delle invalidità, promossa dalla giurisprudenza maggioritaria, finisca per vanificare il potere attribuito al giudice di verificare la sussistenza di cause di proscioglimento *ex* art. 129 c.p.p.

In secondo luogo, l'ombra in cui si pretende finisca ogni vizio processuale sottende una visione alterata della premialità, di certo molto criticabile: così come non tutto è negoziabile – e dunque rinunciabile –, nemmeno si può pretendere che, in nome del beneficio ottenuto dall'accusato patteggiante, ogni sua doglianza possa considerarsi irrilevante[72].

Stupisce, infine, la distorsione applicativa delle norme codicistiche, portata avanti con tenacia, ma senza chiare giustificazioni teoriche, che affondino le proprie radici nella legge, come invero dovrebbe essere. È forse percepibile la convinzione che, in fin dei conti, a fronte di un soggetto che ha scelto di arrendersi alla punizione, qualsiasi invalidità sia ormai priva di pregiudizio effettivo[73], tanto da giustificarne il totale oblio.

Eppure, come si è detto, anche questa conclusione appare piuttosto affrettata, in quanto frutto di un'estrema e decontestualizzata focalizzazione sul solo patto fra le parti[74]; attorno ad esso, al contrario, come si è cercato di dimostrare, ruotano valori e interessi indisponibili[75], di cui il giudice resta indiscusso garante e di cui le invalidità possono rappresentare un altrettanto irrinunciabile strumento di tutela.

---

[72] V. le chiare parole di PERONI, Francesco. La peripezia del patteggiamento in un trentennio di sperimentazione. *Archivio penale*, Roma, n. 3, 2019, p. 18, il quale parla, a tal proposito, di «malintesa logica contrattualistica».

[73] CAIANIELLO, Michele. *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penale*, cit., p. 70, sostiene, in effetti, che, dietro l'orientamento giurisprudenziale in questione si celi proprio un'implicita applicazione della teoria del pregiudizio effettivo.

[74] In tema, NEGRI, Daniele. *La deflazione penale "aggressiva": una tecnica incompatibile con i presupposti costituzionali del consenso liberamente prestato ai riti premiali*, p. 7.

[75] Nello stesso senso, CALLARI, Francesco. Il ricorso per cassazione avverso una sentenza di patteggiamento e l'illegalità della misura di sicurezza, cit., p. 1413; SANNA, Alessandra. *Il "patteggiamento" tra prassi e novelle legislative*, cit., p. 213.

Bibliografia

APRATI, Roberta. *Effettivo pregiudizio e nullità*. Milano: Wolters Kluwer; Cedam, 2018.

APRATI, Roberta. La riforma Orlanda sui riti speciali: quattro nodi problematici. *Cassazione penale*, Milano, n. 4, p. 1402-1414, 2019.

BACCARI, Gian Marco. La disciplina del ricorso per cassazione avverso la sentenza di "patteggiamento" dopo la riforma "Orlando". *Processo penale e giustizia*, Torino, n. 6, p. 1187-1195, 2018.

BACHMAIER, Lorena, The European Court of Human Rights on Negotiated Justice and Coercion. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Leiden, v. 26, n. 3, p. 236-259, 2018. https://doi.org/10.1163/15718174-02603001

BELFIORE, Rosanna. Gli interventi sull'applicazione della pena su richiesta delle parti e sul procedimento per decreto. In: BACCARI Gian Marco; BONZANO Carlo; LA REGINA Katia; MANCUSO Enrico Maria (a cura di). *Le recenti riforme in materia penale*. Dai decreti di depenalizzazione (d.lgs. n. 7 e n. 8/2016) alla legge "Orlando" (l. N. 103/2017). Milano: Wolters Kluwer; Cedam, 2017, p. 307-319.

BONETTI, Michele. Resistenza del patteggiamento ai vizi riscontrabili nel suo iter. *Diritto penale e processo*, Milano, n. 10, p. 1257-1264, 1998.

BOZBAYINDIR, Ali Emrah. The Role of the Judge in the European Plea Bargaining Procedures: Three Models Compared. *The International Journal of Evidence & Proof*, Londra, v. 28, n. 3, p. 203-235, 2024. https://doi.org/10.1177/13657127231217773

BUDAHÁZI, Árpád; FANTOLY, Zsanett. Negotiated Agreements as an Alternative to Criminal Trials: Policy Lessons from the Hungarian Example. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Leiden, v. 32, n. 2, p. 105-125, 2024. https://doi.org/10.1163/15718174-bja10053

CERQUA, Federico. *Giustizia negoziata e rimedi impugnatori*. Modelli comparati di verifica della sentenza concordata e limiti del sistema italiano dei controlli. Milano: Wolters Kluwer; Cedam, 2020.

CAIANIELLO, Michele. *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penale*. Bologna: Bologna University Press, 2012.

CALLARI, Francesco. Il ricorso per cassazione avverso una sentenza di patteggiamento e l'illegalità della misura di sicurezza. *Processo penale e giustizia*, Torino, n. 6, p. 1403-1414, 2019.

CAPONE, Arturo. *L'invalidità nel processo penale tra teoria e dogmatica*. Padova: Cedam, 2012.

CAPRIOLI, Francesco. *I nuovi presupposti di ammissibilità dei ricordi per cassazione*. Disponibile in: <https://www.lalegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2018/01/Caprioli-inammissibilit%C3%A0-ricorsi-per-cassazione.pdf>. Accesso in: 20 agosto 2025.

CONTI, Carlotta. *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*. Padova: Cedam, 2007.

CRIPPA, Ettore. Fondamento costituzionale delle nullità e consenso nei riti speciali. *Archivio penale*, Roma, n. 2, p. 1-45, 2018. Disponibile in: <https://archiviopenale.it/fondamento-costituzionale-delle-nullita-e-consenso-nei-riti-speciali/articoli/17448>. Accesso in: 19 agosto 2025.

CZERWIŃSKA, Dorota. Protecting the Defendant's Rights in Negotiated Justice Mechanisms – A Comparative Perspective. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Leiden, v. 31, n. 3-4, p. 268-291, 2023. https://doi.org/10.1163/15718174-bja10047

DELLA TORRE, Jacopo. Negotiated Criminal Justice and EU Directives on Procedural Rights. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Leiden, v. 27, n. 2, p. 155-189, 2019. https://doi.org/10.1163/15718174-02702004

DELLA TORRE, Jacopo. Dalle Sezioni Unite una duplice (discutibile) svolta in materia di patteggiamento. *Diritto penale e processo*, Milano, n. 12, p. 1579-1592, 2020.

DELLA TORRE, Jacopo. *La giustizia penale negoziata in Europa*. Miti, realtà e prospettive. Milano: Wolters Kluwer; Cedam, 2019.

DANIELE, Marcello. Nullità ed efficacia sanante del consenso. *Cassazione penale*, Roma, n. 6, p. 1990-1998, 2024.

GAROFALO, Giulio. Divieti probatori e giudizio abbreviato. *Indice penale*, n. 1, p. 127-191, 2020.

DI GERONIMO, Paolo. *La nullità degli atti nel processo penale*. Milano: Giuffré, 2011.

DI PAOLO, Gabriella. *La sanatoria delle nullità nel processo penale*. Padova: Cedam, 2012.

GALLUZZO, Fabrizio. *Il consenso dell'imputato nei procedimenti speciali*. Milano: Wolters Kluwer; Cedam, 2020.

GIALUZ, Mitja; Applicazione della pena su richiesta delle parti. In: *Enciclopedia del diritto*, Annali, II-1. Milano: Giuffré, 2008, p. 13-47.

GIALUZ, Mitja; DELLA TORRE, Jacopo. La rimodulazione dei rimedi avverso le sentenze di patteggiamento tra sviste del legislatore e frizioni con i principi costituzionali. In: BARGIS Marta; BELLUTA Hervè (a cura di). *La riforma delle impugnazioni tra carenze sistematiche e incertezze applicative (Commento alla legge 23 giugno 2018, n. 103 e al d.lgs. 6 febbraio 2018, n. 11)*. Torino: Giappichelli, 2018, p. 181-225.

GIARDA, Angelo; VARRASO, Gianluca; L'aggiornamento del giudizio abbreviato. In: BACCARI Gian Marco; BONZANO Carlo; LA REGINA Katia; MANCUSO Enrico Maria (a cura di). *Le recenti riforme in materia penale*. Dai decreti di depenalizzazione (d.lgs. n. 7 e n. 8/2016) alla legge "Orlando" (l. N. 103/2017). Milano: Wolters Kluwer; Cedam, 2017, p. 267-306.

IASEVOLI, Clelia, Le patologie processuali nei riti alternativi. In: MARANDOLA, Antonella (a cura di). *Le invalidità processuali*. Profili statici e dinamici. Torino: Utet, 2015, p. 493-550.

LAVARINI, Barbara. Il "nuovo volto" del giudizio abbreviato tra adeguamento al diritto vivente e aporie sistematiche. In: GIULIANI Livia; ORLANDI Renzo (a cura di). *Indagini preliminari e giudizio di primo grado. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*. Torino: Giappichelli, 2018, p. 161-196.

LA ROCCA, Elvira Nadia. *L'accertamento della volontà dell'imputato nelle rinunce al contraddittorio*. Milano: Wolters Kluwer; Cedam, 2024.

LORENZETTO, Elisa. Processo penale e legge n. 103 del 2017: la riforma che non c'è. *Processo penale e giustizia*, Torino, n. 6, p. 1057-1083, 2017.

LUDOVICI, Luigi. *Il "nuovo" regime di impugnazione della sentenza di patteggiamento*. Disponibile in: <https://www.penaledp.it/il-nuovo-regime-di-impugnazione-della-sentenza-di-patteggiamento/>. Accesso in: 22 agosto 2025.

MARCOLINI, Stefano. *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*. Milano: Giuffrè, 2005.

NACAR, Barbara. *Natura cognitiva della sentenza di patteggiamento e rimedi impugnatori*. Milano: Wolters Kluwer; Cedam, 2022.

NEGRI, Daniele. *La deflazione penale "aggressiva": una tecnica incompatibile con i presupposti costituzionali del consenso liberamente prestato ai riti premiali*. Disponibile in: <https://discrimen.it/

la-deflazione-penale-aggressiva-una-tecnica-incompatibile-con-i-presupposti-costituzionali-del-consenso-liberamente-prestato-ai-riti-premiali/#>. Accesso in: 12 settembre 2025.

NEGRO, Federica. *Rifiuto di sottoporsi all'alcoltest: il patteggiamento preclude al giudice di rilevare il mancato avviso di farsi assistere da un difensore*. Disponibile in: <https://ius.giuffrefl.it/dettaglio/7906807/rifiuto-di-sottoporsi-allalcoltest-il-patteggiamento-preclude-al-giudice-di-rilevare-il-mancato-avviso-di-farsi-assistere-da-un-difensore?searchText=Rifiuto%20di%20sottoporsi%20all%E2%80%99alcoltest%3A%20il%20patteggiamento%20preclude%20al%20giudice%20di%20rilevare%20il%20mancato%20avviso%20di%20farsi%20assistere%20da%20un%20difensore>. Accesso in: 5 settembre 2025.

PANZAVOLTA, Michele. Nullità degli atti processuali. II). Diritto processuale penale. In: *Enciclopedia giuridica*. Roma: Treccani, XXI, 2005, p. 1-19.

PAOLINI, Gabriele; KANTOROWICZ-REZNICHENKO, Elena; VOIGT, Stefan. Plea Bargaining Procedures Worldwide: Drivers of Introduction and Use. *Journal of Empirical Legal Studies*, Hoboken, v. 22, n. 1, p. 27-75, 2025. https://doi.org/10.1111/jels.12406

PERONI, Francesco. La peripezia del patteggiamento in un trentennio di sperimentazione. *Archivio penale*, Roma, n. 3, p. 1, 2019. Disponibile in: <https://archiviopenale.it/-la-peripezia-del-patteggiamento-in-un-trentennio-di-sperimentazione/articoli/19684>. Accesso in: 26 agosto 2025. https://doi.org/10.12871/978883318064914

PERONI, Francesco. *La sentenza di patteggiamento*. Padova: Cedam, 1999.

PULVIRENTI, Antonino. *Controllo e motivazione della sentenza di patteggiamento*. Bari: Cacucci, 2024.

RAFARACI, Tommaso. Nullità (dir. proc. pen.). In: *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento II. Milano: Giuffré, 1998, p. 596-627.

SANNA, Alessandra. *Il "patteggiamento" tra prassi e novelle legislative*. Milano: Wolters Kluwer; Cedam, 2018.

SCALFATI, Adolfo. L'uso strategico dei procedimenti "differenziati". *Archivio penale*, Roma, n. 3, p. 1-19, 2019. Disponibile in: <https://archiviopenale.it/-luso-strategico-dei-procedimenti-differenziati/articoli/19685>. Accesso in: 19 agosto 2025.

SCOMPARIN, Laura. *Il proscioglimento immediato nel sistema processuale penale*. Torino: Giappichelli, 2008.

SPAGNOLO, Paola. Il modello delle garanzie minime e il regime delle invalidività. In: MARANDOLA, Antonella (a cura di). *Le invalidità processuali*. Profili statici e dinamici. Torino: Utet, 2015, p. 17-68.

SURACI, Leonardo. *La sanatoria delle invalidità nel processo penale*. Milano: Wolters Kluwer; Cedam, 2025.

THOMASON, Matt. Bargaining the rules of evidence. In: Langer, Máximo; McConville, Mike; Luke Marsh Luke (a cura di). *Research Handbook on Plea Bargaining and Criminal Justice*. Cheltenham: Elgar Publishing, 2024, p. 349-363. https://doi.org/10.4337/9781802206678

VERGINE, Francesco. *La conservazione dell'atto processuale penale*. Milano: Wolters Kluwer; Cedam, 2017.

VIGGIANO, Filippo. Patologie nel giudizio abbreviato e nell'applicazione della pena su richiesta: il controllo della Corte di cassazione. *Cassazione penale*, Milano, n. 2, p. 509-542, 1997.

VIGONI, Daniela. *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*. Milano: Giuffrè, 2000.

Authorship information

Andrea Cabiale. Ricercatore di diritto processuale penale presso l'Università degli Studi di Torino, ha conseguito il dottorato in Scienze penalistiche presso l'Università degli Studi di Trieste. Svolge attività di ricerca e didattica in materia di diritto processuale penale, italiano ed europeo. PhD. andrea.cabiale@unito.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 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.

Data Availability Statement: In compliance with open science policies, all data generated or analyzed during this study are included in this published article.

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

- Submission: 18/09/2025
- Desk review and plagiarism check: 29/09/2025
- Review 1: 06/10/2025
- Review 2: 07/10/2025
- Review 3: 14/10/2025
- Preliminary editorial decision: 27/10/2025
- Correction round return: 11/11/2025
- Final editorial decision: 11/11/2025

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 2 (GL and JDT)
- Reviewers: 3

How to cite (ABNT Brazil):

CABIALE, Andrea. Giustizia negoziata e invalidità nel procedimento penale italiano: un rapporto problematico. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 11, n. 3, e1314, set./dez. 2025. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v11i3.1314

License Creative Commons Attribution 4.0 International.

Sui limiti della giustizia negoziale nel sistema EPPO: Criticità e margini di ampliamento delle procedure semplificate di azione penale

The limits of negotiated justice in the EPPO system: Critical profiles and margins for improvement of simplified procedures

Isadora Neroni Rezende[1]

Alma Mater Studiorum Università di Bologna, Bologna, Italia

isadora.neroni2@unibo.it

https://orcid.org/0000-0001-5476-3503

Abstract: Il presente contributo si focalizza sulle criticità, e possibili margini di ampliamento, dell'utilizzo delle procedure semplificate di azione penale da parte della Procura europea (EPPO). Partendo da una ricognizione comparata sulle prassi adottate dall'Ufficio in quattro Stati membri (Italia, Spagna, Francia e Germania), si evidenziano i profili problematici che potrebbero essere ancora di ostacolo a un maggior ricorso allo strumento negoziale europeo. Alla luce del progressivo aumento dei casi attribuiti alla competenza dell'Ufficio, si offrono dunque spunti argomentativi per un impiego più flessibile dell'istituto dispositivo europeo nel settore della criminalità economica. L'obiettivo è quello di porre le premesse per sfruttare a pieno le potenzialità delle procedure semplificate, mantenendo, al contempo, il giusto equilibrio tra logiche di efficienza e le opposte esigenze che animano la giustizia penale europea.

Parole chiave: procura europea; giustizia negoziale; procedure semplificate; diversion; criminalità economica.

Abstract: *This contribution focuses on critical issues and the potential for expanding the use of simplified criminal proceedings by the European Public Prosecutor's Office (EPPO). Beginning with a comparative review of the Office's practices in four Member States (Italy, Spain, France, and Germany), it identifies*

[1] Assegnista di ricerca in Procedura penale presso Università di Bologna. PhD.

problematic aspects that could hinder the Office's wider use of the European negotiating mechanism. Given the gradual increase of the Office's caseload, the article presents arguments for more flexible use of this instrument in the field of economic crime. The goal is to establish the groundwork for maximizing the potential of simplified procedures while maintaining the proper balance between efficiency and the competing values that drive European criminal justice.

Keywords: *European Public Prosecutor's Office; negotiated justice; simplified procedures; diversion; economic crime.*

Premessa

È cosa nota che il cammino culminato nella creazione di un pubblico ministero europeo è stato lungo e non scevro da ostacoli. Nel corso del ventennale processo di gestazione del regolamento istitutivo della Procura europea,[2] le reazioni spesso "protezioniste" degli Stati membri coinvolti hanno portato ad un ridimensionamento delle aspirazioni iniziali sulla natura e i poteri del nuovo soggetto inquirente. Dal progetto di creazione di una *single legal area*,[3] che avrebbe fatto dell'Unione uno spazio unitario in cui l'EPPO avrebbe esercitato la sua competenza, si è infatti ripiegato su un modello più tradizionale di cooperazione giudiziaria, benché pur sempre più avanzato di quello già adottato per *Eurojust* o

[2] Per una ricostruzione delle diverse tappe di questo processo, si veda, *inter* alia, SALAZAR, Lorenzo. *Habemus* EPPO! La lunga marcia della Procura europea. *Arch. Pen.,* 3, 2017, p. 1; ALLEGREZZA, Silvia. *Verso Una Procura Europea per Tutelare gli Interessi Finanziari dell'Unione*. Disponibile in: < https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/1383120442ALLEGREZZA%202013.pdf>. Accesso in: 28.08.2025; LOMBARDI, Filippo. La Procura europea: A) Dal Corpus Juris al Decreto legislativo n. 9 del 2021. *Proc. Pen. Giust.,* 4, 2021, p. 927. MITSILEGAS, Valsamis. *EU Criminal Law*. Oxford: Hart Publishing, 2022, pp. 437 ss.

[3] ALLEGREZZA, Silvia; MOSNA, Anna. Cross-Border Criminal Evidence and the Future of European Public Prosecutor. One Step Back on Mutual Recognition? In: BACHMAIER WINTER, Lorena (a cura di). *The European Public Prosecutor's Office*: *The Challenges Ahead*. Springer, 2018, p. 142 ss.; MANGIARACINA, Annalisa. Dalle indagini all'ammissione della prova in giudizio. In: DI PAOLO, Gabriella; PRESSACO, Luca; BELFIORE, Rosanna; RAFARACI, Tommaso (a cura di). *L'attuazione della Procura Europea. I Nuovi Assetti Dello Spazio Europeo Di Libertà, Sicurezza E Giustizia*, 2022, p. 214.

Europol.[4] Ben lontani, dunque, dal modello di integrazione verticale puro originariamente auspicato, il testo finale del Regolamento non ha realizzato alcuna "microcodificazione di diritto processuale penale",[5] lasciando ampi margini al coordinamento con le norme processuali nazionali.

Il dibattito sulla predisposizione di spazi di natura negoziale nell'attività della Procura ha seguito lo stesso decorso. Dopo una prima – fallimentare – proposta della Commissione relativa all'introduzione di uno schema transattivo, l'articolo 40 del Regolamento oggi consente, all'esito delle indagini, di ricorrere a "procedure semplificate di azione penale", volte alla chiusura definitiva del caso sulla base di termini convenuti con l'indagato.[6] La norma esprime chiaramente l'intenzione di dare rilevanza agli istituti di *diversion,* in funzione di "terza via" nel classico binario tra azione e inazione alla fine della fase preliminare. Al contempo, il rimando alla legislazione nazionale per l'individuazione di tali meccanismi alternativi conferma la riluttanza del legislatore europeo nel dettare una linea unitaria in materia.[7]

Sulla portata e impatto potenziali della disposizione si sono registrate autorevoli opinioni discordanti. Se per alcuni la previsione *è frutto di* un "buon compromesso" tra le diverse istanze fronteggiatesi nel corso delle negoziazioni;[8] altri in dottrina si sono attestati su posizioni ben più critiche, in un senso o nell'altro. Taluni, infatti, hanno visto nell'inclusione di meccanismi negoziali nel sistema EPPO la spia di un

---

4 PRESSACCO, Luca. Indagini e promovimento dell'azione penale del pubblico ministero europeo. *Riv. It. Dir. Proc. Pen*., 4, 2021, p. 1355.

5 ALLEGREZZA. *Verso Una Procura Europea*, cit., p. 5.

6 Si deve infatti sottolineare che la chiusura del caso *ex* art. 40 Reg. EPPO sia idonea a precludere un nuovo esercizio dell'azione penale secondo l'accezione europea del principio del *ne bis in idem*, così come delineata nella sentenza della CGUE, 11 febbraio 2003, *Procedimenti penali a carico di Hüseyin Gözütok e Klaus Brügge,* Cause riunite C-187/01 e C-385/01.

7 CAIANIELLO, Michele. Azione penale (e inazione) del pubblico ministero europeo. In: DI PAOLO, Gabriella; PRESSACCO, Luca; BELFIORE, Rosanna; RAFARACI, Tommaso (a cura di). *L'attuazione della Procura Europea. I Nuovi Assetti Dello Spazio Europeo Di Libertà, Sicurezza E Giustizia*, 2022, p. 197.

8 BRODOWSKI, Dominik. Article 40. Simplified Prosecution Procedures. In: HERRNFELD, Hans-Holger; BRODOWSKI, Dominik; BURCHARD, Christopher. *European Public Prosecutor's Office: Article-by-Article Commentary*, Bloomsbury Publishing, 2020, p. 379.

impianto smisuratamente votato agli obiettivi di efficienza, a scapito della tutela delle vittime.[9] Altri, all'opposto, hanno censurato la mancanza di una disciplina unitaria sul punto, sottolineando il rischio di frammentarietà – e di conseguenza, inefficienza – nella gestione nazionale dei casi di competenza della Procura.[10]

A pochi anni dall'entrata in funzione dell'Ufficio, sarebbe ancora oggi prematuro tirare delle conclusioni definitive sul (mancato) successo delle procedure semplificate nella prassi dell'EPPO. Tuttavia, delle osservazioni preliminari possono forse essere avanzate. Chi preconizzava uno sviluppo incontrollato delle pratiche negoziali da parte della Procura, in nome dell'efficienza, sarà forse rimasto deluso. I dati statistici disponibili restituiscono infatti un quadro piuttosto disomogeneo sul ricorso a procedure semplificate: salvo alcuni esempi di segno opposto, come quelli di Francia e Spagna, l'impiego di tali dispositivi appare complessivamente irrisorio, o quantomeno, non pienamente valorizzato rispetto al numero di azioni penali "ordinarie" esercitate dall'Ufficio.[11]

Se non si può certo parlare di fallimento, vale forse tuttavia la pena di interrogarsi sulle possibili ragioni di tale fenomeno. È pur vero che il caso dell'EPPO, istituzione fisiologicamente legata alla lotta alla criminalità

---

[9] WADE, Marianne L. The EPPO and the pitfalls of actuarial justice. *Maastricht J. Eur. Comp. Law*, 28, 2, 2021, p. 265.

[10] LUPÀRIA DONATI, Luca; DELLA TORRE, Jacopo. Profili dell'azione penale (e dell'inazione) nel sistema della Procura europea. *Riv. It. Dir. Proc. Pen*., 2, 2023.

[11] Analizzando i dati riferiti nei rapporti annuali di EPPO, la percentuale di azioni semplificate sul numero complessivo di casi definiti nel corso dell'anno (con azioni penali ordinarie, archiviazioni, rinvii alle autorità nazionali) è stata del 7,57% nel 2022, del 11,48% nel 2023; del 10,11% nel 2024. Prendendo ad esempio il solo anno 2024, alcuni Paesi (ad esempio, Austria, Croazia, Finlandia, Grecia) non hanno esercitato alcuna azione semplificata, mentre altri (Lituania, Romania, Spagna, Francia) si sono distinti per l'ampio ricorso alla procedura. Per i dati, si vedano i rapporti annuali pubblicati dall'Ufficio centrale della Procura europea: EPPO, *Annual report 2024*, Disponibile in: < https://www.eppo.europa.eu/assets/annual-report-2024/pdfs/EPPO_Annual_Report_2024_en.pdf>. Accesso in: 1.09.2025; EPPO, *Annual report 2023*, Disponibile in: < https://www.eppo.europa.eu/sites/default/files/2024-03/EPPO_Annual_Report_2023.pdf>. Accesso in: 1.09.2025; EPPO, *Annual report 2022*, Disponibile in: < https://www.eppo.europa.eu/sites/default/files/2023-02/EPPO_2022_Annual_Report_EN_WEB.pdf>. Accesso in: 1.09.2025.

economica, sembra rappresentare un esempio in controtendenza rispetto alla consueta gestione dei procedimenti in questo ambito. Da tempo, difatti, l'uso di strumenti negoziali a contenuto riparativo si è affermato anche in ambito transnazionale nell'amministrazione del crimine legato all'attività imprenditoriale.[12]

Nello scenario tratteggiato, il presente contributo si propone di analizzare i limiti della giustizia negoziale nel sistema in cui opera Procura europea, andando alla ricerca di possibili criticità sul piano applicativo, nonché di margini di ampliamento per il ricorso alle procedure semplificate. Con questo obiettivo, la disamina procederà come di seguito.

In prima battuta, verranno chiarite le coordinate teoriche dell'indagine, delineando il retroterra giuridico che ha portato all'introduzione della "procedura semplificata di azione penale", e tentando così di posizionare l'istituto all'interno del più ampio paradigma della giustizia negoziale europea. Disegnato l'orizzonte dogmatico dell'analisi, il focus si sposterà sul piano concreto, andando a verificare come sono applicati gli istituti che, all'interno di alcuni Stati membri selezionati (Italia, Spagna, Francia e Germania), sono stati considerati compatibili con i requisiti enucleati nell'art. 40. Come già evidenziato infatti, nel sistema multilivello in cui opera la Procura europea, l'analisi delle pratiche nazionali appare il punto di osservazione indefettibile per esaminare potenziali problematiche nell'uso degli istituti negoziali in questo specifico settore. Nella disamina verranno utilizzati alcuni dati raccolti, tramite interviste a PED operanti degli Stati membri interessati dall'analisi, nell'ambito del progetto PRIN "*EPPITALY*",[13] i cui risultati saranno oggetto di pubblicazione ad inizio 2026.

Le criticità rilevate informeranno l'ultimo momento dell'indagine, volto alla determinazione dei limiti normativi dei dispositivi negoziali che vedono coinvolto il pubblico ministero europeo. Prendendo in considerazione le ultime linee guida del Collegio in materia, nonché gli

---

[12] RUGGIERI, Francesca. Reati nell'attività imprenditoriale e logica negoziale. Procedimenti per reati di impresa a carico di persone ed enti tra sinergie e conflitti. In: *Criminalità d'impresa e giustizia negoziata: esperienze a confronto*. Milano: Giuffrè, 2017, p. 73. Per alcuni esempi, si veda *infra*, nota 29.

[13] EPPITALY. Enforcing the EPPO in Italy: An empirical study. Disponibile in: <https://site.unibo.it/eppitaly/en/project>. Accesso in: 09.09.2025.

obiettivi complessivi della nuova istituzione, si andrà alla ricerca del punto di equilibrio tra logiche negoziali e di efficienza e le opposte esigenze nella giustizia penale europea.

1. L'incerto inquadramento art. 40 Reg. EPPO nel paradigma della giustizia negoziale europea

Per valutare se il ricorso alle azioni semplificate sia correttamente valorizzato nella prassi attuale, appare utile evidenziare, quale punto di partenza, il contesto culturale che fa da sfondo all'istituto, così da verificare se lo si possa inquadrare nel più ampio movimento della "giustizia negoziale europea". Questo passaggio è strumentale ad individuare, con più precisione, gli obiettivi che dovrebbero informare l'attuazione del meccanismo della procedura semplificata, nonché ispirarne gli sviluppi applicativi.

Per comprendere se il dispositivo dell'art. 40 del Regolamento si inserisca nel più generale fenomeno della negozialità europea, occorre partire da un'interpretazione storica della norma. Come anticipato, la proposta del 2013 della Commissione si faceva carico di una linea ben definita sul punto, ambendo ad introdurre un "istituto consensuale europeo" denominato "compromesso" (*transaction*, in inglese).[14] L'art. 29 del documento stabiliva infatti che, qualora mancassero i presupposti per l'archiviazione, il pubblico ministero europeo avrebbe potuto – una volta risarcito il danno – proporre all'indagato l'ulteriore pagamento di una somma pecuniaria quale condizione per la conclusione definitiva del caso. La proposta, che pur riprendeva le soluzioni delineate nel *Corpus Juris* e nel Libro verde del 2001, raccolse le reazioni negative delle delegazioni di diversi Stati membri, specie quelli che non prevedevano simili congegni a livello interno.[15]

Ancora una volta, fu possibile aggirare le resistenze nazionali inserendo nella disposizione di riferimento un importante rinvio alle rispettive discipline domestiche. Venne così introdotta la fattispecie

[14] Per una ricostruzione della vicenda legislativa, cfr. LUPÀRIA-DONATI; DELLA TORRE. Profili dell'azione penale, cit., pp. 375 ss.

[15] In proposito, si veda il documento del Consiglio UE, 6813/1/15, 2.3.2015, p. 3.

di "procedura semplificata di azione penale", provvista, da un lato, di autonomia nel diritto dell'Unione,[16] e, dall'altro, adatta, per la sua genericità, a combinarsi con diversi strumenti di *diversion*, benché non necessariamente a contenuto transattivo.

Se il concetto di procedura semplificata resta piuttosto indefinito in sé, la relativa disciplina – così come oggi contenuta nel testo definitivo dell'art. 40, letto in combinato disposto con il considerando n. 82 – appare piuttosto particolareggiata sul piano procedurale. L'iniziativa appartiene al procuratore europeo delegato (PED) che, all'esito delle indagini, può decidere di percorrere la strada della procedura semplificata, scartando al contempo le ipotesi dell'archiviazione e dell'esercizio dell'azione penale "ordinaria" (art. 35, Reg. EPPO). Tale determinazione viene sottoposta al vaglio della Camera permanente per il tramite del Procuratore europeo nazionale, che presenta la relazione del PED sul caso, eventualmente accompagnata dalle proprie osservazioni. Il secondo paragrafo dell'art. 40 chiarisce i criteri dello scrutinio attribuito alla Camera permanente. In particolare, essa deve esaminare la possibilità di ricorrere alla azione semplificata tenendo in considerazione: a) la gravità del reato, sulla base del danno arrecato; b) la volontà dell'indagato di riparare il danno causato dalla condotta illecita; c) la conformità dell'uso della procedura agli obiettivi generali e ai principi generali dell'EPPO. Se la verifica dà esito positivo a livello centrale, il procuratore delegato può procedere con la definizione anticipata del procedimento, che si concretizza nello specifico attraverso l'applicazione della disciplina nazionale prevista nell'ordinamento coinvolto dalle indagini del procuratore europeo.[17]

Rispetto alla possibilità di inquadrare l'azione semplificata nel paradigma della negozialità europea, è curioso osservare come la genesi della disciplina abbia seguito l'andamento evolutivo di altri schemi dispositivi a livello nazionale (alcuni dei quali saranno l'oggetto di analisi nel paragrafo seguente). Per quanto i contorni della nozione di "giustizia

[16] BRODOWSKI. Article 40., cit., p. 375.

[17] Con l'intenzione di garantire la trasparenza e l'uniforme applicazione delle procedure accelerate, il Collegio ha recentemente emanato delle linee guida sull'applicabilità dello strumento, su cui ci si soffermerà oltre, v. *infra,* §3.

negoziale" siano notoriamente sfuggenti,[18] specie nell'interazione con altre vicine figure come la giustizia consensuale o riparativa, l'impiego di tale categoria nell'analisi dell'art. 40 Reg. EPPO consentirebbe di metterne meglio a fuoco le radici ispiratrici nei sistemi processuali continentali.

La definizione prevalente di giustizia negoziale in ambito europeo fa leva sulla presenza di un "mercanteggiare" e di un "accordarsi", frutto di reciproche concessioni tra parti opposte, al fine del raggiungimento di un'intesa sull'epilogo, necessariamente sanzionatorio, che eviti la celebrazione integrale del processo.[19] In questo senso, i meccanismi negoziali rientrano nella più ampia categoria della *diversion*, che abbraccia tutti quegli strumenti votati alla fuga dall'accertamento penale classico;[20] diversamente, non sempre ad essi vanno accostati quelli riparativi. Rispetto a quest'ultimi, infatti, gli schemi negoziali si contraddistinguono per logiche marcatamente efficientistiche che premiano esclusivamente, sul piano sanzionatorio, la mancata celebrazione di un processo,[21] a prescindere da qualsiasi contatto conciliativo tra autore e vittima.[22] Ancora, la giustizia negoziale andrebbe distinta da quella meramente consensuale che, pur facendo leva sulla volontà di (almeno una delle) parti, non prevede una fase preliminare di negoziazione.[23] La strada alternativa al procedimento viene presa dunque per libera scelta di una delle parti in gioco (come avviene, ad esempio, nel caso del rito abbreviato

---

[18] DELLA TORRE, Jacopo. *La Giustizia Negoziale in Europa:* Miti, realtà e prospettive. Milano: Wolters Kluwer-CEDAM, 2019, p. 7.

[19] TULKENS, Françoise. Una giustizia negoziata?. In: CHIAVARIO, Mario (a cura di). *Procedure penali d'Europa*. Padova: CEDAM, 2001, p. 620; GLESS, Sabine; ZURKINDEN, Nadine. Negotiated Justice–Balancing Efficiency and Procedural Safeguards. In: LIGETI, Katalin; FRANSSEN, Vanessa (a cura di). *Challenges in the Field of Economic and Financial Crime in Europe and the US*. Oxford: Hart Publishing, 2017, p. 119.

[20] CIAVOLA, Agata. *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*. Torino: Giappicchelli, 2010, p. 41, nota 178.

[21] DONINI, Massimo. Compliance, negozialità e riparazione dell'offesa nei reati economici. Il delitto riparato oltre la restorative justice. In: *Criminalità d'impresa e giustizia negoziata: esperienze a confronto*. Milano: Giuffrè, 2017, p. 32.

[22] Ibid, p. 45; EUSEBI, Luciano. Profili della finalità conciliativa nel diritto penale. In: DOLCINI, Emilio; PALIERO, Carlo Enrico (a cura di). *Studi in onore di Giorgio Marinucci*. Milano: Giuffrè, 2006, pp. 1122-1123.

[23] DELLA TORRE. *La Giustizia Negoziale in Europa*, cit., p. 8.

o dell'oblazione, entrambi ad appannaggio dell'imputato in Italia), o sulla base dello schema del "contratto per adesione", costruito sulla base di un'offerta secca dell'autorità all'accusato che la può rifiutare o accettare, senza però poterla negoziare sul *quantum*.[24] Bisogna altresì considerare che la labile distinzione tra dispositivi consensuali e negoziali si gioca spesso sul piano della prassi. Infatti, alcuni meccanismi – quali il *plaider coupable* e la *conformidad* – potrebbero dirsi formalmente consensuali, in quanto è la volontà di solo una delle parti a determinare lo scostamento dai binari ordinari del procedimento. Come vedremo, tuttavia, tale scelta è, in realtà, sempre preceduta da vere e proprie negoziazioni con la controparte.

I meccanismi negoziali hanno altresì trovato un terreno particolarmente fertile nel campo della giustizia contro gli enti, ambito in cui assumono però una funzione marcatamente riparativa e specialpreventiva. In un settore in cui il disvalore sociale del fatto è talvolta meno sentito,[25] così come il ruolo della "vittima" (spesso non identificabile in quanto persona fisica),[26] si è assistito sul piano sostanziale ad un progressivo abbandono della tradizionale visione retributiva della pena a vantaggio di risposte sanzionatorie che fossero anche *utili*, specie in ottica di riparazione dell'offesa.[27] Sul piano processuale, invece, la tendenza è stata quella di una fuga dal dibattimento – potenzialmente lungo, costoso, e dall'esito incerto per l'accusa.[28] In alternativa al processo, sono dunque proliferati in diversi Paesi dispositivi che consentono all'impresa incolpata di fuoriuscire (almeno provvisoriamente) dal circuito giudiziario attraverso l'assunzione di obblighi riparativi e di *compliance*.[29]

---

[24] TULKENS, op. cit., p. 621; DELLA TORRE, *La Giustizia Negoziale in Europa*, cit., pp. 8-9.

[25] RUGGIERI, op. cit., p. 56.

[26] DONINI, op. cit., p. 42.

[27] MANTOVANI, Marco; CAIANIELLO, Michele. L'irruzione della negozialità nel sistema penale. *Ind. Pen.*, 2002, pp. 1197 ss.

[28] Ibid., p. 1196.

[29] GARRETT, Brandon. *Too Big Too Fail:* How Prosecutors Compromise with Corporations. Cambridge: Harward University Press, 2014; MAZZACUVA, Federico. Justifications and Purposes of Negotiated Justice for Corporate Offenders: Deferred and Non-Prosecution Agreements in the UK and US Systems of Criminal Justice. *JCL*, 78, 3, p. 249, 2014; GARAPON, Antoine; MIGNON COLOMBET, Astrid. D'un droit défensif à un droit coopératif: la nécessaire réforme de notre

Ad ogni modo, le ambiguità che ancora interessano l'idea di giustizia negoziale europea sono forse conseguenza delle modalità di emersione dei relativi istituti negli ordinamenti nazionali. In quelli di matrice continentale, non di rado improntati al (o comunque influenzati dal) rispetto del principio di legalità nell'esercizio dell'azione, i meccanismi di definizione alternativa dei procedimenti sono spesso affiorati dalla prassi degli operatori, posti di fronte ad un carico di lavoro crescente a scapito della perdurante scarsità di risorse.[30] Sebbene tali consuetudini vengano siano spesso state successivamente positivizzate dal legislatore, difficilmente quest'ultimo si trova a dare esplicita regolamentazione all'elemento connotante di simili congegni – la negoziazione tra parti – stante la sua riluttanza a legittimare modelli di giustizia diversi da quello "stato-centrico".[31] La dimensione dello scambio, anche di natura spiccatamente monetaria, rimane dunque relegata al dominio dell'informalità.

Una dinamica simile a quella finora sviluppatasi a livello nazionale, sembra essersi riprodotta con il Regolamento EPPO, che ha dato vita al primo meccanismo negoziale sovranazionale europeo.

Le delegazioni degli Stati membri si sono difatti opposte ad una soluzione che avrebbe implicato il riconoscimento esplicito di uno strumento di natura transattiva, dal contenuto squisitamente economico. Si è pertanto preferita una previsione che non menzionasse la dinamica negoziale, così da potersi adattare anche a forme di giustizia meramente consensuale.[32]

---

justice pénale des affaires. *RIDE*, 2, p. 197, 2015; RUGGIERO, Rosa Anna. Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti. Torino: Giappicchelli, 2018; POGGI D'ANGELO, Marina. *La Proteiforme Riparazione dell'Offesa nei Reati Economici: Spunti Comparatistici con il Sistema Francese*. Disponibile in: <https://www.penaledp.it/la-proteiforme-riparazione-delloffesa-nei-reati-economici-spunti-comparatistici-con-il-sistema-francese/?print-posts=pdf>. Accesso in: 31.08.2025; BUSTOS RUBIO, Miguel. La regularización del fraude contra la seguridad social en España: un ejemplo de comportamiento postdelictivo. *Dir. Pen. Cont.,* 4, p. 251, 2017.

30 Sull'incidenza della prassi nella giustizia negoziale europea, v. DELLA TORRE, cit., pp. 35 ss.

31 Ibid., p. 38.

32 L'art. 40 parla, infatti, di "termini convenuti" con l'indagato, non escludendo che la conclusione del procedimento avvenga sulla base di una proposta confezionata unilateralmente dall'accusa e meramente accettata dalla difesa.

Ciò non significa affatto, tuttavia, che la procedura semplificata di azione penale vada estromessa dal paradigma della giustizia negoziale europea. Come si è detto, infatti, diversi congegni della stessa natura non prevedevano, a livello nazionale, una regolamentazione dei rapporti tra le parti anteriormente al raggiungimento dell'accordo; eppure, l'interpretazione in senso "negoziale" degli istituti coinvolti ha spesso prevalso nella prassi. Non è da escludere che l'art. 40 Reg. EPPO possa seguire la medesima parabola di sviluppo.

Guardando al finora moderato, o almeno frammentario, ricorso alla procedura semplificata, è possibile ipotizzare che il più timido approccio prevalso nel testo finale della norma abbia contribuito a metterne in ombra l'anima prettamente negoziale, soprattutto in relazione alla *ratio* più economico-efficientistica. Nella prospettiva, infatti, di alcuni ordinamenti, adottare una prospettiva eccessivamente "mercantilistica" nell'interpretazione dell'istituto europeo potrebbe addirittura risultare inappropriato, sotto il profilo della politica criminale, in relazione alla gravità dei reati commessi e dei proventi illeciti acquisiti.[33]

Sebbene non si possa escludere che l'impiego dell'azione semplificata sia destinato a crescere in futuro – come già accaduto in passato per le analoghe figure nazionali – uno sguardo alle regole nazionali applicabili può contribuire ad individuare, sotto il profilo della prassi, ulteriori criticità che siano da ostacolo ad una sua più vasta applicazione.

2. Una ricognizione comparata sulle procedure semplificate: tra archiviazioni condizionate e patteggiamenti

Per la sua genericità, la nozione autonoma di azione semplificata è adatta ad inglobare diverse figure di natura negoziale e consensuale; tuttavia, l'art. 35 Reg. EPPO ne restringe notevolmente l'ambito attuativo da un punto di vista diacronico, permettendone l'utilizzo solo nel contesto della scelta tra azione e inazione. Resterebbero dunque fuori tutti i meccanismi destinati ad essere applicati nella fase del giudizio: in questo senso, la norma eurounitaria, stando alla sua formulazione,

[33] Su questo, si veda *infra,* §2.4.

sembra attagliarsi massimamente alle archiviazioni condizionate, che molto successo hanno riscosso in vari Paesi europei.[34]

Si deve tuttavia riconoscere come, nei primi anni di operatività della Procura europea, i dispositivi impiegati come azioni semplificate siano risultati piuttosto vari, non solo sul piano meramente normativo, il che è scontato, quanto su quello del rispettivo inquadramento dogmatico. Tenendo conto di questa diversità, verranno analizzati gli strumenti che in alcuni Stati membri selezionati – Italia, Spagna, Francia, Germania – sono stati utilizzati in attuazione dell'art. 40 Reg. EPPO. L'obiettivo non è certo quello di elaborarne una descrizione minuziosa, quanto di offrirne una sintesi che ne colga le linee fondamentali, al fine di esaminarli nella loro interazione con la normativa UE.

Sul piano metodologico, non si nascondono le limitazioni di un approccio che valorizzi, *in primis*, il dato normativo nazionale quale fattore di incidenza sull'applicazione delle procedure semplificate da parte della Procura europea. Diverse ed eterogenee, infatti, possono essere le cause che, nella prassi, influenzano le scelte discrezionali dei procuratori delegati in relazione alle modalità di esercizio dell'azione penale.[35] Sul piano culturale, ad esempio, la dottrina comparatistica ha registrato in passato una generale ritrosia dei sistemi continentali al recepimento dei meccanismi negoziali.[36] Nel tempo, tuttavia, la trasposizione di tali

---

[34] DELLA TORRE. *La Giustizia Negoziale in Europa*, cit., p. 589; CAIANIELLO. Azione penale (e inazione), cit., p. 197.

[35] Per una panoramica, a livello comparato, dei fattori che incidono sulle scelte degli organi di accusa di ricorrere a meccanismi negoziali quali il *plea bargain*, si rinvia a LANGER, Máximo. Plea Bargaining, Conviction Without Trial, and the Global Administratization of Criminal Convictions. *Annu. Rev. Criminol.*, 4, p. 1.1., 2021.

[36] Ciò è dovuto, in particolare, al valore attribuito al principio di legalità, alla ricerca della verità materiale, nonché alle funzioni di accertamento del giudice penale. Si rinvia, sul tema, a HOGDSON, Jacqueline. Plea Bargaining: A Comparative Analysis. In: WRIGHT, James D. *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*. Oxford: Elsevier, 2015, pp. 226–231.Un simile fenomeno si evidenzia altresì in Paesi non europei, ma di stampo continentale, come il Brasile, v. VASCONCELLOS, Vinicius G. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

strumenti negli ordinamenti europei ha suscitato approcci differenziati,[37] difficili da ricondurre ad una sintesi unitaria.

Al netto di tale frammentazione, una ricerca empirica di così ampio respiro, che dia conto di tutte le variabili in gioco nella scelta delle azioni semplificate a livello nazionale, si pone al di fuori dell'ambito del presente studio.[38] La pluralità di ordinamenti coinvolti renderebbe, infatti, particolarmente ardua l'opera di generalizzazione delle soluzioni proposte in un sistema giuridico multilivello come quello in cui si muove la Procura europea.

Occorre dunque partire dal dato normativo, che rimane un solido termine di comparazione.[39] D'altro canto, le interviste svolte hanno restituito una tendenza comune: il contesto legislativo di riferimento (e in particolare, le sue limitazioni) sembra emergere come primo fattore di condizionamento nella scelta di ricorrere alle procedure semplificate. Diversamente, forse, non potrebbe essere, considerato il peso attribuito dallo stesso Regolamento EPPO alle legislazioni nazionali. Alla luce di tali considerazioni, appare utile, almeno come punto di partenza per un'analisi da sviluppare con ricerche future, partire proprio dalla disanima dei quadri normativi di riferimento.

---

[37] Sottolineano, ad esempio, la differenza di approccio dei sistemi continentali rispetto all'istituto negoziale per eccellenza, il *plea bargain*, BACHMAIER WINTER, Lorena. *Quo vadis*, negotiated justice? A success story or a coercion model? In: LANGER, Máximo; MCCONVILLE, Mike; MARSCH, Luke. *Research handbook on Plea Bargain and Criminal Justice*. Cheltenham: 2024, pp. 539, 545-548; LANGER, Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. *Harv. Int'l L.J.*, 45, 1, pp. 62-63, 2004.

[38] Sulle difficoltà (o impossibilità) di condurre una ricerca empirica di questo tipo, si veda ancora LANGER. Plea Bargaining, cit., pp. 1.9, 1.11.

[39] Questo è, ad esempio, l'approccio seguito in THAMAN, Stephen C. Plea-Bargaining, Negotiating Confessions and Consensual Resolution of Criminal Cases. In: BOELE-WOELKI, Katharina; VAN ERP, J.H..M. *General Reports of the XVIIth Congress of the International Academy of Comparative Law – Rapports généraux du XVIIe Congrès de l'Académie Internationale de Droit Comparé*. Bruxelles-Utrecht: Bruylant-Eleven, 2007, pp. 951-1011.

2.1. Il patteggiamento italiano

Secondo i dati forniti dall'EPPO, l'Italia è il Paese più prolifico quando si parla di perseguimento di reati PIF ad opera della Procura europea. A fronte di più di 104 azioni penali esercitate nel 2024, il ricorso alla procedura semplificata è stato attivato in solo 14 casi. Tale numero certo non è privo di rilevanza; tuttavia, è indiscutibile che, stando ai numeri, quella di procedere per le vie ordinarie sembra la scelta di gran lunga preferita tra i PED italiani. Si deve, comunque, riconoscere che i dati riferiti vanno soppesati con una certa cautela, in quanto non può dirsi che essi siano in grado di raffigurare in maniera precisa i casi di ricorso alle procedure alternative nelle regiudicande EPPO in Italia. Detto altrimenti, qualche azione semplificata dell'EPPO potrebbe essere sfuggita al monitoraggio.

La ragione di questo *caveat* è basata sul fatto che il legislatore nazionale non si è occupato di individuare gli istituti interni attraverso i quali l'art. 40 Reg. EPPO può trovare attuazione. Questa scelta, a sua volta, ha realisticamente prodotto una difformità di vedute e di prassi (da cui pare realistico inferire una conseguente mancanza di precisione sui dati).

Per quanto il patteggiamento appaia come il meccanismo negoziale per eccellenza nell'ordinamento italiano, alcuni hanno fin da subito dubitato della sua eleggibilità quale procedura semplificata ai sensi del regolamento, sotto due diversi profili.

In primo luogo, da punto di vista "cronologico", il patteggiamento sarebbe configurabile come azione semplificata solo se ratificato dal giudice già in sede di indagini, cioè prima dell'esercizio dell'azione penale "ordinaria". L'accordo con cui il pubblico ministero e l'indagato/imputato si accordano sulla pena da applicare al fatto contestato (scontata fino a un terzo), può infatti intervenire già nella fase delle indagini preliminari, ovvero dopo l'esercizio dell'azione in udienza preliminare (o ancora, in udienza predibattimentale nelle ipotesi di reati di competenza del giudice monocratico). In quest'ultima ipotesi, il PED che abbia già esercitato l'azione ordinaria ai sensi dell'art. 35 Reg. EPPO si sarebbe già precluso la possibilità di procedere in via semplificata.[40]

[40] Così sostenuto da uno dei PED italiani intervistati e, in dottrina, da LOMBARDI, Filippo. La Procura europea, op. cit., p. 939.

In secondo luogo, alcuni interpreti sottolineano il fatto che il patteggiamento italiano, in quanto tale, prevede esclusivamente un'intesa sulla pena, ma non necessariamente l'obbligo di riparare l'offesa.[41] Tale elemento, di per sé menzionato nell'art. 40 Reg. EPPO, troverebbe riscontro nella disciplina interna solo quando al trattamento sanzionatorio richiesto *ex* art. 444 c.p.p. si affianchi una statuizione di sospensione condizionale della pena subordinata all'obbligo di risarcimento ex art. 165 c.p.p.; ovvero si tratti di un patteggiamento per reati contro la pubblica amministrazione, in cui in cui l'accesso al rito è subordinato alla riparazione integrale del prezzo o del profitto del reato; o ancora quando il patteggiamento riguardi reati tributari *ex* art. 13-bis d. lgs. 74/2000.[42] Seguendo questa impostazione, nei procedimenti contro gli enti sarebbe inoltre possibile ipotizzare un patteggiamento con annessa riparazione qualora l'imputato faccia valere il comportamento risarcitorio dell'impresa ai sensi dell'art. 17 del d. lgs. 231 del 2001. La norma permette infatti all'ente di evitare l'applicazione di sanzioni interdittive se, prima dell'apertura del dibattimento di primo grado, questo abbia risarcito integralmente il danno ed eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato. Sebbene il decreto legislativo non regoli il rapporto tra l'imputato ed ente incolpato, nella prassi è spesso la società a garantire il risarcimento del danno prima che si concluda il processo a carico della persona fisica.[43] Avvalendosi di questa possibilità,

---

[41] PALMIERI, Luigi. *La procura europea. Struttura e legittimazione dell'ufficio. Adeguamento ordinamento nazionale e diritti della difesa*. Wolters Kluwer-CEDAM, 2024, p. 142; LOMBARDI, Filippo. La Procura europea, op. cit., p. 939.

[42] DE AMICIS, Gaetano. *"Competenza" e Funzionamento della Procura Europea nella Cognizione del Giudice*, p. 32. Disponibile in: < https://www.lalegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2022/01/de-amicis_relazioni.pdf>. Accesso in: 31.08.2015; PALMIERI, op. cit., p. 143; LOMBARDI, Filippo. La Procura europea, op. cit., p. 939. Secondo quest'ultimo autore, bisognerebbe inoltre considerare che la riconducibilità all'art. 40 Reg. EPPO del patteggiamento subordinato all'obbligo di risarcimento *ex* art. 165 c.p. non sia affatto certa; per tale evenienza, infatti, sarebbe necessaria l'avvenuta costituzione della parte civile e, dunque, l'avvenuto esercizio dell'azione penale nelle forme ordinarie.

[43] RUGGIERI, op. cit., p. 63.

il patteggiamento dell'indagato potrebbe assumere la forma dell'azione semplificata facendo propria la condotta riparativa dell'ente.[44]

Su entrambi i fronti, tuttavia, gli approcci esegetici proposti appaiono alquanto restrittivi se posti a raffronto sia con la formulazione, sia con la *ratio*, della norma eurounitaria. Da un lato, guardando ai limiti temporali dell'art. 40 Reg. EPPO, si deve riconoscere che un'interpretazione letterale della disposizione non consentirebbe di concludere un patteggiamento in udienza preliminare o predibattimentale, essendo l'azione già esercitata nelle forme ordinarie. Tuttavia, è anche vero che l'esegesi teleologica potrebbe dare fondamento ad un approccio contrario, che merita di essere sposato. Se, infatti, l'obiettivo ultimo dell'istituto UE è quello di pervenire alla sanzione evitando il dibattimento, tale *ratio* sembrerebbe comunque soddisfatta con un patteggiamento in udienza preliminare o predibattimentale. Non si ignora che, anche in preparazione di tali udienze, il pubblico ministero debba svolgere importanti adempimenti, quali la notifica dell'avviso di conclusione delle indagini, l'eventuale interrogatorio, e soprattutto la richiesta di rinvio a giudizio; cionondimeno, anche in tal caso, il dispendio di risorse non appare paragonabile a quello richiesto per affrontare il dibattimento, nell'incertezza di ottenere una condanna.

Dall'altro lato, sarebbe invece l'approccio meramente letterale alla disposizione a sconfessare la tesi dell'esclusione del patteggiamento dall'ambito applicativo delle procedure semplificate, in ragione dell'assenza (salvo le ipotesi menzionate) di obblighi riparativi per l'indagato/imputato. Rimanendo aderenti alla formulazione dell'art. 40 Reg. EPPO, infatti, appare ragionevole sostenere che l'assunzione di prestazioni riparative non costituisca un requisito necessario dell'accordo ai sensi dell'art. 40, ma mero criterio attraverso il quale la Camera permanente possa valutare la meritevolezza di una chiusura anticipata del procedimento.[45] Sebbene

---

[44] Sull'applicabilità del d.lgs. 231/2001 ai procedimenti EPPO, v. SCARCELLA, Alessio. Applicabile anche all'ente il Regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio, del 12 ottobre 2017, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione di una procura europea («EPPO»)?, *Resp. amm. soc. enti*, 1, 2018, p. 167.

[45] Nel paragrafo 1 dell'art. 40 si fa riferimento, infatti, solo ai "termini convenuti" con l'indagato, che appare dunque l'unico requisito da rispettare per

la presenza di obblighi risarcitori, come vedremo di seguito,[46] appaia più in linea con la genesi dell'istituto europeo e dovrebbe essere valorizzata nell'ottica di un suo maggior utilizzo nella prassi, non è da escludere che anche schemi negoziali nazionali privi di questo elemento possano giocare un ruolo importante nella gestione dei casi per l'EPPO.

Ad ogni modo, e a discapito gli approcci esegetici più rigidi, gli uffici della Procura europea in Italia non hanno avuto remore nell'applicare il patteggiamento quale rito attuativo dell'art. 40 Reg. EPPO, insieme ad istituti più lontani dal paradigma negoziale.[47] Alcuni procedimenti sono stati infatti definiti con decreto penale di condanna, un rito autoritativo ad iniziativa del pubblico ministero, o con giudizio abbreviato, attivabile invece sulla base del solo consenso dell'imputato.[48] In tali casi, tuttavia, la chiusura del fascicolo non sembra essere formalmente ricondotta dai PED al meccanismo dell'art. 40 Reg. EPPO.

---

pervenire alla "pronuncia del provvedimento definitivo nel caso". All'opposto, la "volontà dell'indagato di riparare il danno causato dalla condotta illecita" viene menzionata solo nel paragrafo 2 quale uno dei criteri, da non considerarsi cumulativamente, che la Camera permanente deve tenere in conto nell'approvare la proposta definitoria. La natura non tassativa dei canoni nominati al secondo paragrafo risulta anche dalle linee guida adottate in materia dal Collegio, che ha stabilito che la "gravità del reato" (lett. a) non dev'essere considerata *ab initio* un impedimento all'applicazione della procedura semplificata.

46 V. *infra,* §3.

47 Il ricorso al patteggiamento è emerso come dato costante in tutte le interviste condotte con PED italiani; l'utilizzo di altri riti alternativi, come l'abbreviato o il decreto penale di condanna, è invece emerso in modo più sporadico.

48 Se è pacifico poter escludere che il giudizio abbreviato possa rientrare nell'alveo delle azioni semplificate, in quanto prerogativa del solo imputato, delle considerazioni più sfumate potrebbero essere avanzate per il decreto penale di condanna. Sebbene questo rito alternativo costituisca uno degli esempi più evidenti di deviazione dal dibattimento *de autoritate*, non si può negare che in esso si innesti anche un elemento "consensuale", ravvisabile nell'acquiescenza dell'imputato alla pena definita nel decreto. Con la rinuncia all'opposizione, l'accettazione implicita della sanzione potrebbe forse valere ad integrare il presupposto dei "termini convenuti con l'indagato" per la pronuncia di un provvedimento definitivo ai sensi dell'art. 40 Reg. EPPO.

2.2. *La* **conformidad** *spagnola*

La Spagna rappresenta uno degli esempi in controtendenza all'esiguo ricorso alle procedure semplificate. Benché nell'anno 2024 si sia registrato un numero pari di azioni penali "ordinarie" e "semplificate", le seconde si riferiscono a procedimenti implicanti una stima ben più significativa di danni al bilancio dell'Unione.[49] Non è dato sapere se l'applicazione apparentemente più agile della procedura semplificata sia dovuta al pronto intervento del legislatore spagnolo, che nella *Ley Orgánica* di attuazione del Regolamento ha espressamente individuato la *conformidad* come unico istituto interno rientrante nell'ambito di applicazione dell'art. 40 Reg. EPPO.[50] In ogni caso, il dato sulle azioni semplificate sembra suggerire che l'istituto è valorizzato dalle procure anche in relazione a procedimenti dal valore "monetario" non irrilevante.

La *conformidad* si configura come un atto di carattere dispositivo con cui l'imputato dà il proprio consenso, vincolante per il tribunale, affinché gli venga inflitta la pena richiesta dalla parte accusatrice o, qualora vi fossero più accuse (ovverosia, da parte del pubblico ministero e dell'accusatore privato), necessariamente quella più grave tra quelle richieste.[51] L'ordinamento spagnolo contempla diverse specie di *conformidades*, regolate in modo frammentario nella *Ley de enjuiciamento criminal* (LECrim), a seconda della tipologia di procedimento penale in cui

---

[49] Con un numero pari di 8 azioni "ordinarie" e 8 semplificate, il valore economico dei procedimenti nel primo caso si è attestato intorno ai 13,57 milioni di euro, ai 40,5 milioni nel secondo. V. EPPO, *Annual report 2024*, cit., p. 56.

[50] V. art. 110 della *Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea*. «BOE» núm. 157, de 02/07/2021.

[51] CHOZAS ALONSO, José Manuel. La "Conformidad" en el Proceso Penal Español. In: CIENFUEGOS SALGADO, David; NATARÉN NANDAYAPA, Carlos F.; RÍOS ESPINOSA, Carlos (a cura di). *Temas de derecho procesal penal de México y España*. 2005, p. 326. Per una panoramica dell'istituto in lingua italiana, si v. anche DELLA TORRE. *La Giustizia Negoziale in Europa*, cit., pp. 225 ss.; QUATTROCOLO, Serena; LUACES GUTIÉRREZ, Ana Isabel. Conformidad e patteggiamento: spunti per un'analisi comparata tra Spagna e Italia. *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1, p. 341, 2005; MARCOLINI, Stefano. *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*. Milano: Giuffrè, 2005, pp. 58 ss.

trova applicazione.[52] Sebbene la forma più antica dell'istituto si inserisca nella disciplina del *proceso ordinario* (artt. 655, 688.2-700 LECrim), quella più rilevante – e notevolmente potenziata con alcune riforme all'inizio degli anni Duemila[53] – è senza dubbio quella relativa al *proceso abreviado*, un rito alternativo che, a discapito del nome, è il maggiormente utilizzato nella prassi giudiziaria (nonché l'unico attivato nei procedimenti EPPO). In questo contesto, l'accusato può esprimere il proprio assenso alla pena già nella fase delle indagini preliminari con il *reconoscimiento de los hechos* davanti al *juez de la guardia* (cd. *conformidad premial*, artt. 779.1.5ª LECrim);[54] ovvero dopo l'esercizio dell'azione con l'*escrito de calificación de la defensa*, ai sensi del combinato disposto degli artt. 784.3 e 787 LECrim, o ancora al limine della prima udienza dibattimentale tramite confessione dell'imputato (art. 787 LECrim). Quest'ultima modalità è stata a lungo la più utilizzata nella prassi, sebbene non comportasse significativi vantaggi in termini di economia processuale: in questo caso, infatti, la *conformidad* interviene troppo a ridosso dell'inizio del dibattimento, ovvero quando si è già proceduto alla citazione dei testimoni. Con l'intento di correggere questo fenomeno, la *Ley de eficiencia del servicio público de justicia* del 2025[55] ha introdotto la possibilità di definire il procedimento tramite *conformidad* già in udienza preliminare (art. 787 ter LECrim). In aggiunta,

---

[52] Per una panoramica delle diverse forme di procedimento nell'ordinamento spagnolo, si veda GERACI, Rosa Maria. Il processo penale spagnolo: Caratteristiche e struttura. *Cass. Pen.*, 5-6, p. 2349, 2019; CHOZAS ALONSO, op. cit., pp. 326 ss.

[53] QUATTROCOLO; LUACES GUTIÉRREZ. Conformidad e patteggiamento, cit., p. 342.

[54] In questo caso, il riconoscimento dei fatti si configura come una specifica modalità di accesso alla *conformidad* "privilegiata" di cui all'art. 801 LECrim, normalmente applicata solo nei cd. giudizi rapidi (*juicios rápidos*), che vengono innescati in caso di flagranza o di istruttoria estremamente semplice. In questo scenario, che non sembra essere particolarmente rilevante per i procedimenti EPPO, l'indagato riconosce la propria responsabilità in ordine ai fatti oggetto del procedimento davanti al *juez de la guardia*, l'autorità giurisdizionale competente per la fase precautelare. Rispetto ad altre forme di *conformidad*, quella "privilegiata" o "premiale" è vista come maggiormente garantista, in quanto codifica espressamente l'ammontare dello sconto di pena (tre anni), non lasciando l'aspetto premiale in balia delle trattative informali tra accusa e difesa.

[55] *Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia.* «BOE» núm. 3.

per estendere il raggio di operatività del meccanismo consensuale, la legge ha abolito il limite che impediva di prestare la *conformidad* nei procedimenti per reati puniti con la pena della reclusione superiore a sei anni. Quest'ultimo intervento dovrebbe aver ulteriormente ampliato le possibilità di ricorrere all'azione semplificata in relazione ai reati di competenza EPPO.[56] È vero che l'art. 110 della *Ley Orgánica* di attuazione del regolamento, specificamente dedicato alla *conformidad*, non ha subito alcuna interpolazione con le recenti modifiche e continua pertanto a prevedere il limite edittale di sei anni. La questione è attualmente al vaglio dei giudici nazionali; tuttavia, secondo uno dei PED intervistati, lo sbarramento normativo dovrebbe essere venuto meno anche nell'ambito dei procedimenti EPPO.

Sebbene la LECrim attribuisca in via esclusiva alla difesa il potere di iniziativa sulla *conformidad*, quest'ultima è nella pratica sempre preceduta da trattative con l'accusa, che può dunque modulare i termini dell'imputazione al fine di ottenere l'assenso dell'imputato della pena. Non a caso, già alla fine degli anni Ottanta, il *Fiscal general* invitava i pubblici ministeri a sfruttare al massimo i margini di discrezionalità tecnica loro attribuiti per giungere alla conclusione di un accordo con la difesa.[57] Nel contesto dei procedimenti EPPO, il contatto tra accusa e difesa appare un passaggio fisiologico, se si considera che il PED è comunque tenuto ad ottenere l'assenso della Camera permanente prima che l'imputato presti la *conformidad* prima del dibattimento. In ogni caso, la negozialità (dissimulata) della procedura è comunque controbilanciata da importanti guarentigie, ovverosia il potere di veto del difensore sulla *conformidad* data dall'imputato (cd. doppia garanzia) e dai controlli svolti dal giudice.

---

[56] Infatti, sebbene non si dubitasse dell'operatività della *conformidad* nei procedimenti EPPO, già prima della legge di recepimento del regolamento, in dottrina si sottolineava come l'istituto fosse applicabile solo a determinate fattispecie non aggravate, v. ZÁRATE CONDE, Antonio; DE PRADA RODRÍGUEZ, Marcela. Transactions and "Simplified Procedures" in the Framework of the European Public Prosecutor's Office. A National Perspective. In: BACHMAIER WINTER, Lorena (a cura di). *The European Public Prosecutor's Office*: The Challenges Ahead. Springer, 2018, p. 174.

[57] *Circular n.1/*1989, p. 9. Disponibile in: < https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-C-1989-00001.pdf> . Accesso: 31.08.2025.

Quest'ultimo, infatti, è tenuto a verificare la corretta qualificazione giuridica del fatto e la congruità della pena (art. 787 LECrim).

2.3 *Il* plaider coupable, *la* transaction douanière *e la* convention judiciaire d'intérêt public *francesi*

Nell'assenza – sia nell'anno 2023, sia nel 2024 – di procedure ordinarie, i PED francesi sembrano comunque valorizzare lo strumento delle azioni semplificate (quattro nello scorso anno).[58] Come in Spagna, il legislatore nazionale si è premurato di individuare gli istituti deputati alla definizione del *dossier* nella legge di attuazione del Reg. EPPO,[59] che ha introdotto l'art. 696-132 nel codice di procedura penale francese (FR-CPP). Quest'ultima disposizione fa a sua volta rinvio alle modalità di chiusura della procedura d'*instruction* di cui agli artt. 176-184 FR-CPP, tra cui spiccano, sul versante delle procedure semplificate, i riferimenti alla *comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité* (CRPC, anche detta *plaider couplable*) (art. 180-1 FR-CPP), e alla *convention judiciaire d'intérêt public* nel caso in cui incolpate siano persone giuridiche (art. 180-1 FR-CPP). L'art. 344-2 del *Code des douanes* attribuisce inoltre ai PED francesi tutte le prerogative previste nel medesimo codice, compresa quella di concludere con l'indagato una transazione doganale (*transaction douanière*) ai sensi del suo art. 350. Nel silenzio del legislatore, non sembra invece applicabile la vicina figura della *composition pénale* (art. 41-1-2 FR-CPP), una forma di archiviazione condizionata in cui la chiusura anticipata del procedimento è giustificata – diversamente dal *plaider coupable* – dall'assolvimento di specifiche prescrizioni, anche tese alla riparazione del danno.

Introdotta nel 2004, la CRPC è regolata agli artt. 495-7 e ss. FR-CPP e si configura come un atto complesso risultante dall'accordo tra accusa e imputato per l'applicazione di una pena ridotta (che non può superare i tre anni di reclusione, o la metà del massimo edittale) e

---

[58] EPPO, *Annual report 2024*, cit., p. 30; EPPO, *Annual report 2023*, cit., p. 30.

[59] *LOI n° 2020-1672 du 24 décembre 2020 relative au Parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée*.

l'omologazione di tale intesa da parte del giudice.[60] Dopo una riforma del 2011, l'istituto è applicabile alla gran parte dei *délits*, infrazioni di gravità intermedia che si collocano tra i reati minori (*contraventions*) e quelli di maggior allarme sociale (*crimes*). L'iniziativa appartiene al pubblico ministero,[61] ma la fase delle negoziazioni non è regolata dal codice: all'imputato è accordato un termine di riflessione di dieci giorni in cui si avvale dell'assistenza (obbligatoria) del difensore, ma non gli sono riconosciuti espressamente poteri di intervento sulla proposta dell'accusa.[62] In questo senso, il meccanismo risponde formalmente allo schema del contratto per adesione,[63] sebbene le circolari del Ministero della Giustizia incoraggino tutte le parti coinvolte a confrontarsi in concertazioni preliminari.[64] In seguito all'accordo, è previsto che il giudice lo ratifichi, avendo riguardo specialmente della qualificazione giuridica data ai fatti, delle circostanze, della pena, nonché della personalità dell'autore (art. 495-11 FR-CPP). In ogni caso, l'omologazione dell'intesa non è possibile qualora, alla luce degli elementi sopra indicati, i fatti risultino di tale complessità e serietà da richiedere la celebrazione di un dibattimento.[65]

Nel processo contro gli enti, invece, la procedura semplificata è attuata tramite *convention judiciaire d'intérêt public* (CJIP, art.

---

60 PRADEL, Jean. Le plaider coupable, confrontation des droits américain, italien et français. *RIDC,* 57, 2, p. 473, 2005. Per una panoramica nella letteratura italiana, si v. MARCOLINI, op. cit., pp. 49-50.

61 PRADEL, op. cit., pp. 479-480.

62 TALEB, Akila. Les procédures de guilty plea : plaidoyer pour le développement des formes de justice 'négociée' au sein des procédures pénales modernes: Étude de droit comparé des systèmes pénaux français et anglais. *RIDP*, 83, 1, p. 101, 2012.

63 PRADEL, op. cit., p. 480; TALEB, op. cit., p. 97; DUPONT, Darah. Le plaider coupable dans les systèmes anglo-saxon et romano-germanique. *Les cahiers de la justice*, 1, p. 79, 2015 (in questo senso, l'Autrice avvicina la CRPC più al paradigma della giustizia consensuale rispetto a quella negoziale).

64 *Circulaire du 20 mars 2012 présentant les dispositions de la loi du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles étendant les procédures d'ordonnance pénale et de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*, pt. 1.2. Disponibile in: <https://www.legifrance.gouv.fr/circulaire/id/34957?fonds=CIRC>. Accesso in: 31.08. 2025.

65 TALEB, op. cit., p. 100.

41-1-2 FR-CPP), un'alternativa all'esercizio dell'azione con cui il pubblico ministero propone a una persona giuridica accusata di uno o più reati elencati tassativamente dal codice penale il pagamento di una multa al Tesoro pubblico e/o l'attuazione di un programma di conformità all'interno della persona giuridica.[66] La misura, che ricalca il modello dei *deferred prosecution agreements*,[67] è stata introdotta nel 2016 dalla cd. *Loi Sapin II*, inizialmente per i reati di corruzione, il traffico di influenze e il riciclaggio di frode fiscale; in seguito, è stata estesa ad altre fattispecie come la frode fiscale e la materia ambientale. La convenzione è detta di "interesse pubblico" in quanto designata ad abbattere il rischio di recidiva[68] attraverso un programma di *compliance* cui deve sottoporsi l'impresa e che può anche includere l'obbligo di riparazione del danno alla vittima del reato. Sul piano procedurale, la CJIP è proposta dal pubblico ministero all'ente che, assistito da un avvocato, può dare il suo accordo così riconoscendo implicitamente i fatti. L'intesa è dunque sottoposta alla validazione in udienza pubblica al presidente del tribunale competente: se il parere è positivo, la società dovrà darvi corso dopo il decorso di un termine di dieci giorni, in cui potrà esercitare il suo diritto di ritrattazione.

Nella materia doganale, infine, i PED francesi sono ormai competenti per esercitare l'azione fiscale in relazione alle infrazioni che il regolamento attrae nella competenza della Procura europea. Anche in questo ambito, è previsto uno strumento negoziale, la cd. *transaction douanière* (art. 350 *Code des douanes*), che consente la chiusura del procedimento amministrativo o penale dietro il pagamento di una somma di denaro da parte dell'interessato. Ai sensi dell'art. 343-3-2° del codice doganale francese, nei procedimenti in cui EPPO abbia esercitato la sua competenza, all'amministrazione doganale è preclusa la conclusione di un accordo di questo tipo, se non con l'avallo del PED competente.

---

[66] Per una panoramica in lingua italiana, v. GHRÉNASSIA, César; SACCHI, Emilio. *La convenzione giudiziaria di interesse pubblico (CJIP): Aspettando la transazione penale.* Disponibile in: < https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/2324-ghrenassia-sacchi2018a.pdf>. Accesso in 1.09.2025.

[67] Per gli opportuni riferimenti bibliografici sul tema dei *deferred prosecution agreements*, si rinvia alla nota 29.

[68] PARIZOT, Raphaële. *Procédure pénale.* Paris: Lefebvre Dalloz, 2024, p. 104.

Secondo i dati raccolti nelle interviste, questo meccanismo è – insieme alla CRPC – tra i più utilizzati in applicazione dell'art. 40 reg. EPPO.

2.4. La §153a StPO tedesca

L'archiviazione condizionata di cui alla *§153a* dello *Strafprozessordnung* (StPO) appare essere l'unica procedura semplificata impiegata dai PED tedeschi ai sensi dell'art. 40 Reg. EPPO.[69] L'applicazione concreta della disposizione sembra, tuttavia, non aver avuto ancora particolare successo nella prassi giudiziaria, benché la tendenza al suo utilizzo sembri in crescita.[70] Varie potrebbero essere le ragioni di questo fenomeno, riconducibili sia alla natura dell'istituto, sia ai suoi presupposti applicativi; ma su questo, si tornerà dopo aver tratteggiato le caratteristiche fondamentali dello strumento.

Pur definendosi come un sistema improntato al principio di legalità nell'azione, la Germania ha sempre conosciuto delle norme ispirate a logiche di opportunità, ritenute indispensabili per alleggerire il carico giudiziario.[71] Tra queste, va annoverata certamente la §153 StPO che regola l'archiviazione per tenuità del fatto, disposizione da cui è altresì

---

[69] Così risulta dalle interviste svolte con PED e avvocati tedeschi, sebbene con alcuni *caveat*. Altre norme, come le §§154 e 154a StPO, consentono di rinunciare ad alcune imputazioni qualora le esigenze di repressione individuale e di difesa sociale possano essere soddisfatte dall'esercizio dell'azione per altre imputazioni o dall'esistenza di condanne preesistenti. Esse non sembrano intese dagli operatori né come esempi di azioni semplificate, né di archiviazione; tuttavia, vi è notizia dell'avvenuta chiusura di alcuni procedimenti EPPO facendo applicazione di queste disposizioni, sebbene non sia chiara la norma specifica del Regolamento cui si è dato applicazione per la chiusura dei fascicoli. Alcuni PED tedeschi sembrerebbero inoltre inclini nel ritenere che una procedura analoga al decreto penale di condanna (*Strafbefehl*) possa rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 40 Reg. EPPO, ma i pareri sono discordanti.

[70] Si è registrata una sola azione semplificata nel 2023 (a fronte di 10 azioni ordinarie, 23 archiviazioni e 10 rinvii alle autorità nazionali) e cinque nel 2024 (a fronte di 23 azioni ordinarie, 25 archiviazioni e 9 rinvii alle autorità nazionali). EPPO, *Annual report 2024*, cit., p. 32; EPPO, *Annual report 2023*, cit., p. 32.

[71] TRENTMANN, Christian H. W. Das Strafverfahren als „kapitalistisches System"?: Zu Verfahrenseinstellungen unter Geldauflage (§ 153a Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 StPO) samt nachdrücklichen Justierungsvorschlägen de lege ferenda. *GVRZ*, 3, 1, p. 21, 2020.

germinata l'analoga disciplina sull'archiviazione condizionata di cui alla §153a StPO. Anche qui, la prassi ha avuto un ruolo determinante. La norma è infatti originata dalla pratica, seguita dalle procure, di rinunciare all'azione per una tenuità "sopravvenuta" del fatto, dovuta al pagamento di una somma di denaro alle casse dello Stato.[72] Positivizzata nel 1974, la previsione della §153a StPO si applica solo a fattispecie minori punite nel minimo con la reclusione non superiore a un anno o con multa (i cd. *Vergehen*)[73] e si innesta su uno scenario simile a quello dell'archiviazione per tenuità del fatto. Infatti, deve anzitutto sussistere il sospetto – non la certezza – della commissione di un fatto di rilevanza penale rispetto al quale, secondo il parametro di legalità, dovrebbe essere esercitata l'azione. Non solo, l'accusa deve anche prevedere la condanna come esito ragionevole del processo sulla base delle risultanze del fascicolo investigativo che, dunque, dovrebbe essere tendenzialmente completo.[74]

In tale contesto, la celebrazione del processo diviene superflua solo in ragione dell'assolvimento di determinate prescrizioni, definite in via non esclusiva al paragrafo 1 della disposizione, le quali tuttavia hanno natura

---

[72] BARTOLI, Laura. *La sospensione del procedimento con messa alla prova*. Milano: Wolters Kluwer-CEDAM, 2020, p. 12. Per una panoramica della §153a StPO in lingua italiana, si v. anche JARVERS, Kostanze. Uno sguardo critico attraverso la lente dei §§153, 153a StPO. In: QUATTROCOLO, Serena (a cura di). *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*. Torino: Giappicchelli, 2015, pp. 182 ss.; MORGENSTERN, Christine. "Diversion" e sanzioni non detentive nell'ordinamento penale tedesco: Una comparazione con il sistema italiano del giudice di pace. In: PICOTTI, Lorenzo; SPANGHER, Giorgio (a cura di). Competenza penale del giudice di pace e "nuove" pene non detentive. Effettività e mitezza delta sua giurisdizione. Milano: Giuffrè, 2003, pp. 98-99; MARCOLINI, op. cit., pp. 55 ss. In lingua inglese, cfr. BRODOWSKI, Dominik. Alternative Enforcement Mechanisms in Germany. In: DYSON, Matthew; VOGEL, Benjamin (a cura di). *The Limits of Criminal Law*: Anglo-German Concepts and Principles. Intersentia, 2020, pp. 373-377.

[73] Ai sensi della §12 del codice penale tedesco (*Strafgesetzbuch*, StGB), i *Vergehen* si distinguono dai *Verbrechen*, infrazioni per le quali è prevista una pena detentiva non inferiore nel minimo ad un anno.

[74] KLUTH, Christopher. *Die „Schwere der Schuld" in § 153a StPO*, p. 57. Disponibile in: <https://d-nb.info/1141577429/34>. Accesso in: 31.08.2025; BARTOLI, op. cit., p. 14.

monetaria nella quasi totalità dei casi.[75] La possibilità di archiviare con queste modalità viene valutata discrezionalmente dal pubblico ministero sulla base di due condizioni, che afferiscono all'elemento soggettivo del reato e al cd. interesse pubblico all'azione.

In primo luogo, il grado della colpa o del dolo non deve essere di ostacolo alla terminazione del procedimento.[76] Se le ipotesi di colpa lieve sono relegate all'ambito di applicazione della §153 StPO, l'archiviazione condizionata è preposta alla definizione dei casi in cui il grado di colpevolezza non è irrisorio, ma ancora non così intenso da escludere l'imposizione di condizioni.[77] In questo senso, il criterio della colpevolezza funge da filtro individualizzante, distinguendo i procedimenti degni di essere interrotti da quelli che invece richiedono la celebrazione di un processo.[78] La separazione tra l'area di attuazione della §153, specificamente dedicata alla microcriminalità, e della §153a StPO risulta più marcata dopo una riforma del 1993 che ha inciso proprio sul criterio soggettivo della misura.[79] Nella sua formulazione originaria, infatti, la §153a StPO richiedeva la sussistenza di una "colpa minore" per l'archiviazione condizionata; dopo la riforma, il requisito è stato riformulato in termini negativi, richiedendo semplicemente che la gravità della colpa non confligga con l'interruzione anticipata del procedimento. In dottrina si è sostenuto che l'intervento abbia notevolmente cambiato la morfologia dell'istituto, che si è così distaccato dalla sfera della microcriminalità, trasformandosi in un vero e proprio congegno di gestione del carico giudiziario nel suo complesso.[80] La modifica avrebbe altresì ampliato il margine di discrezionalità dei pubblici ministeri che, nel ricorrere alla

---

[75] SCHNABL. § 153a StPO. In: Satzger, Helmut; Schluckebier, Wilhelm; Widmaier, Raik (a cura di). *StPO – Kommentar*. Carl Heymanns Verlag, 2023, para 14; BARTOLI, op.cit., p. 15.

[76] BARTOLI, op. cit., p. 13, CELENTA, Francesca. L'Ordinamento Penale Tedesco e la Particolare Ipotesi di Archiviazione di cui al §153a. *Diritto e Giustizia Minorile*, 3/4, p. 14, 2023.

[77] KULHANEK, Tobias. §153a StPO. In: VON HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd; BOCKEMÜHL, Jan (a cura di). *KMR - Kommentar zur Strafprozessordnung*. Wolters-Kluwer, 2025, p. 8; KLUTH, op. cit., p. 47; SCHNABL. op. cit., para 9.

[78] KLUTH, op. cit., p. 58.

[79] Ibid., p. 55; JARVERS, op. cit., p. 183.

[80] KLUTH, op. cit., p. 55.

misura, dovrebbero ormai guardare solo al secondo requisito, ovvero l'eliminazione dell'interesse pubblico all'azione.[81]

L'assolvimento delle prescrizioni imposte deve infatti essere idoneo a neutralizzare l'"interesse pubblico all'azione" (*öffentliche Interesse an der Strafverfolgung*). Sul significato di questa vaga formula si è notevolmente dibattuto nella dottrina tedesca, anche in ragione di alcune (suppostamente distorte) prassi applicative dell'istituto che hanno suscitato scandalo nell'opinione pubblica. Sono risalenti, ma destano ancora polemica, alcuni casi di criminalità economica di alto profilo definiti con lo strumento della §153a dietro il pagamento di esorbitanti somme di denaro,[82] facendo così parlare di una "moderna vendita delle indulgenze", di "commercializzazione della giustizia", di "sistema capitalistico", o ancora di "acquisto della libertà".[83] La norma non pone infatti limiti all'entità delle prescrizioni da assolvere e per questo desta sospetti di contribuire alle disuguaglianze socio-economiche, permettendo ai più abbienti di sottrarsi alle maglie della giustizia penale. Secondo alcuni, tuttavia, la critica incorre in un malinteso. L'interesse pubblico all'"azione" cui si riferisce la §153a non va infatti confuso con l'interesse alla pena, non essendovi certezza sulla colpevolezza dell'indagato;[84] più precisamente, dev'essere inteso come interesse allo svolgimento di un processo penale pubblico. Questo sussiste quando c'è un'esigenza collettiva di stabilizzazione della realtà, di dissipazione del sospetto di reato attraverso un processo trasparente. Non rileva dunque la mera reazione umana alla vicenda, ma che la "pace giuridica" sia stata turbata al di là della cerchia dell'autore del reato e che i fatti destino preoccupazione, ad esempio, a causa dell'entità della violazione, della brutalità o della pericolosità del reato, dei motivi razzisti o xenofobi dell'autore del reato o della posizione della parte lesa.[85]

---

81 TRENTMANN, op. cit., p. 22, KLUTH, op. cit., p. 61; CELENTA, op. cit., p. 14.

82 Tra le somme più alte pagate si ricordano: 5,8 milioni di euro nel caso *Mannesmann*; 6,35 milioni di euro nel caso di *HSH Nordbank*; 100 milioni di dollari USA nel caso *Ecclestone*.

83 TRENTMANN, op. cit., p. 22; BARTOLI, op. cit., p. 16, CELENTA, op. cit., p. 16.

84 TRENTMANN, op. cit., p. 25.

85 TRENTMANN, op. cit., p. 26.

Sul piano procedurale, la disposizione prevede due modalità di chiusura del procedimento, a seconda che la chiusura del procedimento avvenga prima o dopo l'esercizio dell'azione penale. Ai sensi del primo paragrafo, la rinuncia all'esercizio dell'azione richiede non solo il previo assolvimento degli obblighi imposti, ma anche il consenso dell'indagato e della corte. In tale scenario, solitamente, il pubblico ministero prende contatto con la difesa tramite lettera, con cui si dà un termine per aderire alle condizioni.[86] In caso di risposta positiva, l'indagato dovrà svolgere le prestazioni stabilite entro sei mesi; allo scadere del termine, se gli obiettivi sono stati raggiunti, il pubblico ministero potrà formalmente richiedere alla corte di approvare l'archiviazione ai sensi della §153a StPO.

Qualora sia già stata esercitata l'azione, invece, il tribunale può, con il consenso dell'accusa e dell'imputato, sospendere provvisoriamente il procedimento e contemporaneamente imporre all'imputato le prescrizioni. Quest'ultima ipotesi, regolata al secondo paragrafo della norma, non sembra tuttavia rientrare nell'ambito applicativo dell'art. 40 Reg. EPPO.[87]

2.5. Profili critici

Passati in rassegna gli istituti che, negli ordinamenti considerati, sono ricondotti alla procedura semplificata di azione penale, è opportuno fare qualche considerazione critica. Certamente, queste tengono conto dei dati disponibili nei pochi anni di operatività della Procura europea; più mature – e precise – osservazioni potranno dunque essere avanzate alla luce di prassi maggiormente consolidate. Nel quadro attuale, è comunque possibile rimarcare qualche tendenza generale sul versante comparato, con riferimento al ruolo dei legislatori nazionali, al contenuto dei meccanismi negoziali utilizzati, nonché ai limiti applicativi di quest'ultimi.

---

[86] KULHANEK, Tobias. §153a StPO. In: VON HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd; BOCKEMÜHL, Jan (a cura di). *KMR - Kommentar zur Strafprozessordnung*. Wolters-Kluwer, 2025, pp. 17-18.

[87] KRAUSE-ABLAß, Anna-Elisabeth; HAUCK, Pierre. Zwei Jahre Europäische Staatsanwaltschaft – Erfahrungen und Perspektiven aus deutscher Sicht. *Wistra,* 2023, p. 448.

Anzitutto, è utile evidenziare come i Paesi – in particolare, Francia e Spagna – in cui il legislatore si è premurato di individuare espressamente le procedure riconducibili all'art. 40 Reg. EPPO siano quelli in cui la definizione "semplificata" del caso sia più valorizzata. Ciò non sembra accadere invece nel caso di Italia e Germania, in cui il ricorso all'azione penale semplificata appare più in difficoltà e soggetto, almeno nel caso italiano, a prassi diversificate. La frammentazione non solo degli istituti, ma anche delle politiche di "recepimento" del Regolamento EPPO a livello nazionale potrebbe dunque essere (non a sorpresa) uno dei primi fattori di ostacolo ad un maggior uso del dispositivo dell'art. 40 Reg. EPPO. Il dato appare paradossale se si pensa che l'organo ha trovato una delle sue prime ragioni di essere nel superamento delle prassi nazionali per una più efficiente lotta alla criminalità economica.

Un altro aspetto di interesse si ravvisa nella natura e nei contenuti degli schemi negoziali finora impiegati dai PED come procedure semplificate di azione penale. Sebbene l'art. 40, par. 2, lett. b) imponga alla Camera Permanente di esaminare la "volontà dell'indagato di riparare il danno" nel dare il proprio assenso alla proposta di definizione del fascicolo, gli istituti nazionali utilizzati non prevedono questo aspetto come elemento indefettibile dell'accordo. Anzi, il ruolo delle vittime in queste procedure è spesso trascurato. Nel patteggiamento, nella *conformidad* e nel *plaider couplable*, oggetto della negoziazione è la pena da irrogare, mentre la riparazione si configura come un elemento meramente accessorio. L'unico istituto a contemplare la riparazione del danno quale (possibile) requisito di accesso è la §153a tedesca che, non a caso, e diversamente dalle altre, appartiene al *genus* delle archiviazioni condizionate. È vero che, come già sostenuto,[88] la riparazione non appare un aspetto indefettibile dell'accordo nella procedura semplificata. Cionondimeno, l'assenza di una iniziativa in tal senso da parte dell'indagato potrebbe compromettere il successo della proposta definitoria del PED davanti alle Camere permanenti.

Soffermandoci ancora su questo punto, è forse utile sottolineare che l'ambiguità della natura processuale dell'istituto di azione semplificata potrebbe costituire un ulteriore elemento di frizione nella prassi.

[88] V. *supra,* §2.1.

Benché la norma eurounitaria parli di "azione", la collocazione dell'istituto nella dinamica processuale, nonché l'accostamento a prescrizioni riparatorie, sembrano avvicinarlo maggiormente allo schema dell'archiviazione condizionata, cioè di una rinuncia "meritata" all'azione.[89] Ad eccezione della Germania, che pur con riserve dà attuazione all'art. 40 con la §153a StPO, negli altri Stati considerati è prevalsa un'interpretazione letterale della norma sovranazionale, che privilegia i riti alternativi la cui finestra applicativa si posiziona tra l'avvenuto esercizio dell'azione penale e l'inizio del dibattimento. Sotto questa luce, ad esempio, può forse essere letto il rifiuto del legislatore francese di includere la *composition pénale*, un meccanismo di archiviazione condizionata soggetta a prescrizioni per l'indagato, tra gli strumenti di procedura semplificata.

Da ultimo, i confini di operatività degli istituti considerati possono chiaramente giocare un ruolo (non esclusivo) nel successo della loro prassi applicativa.

In primo luogo, valgono i limiti di pena che fungono da ostacolo all'utilizzo dei dispositivi nazionali: in questo, si distacca l'eccezione della Spagna, che ha recentemente abolito lo sbarramento edittale con cui si impediva di prestare la *conformidad* nei procedimenti per reati puniti con la pena della reclusione superiore a sei anni. In secondo luogo, vanno considerati i limiti applicativi che attengono al *fatto* oggetto del procedimento. Sul piano sovranazionale, l'art. 40, par. 2, lett. a), Reg. EPPO tiene conto della gravità del reato, e in particolare dei danni cagionati da quest'ultimo. A livello nazionale, tuttavia, nessuno dei meccanismi esaminati pone dei limiti specificamente riferiti ai danni derivanti dal fatto penalmente illecito: la gravità di quest'ultimo viene in rilievo esclusivamente attraverso la lente dei margini edittali delle fattispecie interessate.

Una parziale eccezione a questo dato si rinviene nella §153a StPO e la sua controversa applicabilità a fatti di reato che abbiano causato danni – essenzialmente, di natura finanziaria – di significativa entità. Infatti, anche superando l'orientamento interpretativo sopracitato che vedrebbe nell'"interesse pubblico all'azione" uno scoglio invalicabile

[89] Cfr., GIALUZ, Mitja. L'"archiviazione meritata" come terza via tra archiviazione ed esercizio dell'azione penale. *Proc. Pen. Giust.,* 2, pp. 309-317, 2021.

all'estensione della norma a fatti di tale calibro, ulteriori limiti provengono dalla giurisprudenza tedesca. Il *Bundesgerichthof* ha stabilito che, nelle ipotesi di evasione fiscale[90] di "larga scala" (*großes Ausmaß*), la pena detentiva dev'essere considerata la regola, senza possibilità di sospensione, salvo che sussistano circostanze attenuanti di particolare peso.[91] La misura del danno fiscale è il fattore centrale nel valutare la gravità del fatto; quando l'ammontare supera circa un milione di euro, la sospensione della pena diventa una misura eccezionale: *mutatis mutandis,* ciò varrebbe anche ad impedire l'applicabilità della §153a StPO, che di fatto determinerebbe una "sospensione" anticipata della pena detentiva dietro l'assolvimento delle prescrizioni.[92] Il dato non è da sottovalutare, se si considera che la disposizione è stata a lungo tempo uno strumento fondamentale nella gestione della criminalità dei colletti bianchi in Germania, ma sembra non poter trovare molto spazio nel particolare ecosistema dei procedimenti di competenza EPPO.

3. Alla ricerca dei limiti della giustizia negoziale nel sistema EPPO: Uno sguardo critico alle linee guida del Collegio sulle azioni semplificate

Viste le criticità riscontrate a livello statuale, è ora il momento di sondare l'ipotesi di ampliare i margini di ricorso alle procedure semplificate nell'attività della Procura europea, facendo così emergere la *ratio* più economico-transattiva forse rimasta in ombra fino a questo momento. Vale la pena sottolineare che non si intende, nell'ambito del presente contributo, indicare quale debba essere un numero "ideale" di azioni semplificate che l'EPPO dovrebbe intraprendere nel complesso. Una valutazione di questo tipo, oltre a richiedere un ampio lavoro di indagine statistico-economica, dovrebbe inevitabilmente confrontarsi con le specificità dei singoli sistemi

[90] Secondo la §370 del Codice Fiscale tedesco (*Abgabenordnung*, AO), le fattispecie particolarmente gravi di evasione fiscale sono punite, ai sensi del terzo comma, con la pena della reclusione compresa tra i sei mesi e i dieci anni.

[91] V. BGH, Urteil vom 2. Dezember 2008 – 1 StR 416/08; BGH, Urteil vom 7. Februar 2012 – 1 StR 525/11.

[92] Cfr., *mutatis mutandis*, JARVERS, Kostanze. Uno sguardo critico, op. cit., p. 184.

nazionali e, dunque, con significative difficoltà di generalizzazione delle soluzioni proposte. L'obiettivo è pertanto quello di offrire degli argomenti giuridici – auspicabilmente recepibili dagli Stati membri – per incrementare l'uso (al momento residuale) del dispositivo europeo, favorendo così una maggiore armonizzazione delle prassi finora attuate.

Chiaramente, qualsiasi considerazione di tipo critico non può prescindere dalle peculiarità del sistema EPPO,[93] per cui l'analisi prenderà le mosse dalle linee guida emanate in materia dal Collegio, per poi considerare anche il quadro delle priorità strategiche e delle risorse materiali disponibili all'Ufficio inquirente europeo.

Nel dicembre 2020, il Collegio dell'EPPO ha pubblicato delle *guidelines* sull'esercizio delle azioni semplificate, le quali offrono spunti di riflessione interessanti.[94]

L'organo di indirizzo ha proposto sia dei "principi guida" – individuati nella legalità, proporzionalità e opportunità – sia dei criteri più specifici per l'applicazione dell'art. 40 in casi concreti. Rispetto ai primi, il Collegio ha anzitutto richiamato il canone di legalità, specificando che la procedura semplificata dev'essere sempre dotata di una base giuridica nell'ordinamento nazionale. Di seguito, viene evocato il principio di proporzionalità, secondo cui la procedura semplificata deve apparire la soluzione più ragionevole e adeguata al caso concreto; tale valutazione dovrebbe tener conto della gravità del reato, in particolare alla luce del danno causato, della natura dei beni giuridici tutelati, nonché dell'idoneità delle procedure nazionali a riparare il danno e a prevenire la commissione di nuovi reati. È interessante che il documento specifichi che la gravità del reato non costituisca di per sé un ostacolo all'applicazione dei procedimenti semplificate, fatti salvi i limiti della legge nazionale. Infine,

---

[93] Cfr., con specifico riferimento alla giustizia penale internazionale, l'analisi di DAMAŠKA, Mirjan. Negotiated Justice in International Criminal Courts. *Journal of International Criminal Justic*e, 2, 4, pp. 1018–1039, 2004.

[94] Collegio dell'EPPO. *Decision of the College of the European Public Prosecutor's Office of 2 December 2020 Laying Down Guidelines on Simplified Procedures and on the Delegation of Powers of the Permanent Chambers Respectively*. Disponibile in: <https://www.eppo.europa.eu/sites/default/files/2021-06/2020.023_Decision_on_guidelines_on_simplified_procedures_and_on_the_delegation_of_powers_of_the_PCs_respectively%20-%20final.pdf>. Accesso in: 31.08.2025.

viene menzionato il principio di opportunità, che impone di esaminare l'interesse pubblico, nazionale ed europeo, nella risoluzione del caso e/o l'ottenimento del risarcimento dei danni in modo rapido e tempestivo. Nello specifico, l'azione semplificata deve considerarsi coerente con l'efficace tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea e con i principi di equità processuale per l'indagato.

Ai principi generali si affianca un catalogo di criteri particolari per l'analisi del caso concreto e la sua idoneità ad essere definito con lo strumento dell'art. 40. Segnatamente, i parametri sono i seguenti: a) la qualificazione giuridica del fatto e la cornice edittale prevista nel diritto nazionale; b) la gravità del reato; c) la stima del danno causato e del guadagno complessivo perseguito dall'autore del reato; d) la complessità del caso; e) il carattere transnazionale dell'attività criminale; f) la natura e il contesto di riferimento dei prevenuti, ovvero se si tratta di persone fisiche o giuridiche e se hanno precedenti penali; g) la volontà e la possibilità del sospettato di riparare il danno causato; h) l'esistenza di vittime esistenti diverse dall'UE; i) se del caso, l'esito della consultazione con le autorità nazionali di perseguimento penale, effettuata in applicazione dell'articolo 40, par. 1, secondo periodo, Reg. EPPO; j) un parere motivato sulla pena proposta.

Volendo offrire un quadro di sintesi di tali parametri, generali e specifici, sarebbe possibile suddividerli in due macrocategorie.

Da un lato, abbiamo i criteri di ispirazione utilitaristica – apparentemente prevalenti – volti al recupero di poste di bilancio per l'Unione. In questo frangente, è utile sottolineare che, come negli ordinamenti nazionali considerati, le linee guida non pongono alcun limite quantitativo al volume di danni causati dal reato per l'accesso alle procedure semplificate. Viene invece posto l'accento sulla possibilità di recupero (tempestivo) delle somme sottratte all'Unione, sia sotto il profilo dell'idoneità della procedura nazionale ad assicurare questo obiettivo, sia sotto quello dell'effettiva capacità dell'indagato di riparare il danno.

Dall'altro lato, troviamo criteri più eterogenei che rispondono, in un modo o nell'altro, all'interesse pubblico all'azione, vale a dire al bisogno di accertamento del fatto nel contesto di un processo celebrato nelle forme ordinarie. Tra questi possono rientrare il carattere transnazionale del caso, la natura dei beni giuridici coinvolti, la presenza di vittime altre rispetto

all'UE, nonché la gravità del reato. Sulla valutazione di quest'ultimo aspetto, possono inoltre sopperire le linee guida del Collegio sulla possibilità di delega, da parte delle Camere permanenti, dei loro poteri decisionali (art. 10(7) Reg. EPPO). Secondo questo documento – pubblicato assieme alle *guidelines* sulle azioni semplificate – la serietà dell'infrazione va misurata, in particolare, alla luce della sua durata, dei mezzi utilizzati, del numero di Paesi coinvolti e le ripercussioni del reato sulla reputazione dell'Unione e dello Stato membro interessato.[95]

Dal canto suo, invece, la complessità del caso sembra fungere da criterio ambivalente: da un lato, questo potrebbe deporre a favore di una chiusura anticipata del fascicolo, con l'applicazione di una misura punitiva e/o riparativa, a fronte di un dibattimento dall'esito imprevedibile; dall'altro, potrebbe essere visto come indice della necessità di un accertamento completo in sede dibattimentale.

Portando queste considerazioni nel contesto giuridico-istituzionale in cui opera l'EPPO, si può offrire qualche spunto per un'intensificazione del ricorso alle procedure semplificate, per lo meno in specifici ambiti. È noto che il volume di indagini attive di competenza della Procura europea è in aumento costante,[96] a fronte di un bilancio che non sembra destinato a crescere di pari passo.[97] L'eventuale scarsità di risorse che l'EPPO potrebbe fronteggiare in futuro potrebbe quindi rappresentare un serio *deficit* nell'azione dei procuratori delegati che, fisiologicamente, si trovano a imbastire processi complessi, in cui la prova del fatto – specie

---

[95] Collegio dell'EPPO, Decision of the College, cit., p. 6.

[96] Come evidenziato nei report annuali, le indagini attive nel 2021 erano 515; nel 2022 erano 1117 (di cui 865 aperte solo quell'anno); nel 2023 erano 1927 (di cui 1371 aperte solo quell'anno); nel 2024 sono state 2666 (di cui 1504 aperte solo l'anno passato). Secondo questi dati, il tasso medio annuo di crescita dell'apertura di nuove indagini tra il 2022 e il 2024 si attesterebbe intorno al 32%. V. EPPO, *Annual report 2024*, cit., p. 12; V. EPPO, *Annual report 2023*, cit., p. 12; V. EPPO, *Annual report 2024*, cit., p. 12; V. EPPO, *Annual report 2021*. Disponibile in: < https://www.eppo.europa.eu/sites/default/files/2022-07/EPPO_Annual_Report_2021.pdf>. Accesso in: 1.09.2025.

[97] BRAUN, Elisa. EU backs off fight against fraud ahead of trillion-euro budget proposal. *Euractive*. Disponibile in: <https://www.euractiv.com/section/politics/news/eu-backs-off-fight-against-fraud-ahead-of-trillion-euro-budget-proposal/>. Accesso in: 31.08.2025.

sul versante soggettivo – è particolarmente ardua.[98] Con il moltiplicarsi dei procedimenti che si muovono verso la fase dibattimentale, si deve peraltro tenere conto dell'impossibilità per i PED di delegare le proprie funzioni ai colleghi delle procure nazionali, in particolare, in relazione alla partecipazione alle udienze. Tale circostanza, unitamente all'assenza (o inadeguatezza) degli strumenti di partecipazione a distanza,[99] potrebbe comportare un ulteriore aggravio di lavoro per i procuratori delegati, con possibili ripercussioni sulle scelte di gestione delle indagini e dei casi da perseguire.

Accanto al dato delle risorse, va inoltre considerato il profilo dell'opportunità sul piano giuridico. Sappiamo che l'istituzione dell'EPPO trova la sua ragion d'essere nella tutela degli interessi finanziari dell'Unione, e la sua storia legislativa è legata a doppio filo agli obiettivi strategici emersi dopo la crisi finanziaria del 2011.[100] Ad oggi, le esigenze di protezione del "fisco eurounitario" potrebbero acquisire nuova urgenza sull'onda dell'implementazione del Piano *NextGenerationEU* e l'adesione alla Procura di nuovi Stati membri.[101]

---

[98] RUGGIERO, Rosa Anna. Non Prosecution Agreements e Criminalità d'impresa negli U.S.A.: Il Paradosso del Liberismo Economico, p. 16. Disponibile in: <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/4199-non-prosecution-agreements-e-criminalita-d-impresa-negli-usa-il-paradosso-del-liberismo-economico>. Accesso in: 31.08.2025.

[99] Questo aspetto è stato evidenziato, nello specifico, dai procuratori delegati in Germania – dove sono assenti dispositivi di partecipazione da remoto e i dibattimenti hanno una calendarizzazione piuttosto intensa – e in Italia, in cui diversi PED hanno avanzato richieste di partecipazione a distanza ai sensi degli artt. 133-*bis* e 133-*ter* c.p.p. Tuttavia, tali istanze non hanno sempre ricevuto riscontro positivo.

[100] GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *European Federal Criminal Law*: The Federal Dimension of EU Criminal Law. Intersentia, 2015, pp. 217-221; 225-227; 234 ss.

[101] Come riconosciuto dalla stessa procuratrice capa Laura Kövesi, v. EPPO. EPPO requests an increase in budget to allow for successful enlargement of EPPO zone. Disponibile in: <https://www.eppo.europa.eu/en/media/news/eppo-requests-increase-budget-to-allow-successful-enlargement-eppo-zone>. Accesso in: 31.08.2025. Sul tema, cfr. SICO, Valeria. Valutazione dell'operatività della procura europea alla luce delle prime prassi applicative e criticità. In: CAPELLI, Fausto (a cura di). *La procura europea e i controlli sull'impiego dei fondi PNRR*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2024, pp. 119-123.

Sulla scorta di queste argomentazioni, è auspicabile che l'Ufficio europeo si mostri aperto ad un maggior impiego delle azioni semplificate in un futuro prossimo, almeno nei procedimenti in cui i fatti hanno una forte connotazione economica e si prestano ad un'utile risoluzione con il recupero delle poste di bilancio (ad esempio, nel caso di frodi contro gli interessi finanziari dell'Unione). In questi casi, infatti, il ricorso al dispositivo dell'art. 40 Reg. EPPO appare l'unica strada percorribile, se consideriamo che, allo stato, la riparazione dell'offesa non rientra in nessuna delle ipotesi di archiviazione previste all'art. 39 dello stesso regolamento. Diversamente potrebbe dirsi per i procedimenti relativi i reati di corruzione e peculato che rientrano nella competenza di EPPO; tali fattispecie – che rappresentano ad oggi la minoranza dei casi – sono infatti preposte alla tutela di beni giuridici come la trasparenza e il buon andamento della pubblica amministrazione che, per la loro rilevanza collettiva e politica, meriterebbero forse una risposta pienamente giurisdizionale nell'accertamento dei fatti.

Affinché la scelta dell'azione semplificata nel caso concreto risponda ad un adeguato bilanciamento tra obiettivi di efficienza e di accertamento penale, sarebbe altresì preferibile che i meccanismi negoziali a livello nazionale incorporino come condizione strutturale la riparazione del danno (che, in questa logica, potrebbe anche essere elevato).[102] La scelta dell'indagato di aderire alla procedura semplificata dovrebbe inoltre essere accompagnata da adeguate garanzie sul piano difensivo. Se, come abbiamo visto, il primo di questi presupposti non sembra essere rispecchiato negli istituti nazionali considerati, sul secondo gli standard di tutela meriterebbero di essere rinforzati rispetto a quanto già previsto dalle direttive di Stoccolma.[103]

---

[102] Sebbene le linee guida sembrino guardare alla serietà del fatto specialmente sotto la lente dei danni cagionati da quest'ultimo, lo stesso documento specifica che la gravità del reato – fatti salvi i limiti legali nazionali – non deve costituire di per sé un ostacolo alla procedura semplificata.

[103] DELLA TORRE, Jacopo. Negotiated Criminal Justice and EU Directives on Procedural Rights. *Eur.J. Crime Crim. Law Justice*, 27, 22, p. 187, 2019.

Considerazioni finali

Il presente contributo si è focalizzato sulle criticità e possibili margini di ampliamento del ricorso alle procedure semplificate di azione penale nell'attività dell'EPPO. Partendo da una ricognizione comparata sulle prassi adottate dalla Procura, sono state evidenziate alcune criticità che potrebbero essere di ostacolo a un maggior ricorso all'azione semplificata. La mancata presa di posizione da parte di alcuni legislatori statuali, alcuni limiti applicativi interni, nonché l'assenza di obblighi riparativi nei meccanismi impiegati non sembrano facilitare, infatti, l'azionamento di queste procedure a livello nazionale.

Forse, si può dire che di riti semplificati non se sono celebrati ancora tanti perché pochi sono i casi finora trattati da EPPO. Sappiamo però, o almeno questo è quello che suggeriscono i dati, che presto la Procura si troverà a maneggiare un volume di procedimenti ben diverso.

È certamente plausibile che l'aumento progressivo dei casi porti, fisiologicamente, gli operatori dell'Ufficio europeo a riflettere sull'attuale allocazione delle risorse e, di conseguenza, rivalutare l'utilizzo del meccanismo semplificato. Non potendo tuttavia confidare sulla spontaneità di questa ponderazione, è al margine di questo cambiamento che è sembrato opportuno aprire una riflessione su *se*, *perché*, e *come* vadano valorizzate le procedure semplificate di azione penale.

Si è cercato di fornire argomenti a favore di un maggior utilizzo di tali strumenti, specialmente in relazione ai reati a forte connotazione economica. Qualora sussistano forti limiti normativi, sarà invece compito dei legislatori nazionali rimuoverli, contemperando gli obiettivi di efficienza con le inderogabili esigenze dei diritti di difesa.

Ad ogni modo, come spesso accade quando si interagisce con l'ordinamento europeo, l'insegnamento generale di metodo mantiene la sua attualità. Ancora una volta, tenersi in dialogo con il sistema sovranazionale richiederà agli interpreti di affrancarsi dagli approcci ermeneutici più formalistici, prendendo contestualmente atto delle peculiarità dell'ecosistema in cui si muove la Procura, nonché dei suoi obiettivi istituzionali. Solo così sarà possibile sfruttare a pieno le nuove potenzialità della negozialità europea e rendere, anche solo un po' più semplice, la strada delle procedure semplificate.

Bibliografia

ALLEGREZZA, Silvia. Verso Una Procura Europea per Tutelare gli Interessi Finanziari dell'Unione. Disponibile in: < https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/1383120442ALLEGREZZA%202013.pdf>. Accesso in: 28.08.2025;

ALLEGREZZA, Silvia; MOSNA, Anna. Cross-Border Criminal Evidence and the Future of European Public Prosecutor. One Step Back on Mutual Recognition? In: BACHMAIER WINTER, Lorena (a cura di). *The European Public Prosecutor's Office*: *The Challenges Ahead*. Springer, p. 141, 2018.

BACHMAIER WINTER, Lorena. *Quo vadis*, negotiated justice? A success story or a coercion model? In: LANGER, Máximo; MCCONVILLE, Mike; MARSCH, Luke. *Research handbook on Plea Bargain and Criminal Justice*. Cheltenham, p. 537, 2024.

BARTOLI, Laura. *La sospensione del procedimento con messa alla prova*. Milano: Wolters Kluwer-CEDAM, 2020.

BRAUN, Elisa. EU backs off fight against fraud ahead of trillion-euro budget proposal. Euractive. Disponibile in: <https://www.euractiv.com/section/politics/news/eu-backs-off-fight-against-fraud-ahead-of-trillion-euro-budget-proposal/>. Accesso in: 31.08.2025.

BRODOWSKI, Dominik. Article 40. Simplified Prosecution Procedures. In: HERRNFELD, Hans-Holger; BRODOWSKI, Dominik; BURCHARD, Christopher. *European Public Prosecutor's Office: Article-by-Article Commentary*, Bloomsbury Publishing, p. 371, 2020.

BRODOWSKI, Dominik. Alternative Enforcement Mechanisms in Germany. In: DYSON, Matthew; VOGEL, Benjamin (a cura di). *The Limits of Criminal Law*: Anglo-German Concepts and Principles. Intersentia, p. 365, 2020.

BUSTOS RUBIO, Miguel. La regularización del fraude contra la seguridad social en España: un ejemplo de comportamiento postdelictivo. *Dir. Pen. Cont.*, 4, p. 251, 2017.

CAIANIELLO, Michele. Azione penale (e inazione) del pubblico ministero europeo. In: DI PAOLO, Gabriella; PRESSACO, Luca; BELFIORE, Rosanna; RAFARACI, Tommaso (a cura di). *L'attuazione della Procura Europea. I Nuovi Assetti Dello Spazio Europeo Di Libertà, Sicurezza E Giustizia*, p. 189, 2022.

CELENTA, Francesca. L'Ordinamento Penale Tedesco e la Particolare Ipotesi di Archiviazione di cui al §153a. *Diritto e Giustizia Minorile*, 3/4, p. 8, 2023.

CHOZAS ALONSO, José Manuel. La "Conformidad" en el Proceso Penal Español. In: CIENFUEGOS SALGADO, David; NATARÉN NANDAYAPA, Carlos F.; RÍOS ESPINOSA, Carlos (a cura di). *Temas de derecho procesal penal de México y España*, p. 325, 2005.

CIAVOLA, Agata. *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*. Torino: Giappicchelli, 2010.

Circulaire du 20 mars 2012 présentant les dispositions de la loi du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles étendant les procédures d'ordonnance pénale et de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. Disponibile in: <https://www.legifrance.gouv.fr/circulaire/id/34957?fonds=CIRC>. Accesso in: 31.08. 2025.

*Circular n.1/*1989, p. 9. Disponibile in: < https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-C-1989-00001.pdf> . Accesso: 31.08.2025.

COLLEGIO DELL'EPPO. Decision of the College of the European Public Prosecutor's Office of 2 December 2020 Laying Down Guidelines on Simplified Procedures and on the Delegation of Powers of the Permanent Chambers Respectively. Disponibile in: <https://www.eppo.europa.eu/sites/default/files/2021-06/2020.023_Decision_on_guidelines_on_simplified_procedures_and_on_the_delegation_of_powers_of_the_PCs_respectively%20-%20final.pdf>. Accesso in: 31.08.2025.

CONSIGLIO UE, 6813/1/15, 2.3.2015.

DAMAŠKA, Mirjan. Negotiated Justice in International Criminal Courts. *Journal of International Criminal Justice*, 2, 4, p. 1018, 2004.

DE AMICIS, Gaetano. *"Competenza" e Funzionamento della Procura Europea nella Cognizione del Giudice*. Disponibile in: < https://www.lalegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2022/01/de-amicis_relazioni.pdf>. Accesso in: 31.08.2015.

DELLA TORRE, Jacopo. *La Giustizia Negoziale in Europa:* Miti, realtà e prospettive. Milano: Wolters Kluwer-CEDAM, 2019.

DELLA TORRE, Jacopo. Negotiated Criminal Justice and EU Directives on Procedural Rights. *Eur.J. Crime Crim. Law Justice*, 27, 22, p. 155, 2019.

DONINI, Massimo. Compliance, negozialità e riparazione dell'offesa nei reati economici. Il delitto riparato oltre la restorative justice. In: *Criminalità d'impresa e giustizia negoziata: esperienze a confronto*. Milano: Giuffrè, p. 31, 2017.

DUPONT, Darah. Le plaider coupable dans les systèmes anglo-saxon et romano-germanique. *Les cahiers de la justice*, 1, p. 77, 2015.

EPPITALY. Enforcing the EPPO in Italy: An empirical study. Disponibile in: <https://site.unibo.it/eppitaly/en/project>. Accesso in: 09.09.2025.

EPPO. EPPO requests an increase in budget to allow for successful enlargement of EPPO zone. Disponibile in: <https://www.eppo.europa.eu/en/media/news/eppo-requests-increase-budget-to-allow-successful-enlargement-eppo-zone>. Accesso in: 31.08.2025.

EPPO, *Annual report 2024*, Disponibile in: < https://www.eppo.europa.eu/assets/annual-report-2024/pdfs/EPPO_Annual_Report_2024_en.pdf>. Accesso in: 1.09.2025.

EPPO, *Annual report 2023*, Disponibile in: < https://www.eppo.europa.eu/sites/default/files/2024-03/EPPO_Annual_Report_2023.pdf>. Accesso in: 1.09.2025.

EPPO, *Annual report 2022*, Disponibile in: < https://www.eppo.europa.eu/sites/default/files/2023-02/EPPO_2022_Annual_Report_EN_WEB.pdf>. Accesso in: 1.09.2025.

EUSEBI, Luciano. Profili della finalità conciliativa nel diritto penale. In: DOLCINI, Emilio; PALIERO, Carlo Enrico (a cura di). *Studi in onore di Giorgio Marinucci*. Milano: Giuffrè, 2006.

GARAPON, Antoine; MIGNON COLOMBET, Astrid. D'un droit défensif à un droit coopératif: la nécessaire réforme de notre justice pénale des affaires. *RIDE*, 2, p. 197, 2015.

GARRETT, Brandon. *Too Big Too Fail:* How Prosecutors Compromise with Corporations. Cambridge: Harward University Press, 2014.

GERACI, Rosa Maria. Il processo penale spagnolo: Caratteristiche e struttura. *Cass. Pen.,* 5-6, p. 2349, 2019.

GHRÉNASSIA, César; SACCHI, Emilio. *La convenzione giudiziaria di interesse pubblico (CJIP): Aspettando la transazione penale*. Disponibile in: < https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/2324-ghrenassia-sacchi2018a.pdf>. Accesso in 1.09.2025.

GIALUZ, Mitja. L'"archiviazione meritata" come terza via tra archiviazione ed esercizio dell'azione penale. *Proc. Pen. Giust.,* 2, p. 309, 2021.

GLESS, Sabine; ZURKINDEN, Nadine. Negotiated Justice–Balancing Efficiency and Procedural Safeguards. In: LIGETI, Katalin; FRANSSEN, Vanessa (a cura di). *Challenges in the Field of Economic and Financial Crime in Europe and the US*. Oxford: Hart Publishing, p. 117, 2017.

HOGDSON, Jacqueline. Plea Bargaining: A Comparative Analysis. In: WRIGHT, James D. *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*. Oxford: Elsevier, p. 226, 2015.

JARVERS, Kostanze. Uno sguardo critico attraverso la lente dei §§153, 153a StPO. In: QUATTROCOLO, Serena (a cura di). *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*. Torino: Giappicchelli, p. 171, 2015.

KLUTH, Christopher. *Die „Schwere der Schuld" in § 153a StPO*, p. 57. Disponibile in: <https://d-nb.info/1141577429/34>. Accesso in: 31.08.2025.

KRAUSE-ABLAß, Anna-Elisabeth; HAUCK, Pierre. Zwei Jahre Europäische Staatsanwaltschaft – Erfahrungen und Perspektiven aus deutscher Sicht. *Wistra,* p. 441, 2023.

KULHANEK, Tobias. §153a StPO. In: VON HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd; BOCKEMÜHL, Jan (a cura di). *KMR - Kommentar zur Strafprozessordnung*. Wolters-Kluwer, 2025.

LANGER, Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. *Harv. Int'l L.J.*, 45, 1, p. 1, 2004.

LANGER, Máximo. Plea Bargaining, Conviction Without Trial, and the Global Administratization of Criminal Convictions. *Annu. Rev. Criminol.*, 4, p. 1.1., 2021.

LOMBARDI, Filippo. La Procura europea: A) Dal Corpus Juris al Decreto legislativo n. 9 del 2021. Proc. Pen. Giust., 4, p. 927, 2021.

LUPÀRIA DONATI, Luca; DELLA TORRE, Jacopo. Profili dell'azione penale (e dell'inazione) nel sistema della Procura europea. *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2, p. 347, 2023.

MANGIARACINA, Annalisa. Dalle indagini all'ammissione della prova in giudizio. In: DI PAOLO, Gabriella; PRESSACCO, Luca; BELFIORE, Rosanna; RAFARACI, Tommaso (a cura di). *L'attuazione della Procura Europea. I Nuovi Assetti Dello Spazio Europeo Di Libertà, Sicurezza E Giustizia*, p. 213, 2022.

MANTOVANI, Marco; CAIANIELLO, Michele. L'irruzione della negozialità nel sistema penale. *Ind. Pen.*, p. 1195, 2002.

MARCOLINI, Stefano. *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*. Milano: Giuffrè, 2005.

MAZZACUVA, Federico. Justifications and Purposes of Negotiated Justice for Corporate Offenders: Deferred and Non-Prosecution Agreements in the UK and US Systems of Criminal Justice. *JCL*, 78, 3, p. 249, 2014.

MITSILEGAS, Valsamis. EU Criminal Law. Oxford: Hart Publishing, 2022.

MORGENSTERN, Christine. "Diversion" e sanzioni non detentive nell'ordinamento penale tedesco: Una comparazione con il sistema italiano del giudice di pace. In: PICOTTI, Lorenzo; SPANGHER, Giorgio (a cura di). *Competenza penale del giudice di pace e "nuove" pene non detentive. Effettività e mitezza delta sua giurisdizione*. Milano: Giuffrè, p. 91, 2003.

PALMIERI, Luigi. *La procura europea. Struttura e legittimazione dell'ufficio. Adeguamento ordinamento nazionale e diritti della difesa*. Wolters Kluwer-CEDAM, 2014.

POGGI D'ANGELO, Marina. *La Proteiforme Riparazione dell'Offesa nei Reati Economici: Spunti Comparatistici con il Sistema Francese*. Disponibile in: <https://www.penaledp.it/la-proteiforme-riparazione-delloffesa-nei-reati-economici-spunti-comparatistici-con-il-sistema-francese/?print-posts=pdf>. Accesso in: 31.08.2025.

PRADEL, Jean. Le plaider coupable, confrontation des droits américain, italien et français. *RIDC,* 57, 2, p. 473, 2005.

PRESSACCO, Luca. Indagini e promovimento dell'azione penale del pubblico ministero europeo. *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 4, p. 1353, 2021.

QUATTROCOLO, Serena; LUACES GUTIÉRREZ, Ana Isabel. Conformidad e patteggiamento: spunti per un'analisi comparata tra Spagna e Italia. *Riv. It. Dir. Proc. Pen.,* 1, p. 341, 2005.

RUGGIERI, Francesca. Reati nell'attività imprenditoriale e logica negoziale. Procedimenti per reati di impresa a carico di persone ed enti tra sinergie e conflitti. In: *Criminalità d'impresa e giustizia negoziata: esperienze a confronto*. Milano: Giuffrè, p. 55, 2017.

RUGGIERO, Rosa Anna. Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti. Torino: Giappicchelli, 2018.

RUGGIERO, Rosa Anna. Non Prosecution Agreements e Criminalità d'impresa negli U.S.A.: Il Paradosso del Liberismo Economico. Disponibile in: <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/4199-non-prosecution-agreements-e-criminalita-d-impresa-negli-usa-il-paradosso-del-liberismo-economico>. Accesso in: 31.08.2025.

SALAZAR, Lorenzo. *Habemus* EPPO! La lunga marcia della Procura europea. *Arch. Pen.,* 3, 2017.

SCARCELLA, Alessio. Applicabile anche all'ente il Regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio, del 12 ottobre 2017, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione di una procura europea («EPPO»)?, *Resp. amm. soc. enti*, 1, p. 167, 2018.

SCHNABL. § 153a StPO. In: Satzger, Helmut; Schluckebier, Wilhelm; Widmaier, Raik (a cura di). *StPO – Kommentar.* Carl Heymanns Verlag, 2023.

SICO, Valeria. Valutazione dell'operatività della procura europea alla luce delle prime prassi applicative e criticità. In: CAPELLI, Fausto (a cura di). *La procura europea e i controlli sull'impiego dei fondi PNRR*. Napoli: Editoriale Scientifica, p. 119, 2024.

TALEB, Akila. Les procédures de guilty plea: plaidoyer pour le développement des formes de justice 'négociée' au sein des procédures pénales modernes: Étude de droit comparé des systèmes pénaux français et anglais. *RIDP*, 83, 1, p. 89, 2012.

THAMAN, Stephen C. Plea-Bargaining, Negotiating Confessions and Consensual Resolution of Criminal Cases. In: BOELE-WOELKI, Katharina; VAN ERP, J.H..M. *General Reports of the XVIIth Congress of the International Academy of Comparative Law – Rapports généraux du XVIIe Congrès de l'Académie Internationale de Droit Comparé*. Bruxelles-Utrecht: Bruylant-Eleven, p. 951, 2007.

TRENTMANN, Christian H. W. Das Strafverfahren als „kapitalistisches System"?: Zu Verfahrenseinstellungen unter Geldauflage (§ 153a Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 StPO) samt nachdrücklichen Justierungsvorschlägen de lege ferenda. *GVRZ*, 3, 1, p. 4, 2020.

TULKENS, Françoise. Una giustizia negoziata?. In: CHIAVARIO, Mario (a cura di). *Procedure penali d'Europa*. Padova: CEDAM, 2001.

VASCONCELLOS, Vinicius G. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

WADE, Marianne L. The EPPO and the pitfalls of actuarial justice. *Maastricht J. Eur. Comp. Law*, 28, 2, p. 265, 2021.

ZÁRATE CONDE, Antonio; DE PRADA RODRÍGUEZ, Marcela. Transactions and "Simplified Procedures" in the Framework of the European Public Prosecutor's Office. A National Perspective. In: BACHMAIER WINTER, Lorena (a cura di). *The European Public Prosecutor's Office*: The Challenges Ahead. Springer, p. 174, 2018.

Authorship information

Isadora Neroni Rezende. Assegnista di ricerca in Procedura penale presso Università di Bologna. PhD. isadora.neroni2@unibo.it

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

Acknowledgement: Contributo realizzato nell'ambito del progetto PRIN '*EPPITALY. Enforcing the EPPO in Italy: An empirical study*'. Si ringraziano i membri del team di ricerca, Giulia Lasagni, Jacopo della Torre, Andrea Cabiale, Elisa Grisonich, Ernestina Sacchetto, Nicolò Gibelli e Antonio Pugliese per la collaborazione nella conduzione delle interviste realizzate. L'autrice è altresì riconoscente a Michele Caianiello per i suoi commenti a una versione preliminare di questo articolo, nonché a Elisa Grisonich ed Ernestina Sacchetto per il confronto sui sistemi spagnolo e francese, rispettivamente. Eventuali errori e inesattezze sono da attribuirsi unicamente all'autrice.

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.

Data Availability Statement: In compliance with open science policies, all data generated or analyzed during this study are included in this published article.

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

- Submission: 19/09/2025
- Desk review and plagiarism check: 25/09/2025
- Review 1: 27/09/2025
- Review 2: 26/10/2025
- Preliminary editorial decision: 27/10/2025
- Correction round return: 06/11/2025
- Final editorial decision: 11/11/2025

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 2 (GL and JDT)
- Reviewers: 2

How to cite (ABNT Brazil):

NERONI REZENDE, Isadora. Sui limiti della giustizia negoziale nel sistema EPPO: Criticità e margini di ampliamento delle procedure semplificate di azione penale. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 11, n. 3, e1315, set./dez. 2025. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v11i3.1315

License Creative Commons Attribution 4.0 International.

La deriva epistémica de la conformidad penal en España: del juicio oral a un proceso estructuralmente sesgado

The Epistemic Drift of Criminal Plea Agreements in Spain: From Oral Trial to a Structurally Biased Process

Núria Borràs Andrés[1]

Universidad de Barcelona, Barcelona, España

nborras@ub.edu

orcid.org/0000-0002-7428-6545

Resumen: Este trabajo analiza la transformación del sistema de conformidad penal español tras la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia. Se examina cómo la conformidad ha evolucionado desde un mecanismo marginal en 1882 hasta convertirse en la forma predominante de terminación del proceso penal. El estudio identifica una desfiguración estructural del proceso penal: la fase previa al juicio lleva años usurpando el papel del juicio oral, convirtiéndose en una encubierta primera instancia. Esta realidad se alimenta de tres tendencias procesales: la exhaustividad investigadora, la progresión de decisiones jurisdiccionales previas al juicio, y el aumento del principio contradictorio en la instrucción. Crucialmente, el trabajo demuestra cómo los sesgos cognitivos inherentes a la investigación y la permeabilidad de las conclusiones policiales se proyectan directamente sobre las sentencias de conformidad sin el filtro correctivo judicial. Esta dinámica compromete la función epistémica del proceso penal y cuestiona la legitimidad de un sistema que ha institucionalizado la renuncia al enjuiciamiento contradictorio como regla general.

Palabras clave: Conformidad; sesgos cognitivos; presunción de inocencia; justicia negociada.

[1] Doctora en Derecho Procesal por la Universidad de Barcelona (2022). Investigadora visitante de la Ludwig-Maximilians-Universität München y de la Universidad de Leiden. Investigadora postdoctoral de la Universidad de Brescia. Actualmente, profesora lectora de derecho procesal de la Universidad de Barcelona.

Abstract: *This paper analyzes the transformation of the Spanish plea bargaining system following Organic Law 1/2025 of January 2, which introduces measures to enhance the efficiency of the Public Justice Service. It examines how plea bargaining has evolved from a marginal mechanism in 1882 to become the dominant mode of criminal case resolution. The study identifies a fundamental distortion in criminal procedure: the preliminary investigation phase has effectively supplanted the oral trial, functioning as a de facto first instance court. This reality is sustained by three procedural trends: the exhaustive nature of preliminary investigations, the proliferation of pre-trial judicial decisions, and the gradual introduction of adversarial principles during the investigative phase. The paper demonstrates how cognitive biases inherent in criminal investigations and the uncritical adoption of police findings are transmitted directly into plea agreements without the corrective mechanisms provided by oral trials. This dynamic severely undermines the truth-seeking function of criminal justice and raises serious questions about the legitimacy of a system that has normalized the waiver of adversarial trials as standard practice.*

Keywords: *Plea bargaining; cognitive biases; presumption of innocence; negotiated justice.*

Introducción

El proceso penal español ha experimentado en 2025 una transformación sin precedentes. La eliminación completa de los límites penológicos para la conformidad del acusado mediante la Ley Orgánica 1/2025[2] constituye la culminación de un proceso de 143 años que ha visto cómo este instituto procesal ha pasado de la marginalidad a convertirse en la forma predominante de terminación del proceso penal[3], con tasas que superan el 54% en violencia de género y alcanzan el 79% en la jurisdicción

[2] Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia. BOE-A-2025-76.

[3] Vid. Propuesta de la Fiscalía Española de 60 medidas para el plan de desescalada en la Administración de Justicia tras la pandemia del coronavirus Covid-19. En dicho documento se insistía en el "fomento de las conformidades en los distintos estadios procesales".

de menores[4]. En este contexto, la conformidad española, al igual que otros modelos europeos continentales, ha intentado compatibilizar las demandas de eficiencia con el mantenimiento de las garantías propias del sistema procesal continental, estableciendo *a priori* límites más estrictos que el sistema americano y manteniendo un supuesto control jurisdiccional sobre los acuerdos.

El presente trabajo tiene por objeto analizar críticamente esta reciente transformación, no únicamente describiendo la evolución normativa de la conformidad, sino su impacto en el sistema procesal y, más importante si cabe, en su corrección epistémica. A lo largo de las líneas que siguen, me propongo desentrañar cómo la conformidad se ha convertido en el síntoma visible de una desfiguración estructural del proceso penal español que viene dándose desde hace décadas, donde la fase de instrucción ha usurpado de facto el papel del juicio oral, convirtiendo lo que debería ser una fase preparatoria en un *pre-juicio* difícilmente reversible. En íntima conexión con lo anterior, pretendemos evidenciar cómo esta realidad compromete seriamente la función epistémica del proceso penal, al proyectar sobre los acuerdos y las sentencias de conformidad los sesgos cognitivos y limitaciones inherentes a la investigación preliminar. Ante ello, cabe plantearse la siguiente pregunta: ¿Es el sistema de conformidades una regresión a los esquemas epistémicos propios del sistema inquisitivo?

Para dar respuesta a ello, el trabajo se estructura a lo largo de tres núcleos temáticos. En primer lugar, se ofrecerá el marco contextual, trazando la evolución histórica de la conformidad del acusado en España, desde la LECrim de 1882 hasta la reforma de 2025, y analizando su compleja arquitectura jurídica actual. La segunda parte del trabajo constituye el núcleo crítico del estudio y examina cómo el anclaje histórico en la fase de instrucción, las dilaciones procesales y la progresiva judicialización de la investigación han creado un ecosistema procesal que aboca a la

[4] Memoria Fiscalía general del estado 2024, cap. III, "Menores". Disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2024/FISCALIA_SITE/index.html. Los datos estadísticos revelan la magnitud de esta transformación. Según la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2024, las sentencias de conformidad representaron el 54,22% del total de sentencias condenatorias en materia de violencia de género durante 2023, ascendiendo a 29.815 conformidades de un total de 46.219 condenas.

proliferación de conformidades. Finalmente, la tercera parte aborda la dimensión epistemológica del problema, explorando cómo los sesgos cognitivos inherentes a la investigación policial y judicial se proyectan sin filtro alguno sobre las sentencias de conformidad, comprometiendo así la legitimidad del sistema en su conjunto.

1. La conformidad en España: de la marginalidad a la hegemonía procesal

1.1. La conformidad en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882

La Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882 (LECrim en adelante), heredera del *Code d'Instruction Criminelle* de 1808[5], incorporó la conformidad desde su génesis en el artículo 688 de la Ley, que regulaba esta figura procesal bajo la rúbrica "De la confesión de los procesados y personas civilmente responsables", estableciendo la posibilidad de que el acusado manifestara su conformidad con los hechos y la pena durante el juicio oral. La Exposición de Motivos de la Ley declaraba explícitamente su intención de "seguir el ejemplo de Francia, Bélgica y otras naciones continentales europeas", adoptando un sistema que pretendía combinar la instrucción, hasta el momento de corte inquisitorial, con un juicio oral de inspiración acusatoria, público, oral y contradictorio.

Aun habiendo sido regulada, la conformidad del acusado en España permaneció durante su primer siglo como un mecanismo con aplicación práctica marginal[6]. Por una parte, la cultura jurídica española de finales del siglo XIX y gran parte del XX trató de mantener e impulsar una concepción sacralizada del juicio oral como momento culminante del proceso penal,

---

[5] GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. El proceso penal español a comienzos del siglo XXI: Diagnóstico sobre sus principales problemas y propuesta de posibles soluciones, al hilo de la lucha contra la criminalidad organizada y la persecución de los delitos de corrupción. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, n. 1, p. 6.

[6] RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás. La conformidad en el anteproyecto de ley de enjuiciamiento criminal de 2020: reflexiones y materiales para su futura redefinición. *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, Valencia, n. 5, p. 14.

donde debía escenificarse la búsqueda de la verdad material a través del debate contradictorio, abandonando de una vez el protagonismo inquisitivo de la fase de instrucción[7]. Por otra, el propio diseño procesal de la conformidad en el texto original de 1882 la configuraba más como una forma de confesión cualificada que como un verdadero mecanismo de terminación consensuada del proceso. Esta configuración ideal del proceso penal contenida en la LECrim de 1882, alejada de los matices negociales en la justicia penal, ha marcado profundamente la evolución y las reformas posteriores del instituto, que siempre han buscado ocultar una deriva privatista o consensual del proceso penal.

1.2. El nuevo procedimiento abreviado de 1988

Fue a partir de 1989, con la creación del procedimiento abreviado, cuando se produjo el punto de partida para la introducción del consenso en nuestro sistema procesal[8]. Esto sucedió con la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, que aprovechó una oportunidad de ajuste constitucional para acometer una importante reforma del proceso penal, configurando un nuevo modelo procedimental que amplió el papel de la conformidad en el sistema judicial[9]. A los efectos que aquí nos interesan, se multiplicaron los

---

[7] Esta intención se refleja en varios pasajes de la Exposición de Motivos de la LECrim de 1882, entre los que destaca: "*Alude el infrascrito a la costumbre, tan arraigada de nuestros Jueces y Tribunales de dar escaso o ningún valor a las pruebas del plenario, buscando principal o casi exclusivamente la verdad en las diligencias sumariales practicadas a espaldas del acusado. No; de hoy más las investigaciones de Juez instructor no serán sino una simple preparación de juicio.*"

[8] Como acertadamente señaló la Circular 1/1989 de la Fiscalía General del Estado, "aunque el nuevo proceso se incluya en el Libro IV dedicado a los procedimientos especiales, no puede en propiedad calificarse como especial a un procedimiento que va a constituir el proceso de más general aplicación, por venir sometidas a él la mayor masa de las causas por delito". Así lo apunta BARONA VILAR, Silvia. La conformidad en el proceso penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994, p. 86 y ss.

[9] Se trató de una ley promulgada en ocasión de la Sentencia del Tribunal Constitucional n. 145/1988, de 12 de julio de 1988, que declaró parcialmente inconstitucional la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, de Enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes, porque otorgaba al Juez de instrucción competencia para juzgar determinados delitos de menor gravedad. La sentencia anunció la incompatibilidad de funciones de

momentos procesales en que podía alcanzarse la conformidad, superando la rigidez del sistema anterior. Concretamente, la reforma introducía la posibilidad de un escrito conjunto de conformidad entre la acusación y la defensa, así como la posibilidad de la Fiscalía de modificar las conclusiones acusatorias antes de la vista, para conseguir la conformidad de la defensa. Como puede intuirse, con ello se favorecían conversaciones y negociaciones entre defensa y acusación en un contexto no oficial.

La Circular 1/1989 de la Fiscalía General del Estado identificó el cambio que subyacía a las reformas procesales de la ley mencionada al señalar que la nueva regulación "atenúa el peso de la fase instructora judicial, al par que acentúa el principio acusatorio y el papel de las partes en el proceso". Soslayando el hecho de que la figura de la conformidad presenta una relación compleja con los fines del principio acusatorio y refuerza el peso de la fase instructora, bajo el lema de este cambio de paradigma se abrieron las puertas a la conformidad, y la flexibilización de los trámites hizo más atractiva esta figura, a la vez que el nuevo papel activo del Fiscal, configurado como impulsor del procedimiento, incluyó la promoción de soluciones consensuadas. Por último, la presión sobre un sistema judicial históricamente sobrecargado hizo que, pese a las persistentes críticas doctrinales[10] los operadores jurídicos comenzaran a ver con buenos ojos las soluciones negociadas como válvula de escape a la congestión judicial. Después de 1988, la conformidad pasó de excepcional a convertirse en una práctica más habitual, se creó una cultura judicial progresivamente más receptiva a las soluciones negociadas y se inició la transición hacia un sistema de terminación anticipada con mayores matices consensuales.

---

instrucción y enjuiciamiento en un mismo juez. En este sentido, la Ley sí pretendía reforzar el principio acusatorio.

[10] VIVES ANTON, Tomás Salvador. Doctrina constitucional y reforma del proceso penal. *Revista del Poder Judicial,* n. extra 2, p. 93-130; AGUILERA MORALES, Marien. *El principio del consenso. La conformidad en el proceso penal español,* Barcelona: Cedecs, 1998; OLAIZOLA NOGALES, Inés. El principio de oportunidad ¿modernización o crisis del Derecho penal? *Revista Nuevo Foro Penal,* v. 10, n. 82, p. 13; RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. *El consenso en el proceso penal español*, Barcelona: J.M. Bosch, 1997.

1.3. El juicio rápido y la conformidad premiada de 2002

El siguiente hito en la evolución de la conformidad española se alcanzó con la Ley 38/2002, de 24 de octubre[11]. Esta reforma, que entró en vigor el 27 de noviembre de 2002, no se limitó a crear un nuevo procedimiento especial, sino que introdujo la denominada "conformidad premiada" en el panorama procesal español.

Con esta reforma, el artículo 779.1.5º LECrim fue modificado para permitir la transformación del procedimiento abreviado en juicio rápido (arts. 800 y 801 LECrim) cuando el acusado reconoce los hechos durante la instrucción, creando una pasarela procesal entre ambos procedimientos basada en el reconocimiento de la responsabilidad penal. En segundo lugar, se permite que la conformidad se preste también después de haber presentado el escrito de defensa, de manera conjunta con la acusación, en cualquier momento anterior al juicio oral. En tercer lugar, se introduce en los juicios rápidos un sistema de incentivos procesales: cuando el acusado reconoce los hechos y acepta su responsabilidad ante el Juzgado de Guardia, obtiene una reducción automática de un tercio de la pena solicitada por la acusación (art. 801 LECrim). La conformidad premiada se convirtió rápidamente en la forma ordinaria de terminación de estos procedimientos, hasta el punto de que los juicios orales en el ámbito del enjuiciamiento rápido empezaron a ser la excepción más que la regla en delitos típicos de este procedimiento como son, por ejemplo, los delitos contra la seguridad vial[12].

1.4. La Ley 1/2025 y el consenso sin límites

La Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia[13] representa la culminación

---

[11] Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado.

[12] Memoria de la Fiscalía General del Estado 2023. Capítulo III, 5.4, *La estadística de procedimientos judiciales*: "la inmensa mayoría de acusaciones –cuatro de cada cinco– se formulan por el cauce del juicio rápido, con un porcentaje estimado de sentencias de conformidad de aproximadamente el 90%".

[13] Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia; BOE núm. 3, de 3 de enero de 2025. Ref. BOE-A-2025-76.

lógica del proceso hasta ahora referenciado. Refiriéndonos a ella como lógica queremos resaltar que se trataba de un final anunciado a la luz del camino recorrido[14], de la aceptación progresiva de la figura y de una cuestionable falta de compromiso estructural, del que nos encargaremos más adelante, con el tradicional sistema jurisdiccional. Esta reforma se ha operado principalmente en sede del artículo 655 LECrim, y ha eliminado completamente los límites penológicos que tradicionalmente habían constreñido la aplicación de la conformidad, permitiendo ahora que cualquier acusado pueda conformarse independientemente de la duración de la pena solicitada.

La justificación oficial de esta reforma se centra en la necesidad de acabar con las denominadas conformidades encubiertas[15], práctica cada vez más extendida en nuestros tribunales consistente en simular la celebración de un juicio oral contradictorio cuando en realidad existe un acuerdo previo entre las partes[16]. De este modo se lleva a cabo una teatralización de las garantías procesales en el sentido siguiente: se mantiene la apariencia formal de un juicio oral, para posteriormente evacuar una sentencia que aparenta fundamentarse en la actividad probatoria desplegada. Sin embargo, la realidad subyacente es radicalmente

---

[14] Así ha venido siendo anunciado por doctrina de referencia. Vid. AGUILERA MORALES, Marien. La deriva del "principio" del consenso. *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, v. 2, p. 63: "Junto a lo anterior, de la lectura conjunta de ambos textos se extrae asimismo la decidida inclinación de potenciar el principio de consenso. En lo que interesa, la fórmula propuesta para lograr este objetivo es suprimir los actuales límites penológicos de la conformidad". También GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. La conformidad, institución clave y tradicional de la justicia negociada en España. *Revue internationale de droit pénal,* v. 1, n. 83, p. 40: "Nada es seguro en estos momentos (...) pero sí nos atrevemos a afirmar que este texto legal tendrá que apostar por las llamadas soluciones alternativas a la Justicia penal clásica y dentro de ellas por la Justicia negociada. En esta perspectiva, la institución española de la conformidad desempeñará un papel cada día más importante".

[15] Es paradigmática en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo español de 27 de octubre de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:4663) que anuló una sentencia en la que se imponía una pena de 21 años de prisión, al considerar que se trató de una conformidad simulada *contra legem*.

[16] FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. El Plea Bargaining, o cómo pervertir la justicia penal a través de un sistema de conformidades low cost. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 20, p. 25.

distinta, pues el reconocimiento fáctico efectuado por el acusado en los momentos iniciales de la vista oral conlleva el abandono de facto de la práctica probatoria restante, permitiendo al Ministerio Fiscal reformular sus conclusiones en consonancia con los términos pactados previamente[17]. Según sus promotores, la reforma pretende dotar de transparencia y seguridad jurídica a una práctica que ya venía produciéndose de facto en los tribunales españoles. Sin embargo, la decidida inclinación del legislador por potenciar la terminación anticipada de los procedimientos mediante la supresión de los límites penológicos de la conformidad plantea interrogantes fundamentales sobre el modelo de justicia penal que estamos construyendo.

2. La compleja arquitectura de la conformidad en España

2.1. Naturaleza jurídica y requisitos de validez

La naturaleza jurídica de la conformidad ha sido objeto de intenso debate desde su configuración moderna en 1988[18]. Probablemente, una aproximación acertada sea la que ha propuesto al definir la conformidad como un acto dispositivo de doble actuación, procesal y material[19]. De este modo, a través de la conformidad no solo se produce una simplificación y reducción de las actuaciones procesales, sino que también se determina el contenido jurídico material de la sentencia. Se trata, por tanto, de un acto de disposición que consiste en la declaración de voluntad del acusado

---

[17] AGUILERA MORALES, Marien. La deriva del "principio" del consenso. *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal.*, v. 2, p. 54.

[18] La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha optado por una caracterización ecléctica, definiéndola en sentencias como la n. 3335/1991, de 17 de junio, como "una institución que pone fin al proceso basándose en razones utilitarias o de economía procesal", mientras que en resoluciones posteriores como las Sentencias del Tribunal Supremo n. 778/2006 y 971/2010 se inclina por conceptuarla como "un allanamiento a las pretensiones de la acusación sin llegar a su equiparación total".

[19] RODRÍGUEZ GARCIA, Nicolás. La conformidad. In: NIEVA FENOLL, Jordi y BUJOSA VADELL, Llorenç. *Nociones Preliminares del Derecho Procesal Penal,* Barcelona: Atelier, 2016, p. 139.

por la cual se permite la terminación del proceso y la determinación de la pena máxima a imponer por el órgano judicial[20].

Los requisitos de validez de la conformidad han sido progresivamente depurados por la jurisprudencia hasta cristalizar en cuatro exigencias fundamentales. En primer lugar, la conformidad debe ser absoluta, esto es, prestarse sin condiciones, plazos o limitaciones de clase alguna, de modo que no caben conformidades parciales respecto de los hechos o conformidades condicionadas a futuras circunstancias[21]. En esta misma línea, la conformidad debe ser prestada por todos los acusados -exigencia que se exceptúa en el caso de las personas jurídicas-[22]. En segundo lugar, debe cumplir con el requisito de formalidad, manifestándose de forma expresa y conforme a las exigencias legales establecidas para cada momento y tipo procesal. El tercer requisito, el carácter personalísimo[23], implica que únicamente el acusado puede prestar directamente su conformidad, sin posibilidad de representación o sustitución, ni siquiera por poder especial[24]. Por último, la voluntariedad exige que el acto sea realizado de manera consciente y libre por el acusado, sin coacciones ni vicios del consentimiento[25].

---

[20] RODRÍGUEZ GARCIA, Nicolás. La conformidad. In: NIEVA FENOLL, Jordi y BUJOSA VADELL, Llorenç. *Nociones Preliminares del Derecho Procesal Penal,* Barcelona: Atelier, 2016, p. 139.

[21] LÓPEZ YAGÜES, Verónica. El acusado ante la acusación. In: ASENCIO MELLADO, José María (dir.); FUENTES SORIANO Olga (coord.). *Derecho Procesal Penal,* 4ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch 2025, p. 408.

[22] ESPAÑA, Tribunal Supremo, Recurso de Casación n. 713/2017, Sala Segunda, Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo del Arco, 30/10/17 (ES:TS:2017:4581); ESPAÑA, Tribunal Supremo, Sentencia n. 607/2019, Recurso de Casación n. 1002/2018, Sala Segunda, Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde, 10/12/2019.

[23] FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. El Plea Bargaining, o cómo pervertir la justicia penal a través de un sistema de conformidades low cost. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 20, p. 21.

[24] LÓPEZ YAGÜES, Verónica. El acusado ante la acusación. In: ASENCIO MELLADO, José María (dir.); FUENTES SORIANO Olga (coord.). *Derecho Procesal Penal,* 4ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch 2025, p. 408.

[25] ESPAÑA, Tribunal Supremo, Recurso de Casación n. 1007/2002, Sala Segunda, Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Delgado García, 14/05/2003.

Estos requisitos encuentran su correlato en los estándares europeos establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia *Natsvlishvili and Togonidze v. Georgia*, de 29 de abril de 2014, que fijó los requisitos mínimos que deben cumplir estos sistemas para ser compatibles con el artículo 6 del CEDH. El Tribunal estableció dos condiciones fundamentales: primera, la aceptación debe ser voluntaria e informada; segunda, debe existir un control judicial suficiente que verifique no solo la voluntariedad del consentimiento, sino también la existencia de una base fáctica que justifique la condena. Además de estos requisitos básicos, el ordenamiento jurídico español ha desarrollado una doble garantía, que requiere tanto el consentimiento expreso del acusado como la ratificación de su abogado defensor, configurándose como una salvaguarda adicional del derecho de defensa (art. 655 LECrim).

Cierto es que la legitimidad de dicho sistema del consenso descansa teóricamente en la voluntariedad del acuerdo. Sin embargo, la práctica ha demostrado las enormes presiones que operan sobre los acusados para aceptar los acuerdos, pues la amenaza de penas desproporcionadamente superiores en caso de ir a juicio -el denominado *trial penalty* en el contexto anglosajón[26]- genera un contexto coercitivo que cuestiona la voluntariedad, especialmente en acusados de escasos recursos económicos representados por defensores públicos sobrecargados[27]. De hecho, en la misma sentencia mencionada del TEDH, se reconoció que el contexto en que se desarrollan las negociaciones puede comprometer su validez, citando como factores problemáticos la existencia de una tasa de condena superior al 90% que reducía drásticamente el poder de negociación real del acusado, así como la detención preventiva prolongada como elemento de presión, ambos fenómenos con plena vigencia en el sistema español.

Complementariamente, el control judicial sobre la conformidad resulta imprescindible para verificar tanto la legalidad como la procedencia

---

[26] JOHNSON, Brian D. Paying the Trial Tax: Race, Guilty Pleas and Disparity in Prosecution. *Criminal Justice Policy Review*, v. 31, n. 4, p. 513-514.

[27] LANGBEIN, John Harriss. *The origins of adversary criminal trial,* Oxford/Nueva York: Oxford University Press, 2003, p. 256-257, entre la doctrina anglosajona; SCHÜNEMANN, Bernd. El propio sistema de la teoría del delito. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, n. 1, p. 8; SCHÜNEMANN, Bernd, *La Reforma del Proceso Penal*, Madrid: Dykinson, 2005, p. 134.

de la pena acordada. Este control no debería ser una mera formalidad, sino que, como establece el actual artículo 655 LECrim, el tribunal debe verificar que "la calificación aceptada es correcta y que la pena es procedente según dicha calificación". Si el tribunal considera incorrecta la calificación o improcedente la pena, debe requerir a las partes para que modifiquen sus escritos o, en caso contrario, ordenar la continuación del juicio. Cuestionable es, como veremos más adelante, si dicho control es efectivamente posible.

2.2. Articulación procesal de la conformidad tras la reforma de 2025

Si algo puede afirmarse con claridad respecto de la conformidad en España es que se trata de una figura dispersa y con una regulación fragmentada[28]. Dicha situación es fruto de la propia dispersión procedimental que contiene nuestro código procesal, que regula diferentes procedimientos según la gravedad de la pena asociada a los hechos delictivos. Como se comprobará seguidamente, la Ley no ha sistematizado la figura de la conformidad de modo unitario o como un tipo procedimental, sino que la regula de modo heterogéneo en sede de cada uno de dichos procedimientos.

En relación con el procedimiento ordinario, la reforma operada por la LO 1/2025 ha supuesto un avance en el reconocimiento del régimen de la conformidad. La versión anterior del artículo 655 LECrim limitaba esta posibilidad a delitos con pena de prisión de hasta seis años, mientras el nuevo artículo elimina toda referencia a límites penológicos, estableciendo un régimen de conformidad aplicable a cualquier delito, independientemente de su gravedad. En sede de este procedimiento, se ha establecido por primera vez la posibilidad de presentar un escrito conjunto de conformidad firmado por acusación y defensa, estableciendo la ley que "el nuevo escrito de calificación que conjuntamente firmen las partes acusadoras y la parte acusada junto a su letrado o letrada, ni no podrá referirse a hecho distinto, ni contener calificación más grave que la del escrito de acusación anterior". Hasta este momento, como hemos visto, esta posibilidad de escrito conjunto estaba restringida al

[28] ESPAÑA, Tribunal Supremo, Recurso de Casación n. 1446/2003, Sala Segunda, Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer, 3/12/2004.

proceso penal abreviado, siendo en el procedimiento ordinario la única posibilidad la aceptación de la acusación más grave en el escrito de calificación de la defensa.

Se ha introducido también con carácter legal la obligación del Ministerio Fiscal de oír previamente a la víctima o perjudicado, aunque no estén personados en la causa, "siempre que sea posible y se estime necesario para ponderar correctamente los efectos y el alcance de tal conformidad" (art. 655.2 LECrim). Equiparando la redacción a aquello que ya estaba previsto en sede de procedimiento abreviado, se prevé la posibilidad de dictar sentencia oral inmediata con declaración de firmeza en el mismo acto si las partes renuncian a recurrir (655.6 LECrim), y se establecen mecanismos específicos para la conformidad de personas jurídicas, adaptando el instituto a las necesidades de la criminalidad corporativa moderna (655.8 LECrim). El tribunal también debe oír en todo caso al acusado acerca de si su conformidad ha sido prestada libremente y con conocimiento de sus consecuencias, estableciéndose que cuando el tribunal albergue dudas sobre si la persona acusada ha prestado libremente su conformidad, acordará la celebración del juicio.

En segundo lugar, en el ámbito del procedimiento abreviado, aplicable a delitos castigados con penas de hasta nueve años de prisión (757 LECrim), se mantienen los múltiples y flexibles momentos procesales para alcanzar el acuerdo. La primera opción se produce en el trámite de calificación, cuando la defensa puede manifestar conformidad con el escrito de acusación que califique más gravemente los hechos (art. 784.3 LECrim). Esta conformidad puede también formalizarse conjuntamente con el escrito de acusación del Ministerio Fiscal, posibilidad que facilita las negociaciones previas entre las partes.

Un segundo momento tiene lugar antes del inicio del juicio oral, en la fase de audiencia preliminar (785 LECrim), pues una de las funciones de este nuevo trámite es precisamente propiciar una sentencia de conformidad. Este momento procesal permite a las partes, con conocimiento ya de las pruebas admitidas y la composición del tribunal, valorar la conveniencia de alcanzar un acuerdo. El tercer momento se sitúa al inicio del juicio oral, antes de practicarse la prueba, conforme al artículo 787 LECrim. Esta última oportunidad permite incluso que las partes alcancen un acuerdo después de la comparecencia de testigos y peritos citados.

Además, el procedimiento abreviado contempla una modalidad específica de conformidad anticipada en el artículo 779.1.5ª LECrim. Cuando el investigado reconoce los hechos en presencia judicial durante la instrucción, el Juez puede acordar la continuación del procedimiento como juicio rápido, lo que permite acceder a la conformidad premiada del artículo 801 con reducción de un tercio de la pena.

Finalmente, en lo que respecta al procedimiento de enjuiciamiento rápido, este se encuentra regulado en los artículos 795 y 803 de la LECrim y se aplica a infracciones penales cuya sanción máxima no supere los cinco años de privación de libertad. Este procedimiento se inicia a través de un informe policial cuando la investigación resulta simple debido a que dicho informe ya contiene pruebas que señalan a un sospechoso concreto[29]. Una vez que el Juzgado de Guardia recibe este informe, realiza únicamente las actuaciones esenciales para esclarecer el hecho definitivamente. Durante ese mismo turno de guardia, la persona acusada, acompañada de su abogado, tiene la posibilidad de aceptar los cargos formulados por la Fiscalía. La conformidad en este procedimiento, denominada "premiada" por la doctrina y la praxis judicial, se caracteriza por la reducción automática de un tercio de la pena.

Los requisitos para acceder a esta modalidad privilegiada de conformidad en este procedimiento sí que están tasados: debe tratarse de hechos castigados con pena de hasta tres años de prisión o con pena de multa cualquiera que sea su cuantía o con otra pena de distinta naturaleza cuya duración no exceda de 10 años (art. 801.2º LECrim). Cuando se solicite pena de prisión, la pena solicitada o la suma de las penas solicitadas no debe superar, reducida en un tercio, los dos años de prisión. En caso de que se preste la conformidad, el mismo Juez instructor de Guardia -probablemente contra las exigencias de las imparcialidad judicial-[30] supervisa el cumplimiento de los requisitos y, de concurrir todos ellos, dicta sentencia de conformidad de forma oral.

---

[29] NIEVA FENOLL, Jordi. *Derecho Procesal III (Proceso Penal) Adaptado a la Ley Orgánica 1/2025,* 4ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2025, p. 525.

[30] NIEVA FENOLL, Jordi. *Derecho Procesal III (Proceso Penal) Adaptado a la Ley Orgánica 1/2025,* 4ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2025, p. 528.

3. La desfiguración del proceso penal español y su cristalización en el sistema de conformidad

3.1. El histórico anclaje a la centralidad de la fase previa al juicio

El sistema procesal español procede de una tradición inquisitiva a la que se quiso poner fin con la LECrim de 1882. En ese momento, la distinción entre el órgano encargado de la acusación y el órgano sentenciador, así como la entrega del protagonismo procesal a la fase de juicio oral se correspondían con dos hitos más que necesarios y que parecían garantizar la salud acusatoria del sistema[31]. Los avances fueron evidentes e innegables, pero el tiempo ha demostrado que los vicios del proceso penal tienen raíces profundas que van desde razones sociológicas[32], disfunciones epistemológicas[33], errores o predisposiciones psicológicas de los actores procesales[34] y otros tipos de intereses que no es necesario enumerar aquí pero que permiten entender que las reformas legislativas del proceso nunca son suficientes para sanear siglos de costumbre inquisitiva. La herencia inquisitiva, de modos más sutiles, pero no por ello menos impactantes, sigue determinando el funcionamiento -y ahora cada vez más la estructura- del proceso penal, revelando así la profunda resistencia de las prácticas judiciales a abandonar concepciones superadas normativamente, pero vigentes en el funcionar forense y que ya hace años que NIEVA

---

[31] Sobre la distinción entre acusación y juez sentenciador como rasgo del sistema acusatorio, FONSECA ANDRADE, Mauro. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*, Curitiba: Juruá, 2008, p. 246, citado en NIEVA FENOLL, Jordi. La instrucción como falsa "primera instancia" del proceso penal: hacia una total superación del sistema inquisitivo. *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal,* v. 1, p. 42.

[32] ANTÓN-MELLÓN, Juan; ÁLVAREZ JIMÉNEZ, Gemma; ROTHSTEIN, Pedro. Populismo punitivo en España (1995-2015): presión mediática y reformas legislativas. *Revista Española de Ciencia Política*, Madrid, n. 43, p. 13-36.

[33] TARUFFO, Michele. El juez y el historiador: consideraciones metodológicas. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 44, p. 17..

[34] JULIÀ PIJOAN, Miquel. A Raison d'Être for the Judicial Process: An Analysis from the Spanish Procedural System. *Quaestio Facti. Revista Internacional Sobre Razonamiento Probatorio*, Girona, n. 6, p. 109.

FENOLL denunció, bautizando la fase de investigación española como una falsa primera instancia del proceso penal[35].

En el modelo histórico inquisitorial, que durante siglos configuró la administración de justicia penal en nuestro territorio, la fase previa al juicio constituía el auténtico núcleo del proceso, el momento en que el juez instructor, investido de amplísimos poderes y actuando en el más absoluto secreto, reunía meticulosamente todos los elementos probatorios hasta alcanzar una convicción inquebrantable sobre la culpabilidad del investigado, momento culminante en el que, por fin, se le comunicaban los cargos que pesaban sobre él, provocando casi invariablemente una confesión que no era sino el reconocimiento de lo inevitable ante la abrumadora acumulación de indicios reunidos en su contra[36].

Esta configuración procesal, en la que el juicio oral quedaba reducido a una mera ceremonia ratificadora de decisiones adoptadas con anterioridad en los oscuros despachos de la instrucción, encuentra ahora un terreno propicio en el instituto de la conformidad. La conformidad actual, especialmente tras la eliminación de límites penológicos en 2025 y sin controles judiciales garantistas, se acerca a la institucionalización de aquella vieja práctica inquisitorial: el investigado, abrumado por el peso de una instrucción que ha ido confirmando sistemáticamente su culpabilidad, acepta su condena sin juicio, convirtiendo la renuncia al enjuiciamiento contradictorio en la regla y no en la excepción[37].

La propia LECrim Española navega en ciertas contradicciones desde hace años: pese a proclamar el juicio oral contradictorio como piedra angular del proceso, la fase de instrucción sigue siendo aquella con un contenido normativo más extenso. Del mismo modo, el procedimiento

---

[35] NIEVA FENOLL, Jordi. La instrucción como falsa primera instancia del proceso penal: hacia una total superación del sistema inquisitivo. *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal,* v. 1, p. 46.

[36] FINOCCHIARO, Enzo. La investigación penal preparatoria y la etapa de control en el sistema acusatorio", *Revista de Derecho Procesal Penal*, n. 6, p. 2; SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global. *Derecho penal y Criminología,* v. 25, n. 76, p. 190.

[37] VARONA, Daniel; KEMP, Steven y BENÍTEZ, Olivia. La conformidad en España: predictores e impacto en la penalidad. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, n. 1, p. 312.

abreviado, que actualmente es el más utilizado para dirimir las controversias penales goza de una regulación mucho menos extensa, y el instituto de la conformidad, que ha diseñado por la vía de los hechos un nuevo procedimiento penal, con prominencia en la actualidad, se esconde bajo un articulado heterogéneo en menos de una decena de artículos.

Interrogantes fundamentales emergen sobre la efectividad real de las transformaciones normativas: ¿hemos conseguido verdaderamente articular la fase de investigación como una fase preparatoria del juicio, o seguimos ante una investigación que prejuzga y condiciona el resultado final? Las dinámicas actuales, en las que la conformidad se fundamenta casi exclusivamente en lo actuado durante la instrucción, sugieren que no superaremos el modelo inquisitivo en algunos de sus aspectos, manteniendo bajo conceptos procesales modernos prácticas que recuerdan peligrosamente a aquellas confesiones forzadas por el peso de la investigación y por reticencia hacia la verdadera centralidad conclusiva del juicio.

3.2. Tendencias procesales que refuerzan el sistema de conformidad

3.2.1. Exhaustividad y dilaciones en la fase de investigación

Todo lo dicho anteriormente no es para nada un fenómeno nuevo en la dinámica procesal española. Como decíamos, ciertas tendencias procesales han enquistado en la práctica un sistema en el que, desde hace años, el juicio oral ha tenido un peso, si bien importante en términos formales, cada vez más marginal desde un punto de vista epistémico[38]. La reconstrucción de los acontecimientos criminales acontecidos a partir de vestigios fragmentarios constituye el desafío epistemológico fundamental al que se enfrenta todo proceso penal, una tarea compleja que exige no solo la recopilación de indicios sino también su interpretación

[38] Para un análisis detallado sobre factores extrajurídicos y tendencias actuales que incitan a la aceleración de procesos en España, vid. GONZÁLEZ GUARDA, Claudio Javier. La eficiencia en el sistema penal español: con especial referencia al modelo de conformidades. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal,* v. 7, n. 3, p. 2081.

coherente dentro de un marco narrativo que dé sentido al conjunto de elementos disponibles[39]. Esta complejidad inherente a la determinación de la verdad procesal, así como la necesidad de las partes de construir una estrategia procesal sólida previa a su enfrentamiento en el juicio, ha conducido a los órganos encargados de la investigación hacia una tendencia, comprensible pero problemática, consistente en agotar todas las posibilidades investigativas y probatorias durante la fase de instrucción, movidos por la convicción de que un mayor grado de certeza sobre los hechos en este momento procesal facilitará las decisiones posteriores y reducirá los márgenes de error en el enjuiciamiento[40].

Se suma a ello que el sistema procesal español exige un cierto nivel de convicción sobre la probabilidad delictiva para autorizar la apertura del juicio oral[41], de modo que los órganos investigadores se ven inevitablemente compelidos a construir relatos completos y aparentemente definitivos sobre los acontecimientos, elaborando narrativas cerradas que se basan necesariamente en información parcial, pues en el momento instructor no se dispone aún del conjunto completo de elementos probatorios que solo el juicio oral, con su estructura contradictoria y la inmediación judicial, puede proporcionar. Esta exigencia de validación judicial para la apertura del juicio oral, se justifica en el objetivo de fomentar la figura del sobreseimiento, de modo que los acusados no deban someterse a una pena de banquillo y atravesar un juicio que finalizaría en una absolución[42].

---

[39] ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto y GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. *Argumentación jurídica y prueba de los hechos*, Lima: Palestra Editores, 2023, p. 13. También TARUFFO, Michele. El juez y el historiador: consideraciones metodológicas. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 44, p. 13-39.

[40] BORRÀS ANDRÉS, Núria. *La instrucción sin prejuicios,* Madrid: Marcial Pons, 2023, p. 187-190.

[41] Según lo que se desprende del art. 783.1º LECrim *a contrario*, el juez dictará ese auto si estima que el hecho puede ser constitutivo de delito (art. 637. 2º LECrim) o que existen indicios racionales de criminalidad contra el acusado.

[42] MORENO CATENA, Víctor. El Ministerio Fiscal, director de la investigación de los delitos. *Revista Teoría & Derecho*, Valencia, n. 1, p. 80: "(...) por encima de eso [preparar el juicio], permite *evitar el juicio oral*, en la medida en que proporciona a todos los sujetos los elementos para decidir si procede o no la continuación del proceso con la apertura del juicio."; también ORTEGO PÉREZ, Francisco*, Instrucción sumarial y diligencias de investigación*, Barcelona: Atelier, 2019, p. 53-56.

Esta anterior consideración es completamente razonable. Sin embargo, actualmente esta exhaustividad en la investigación ha asumido el objetivo de evitar el plenario también para el caso opuesto al sobreseimiento, que es el de avanzar hacia la condena anticipada, de modo que, descartado el sobreseimiento, sea posible la conformidad.

Así pues, esta construcción prematura de hipótesis fácticas durante la instrucción, realizada además en un contexto que favorece la unilateralidad y el secreto parcial de las actuaciones, no solo compromete la dialéctica necesaria para valorar objetivamente las evidencias, sino que crea el caldo de cultivo para la proliferación de conformidades. Cuando las partes llegan a negociar sobre la base de una instrucción que aparentemente ha esclarecido todos los aspectos del hecho delictivo, el juicio oral se percibe como redundante, una repetición innecesaria de lo ya sabido. El Ministerio Fiscal, conocedor exhaustivo de todas las diligencias practicadas y de sus resultados, puede calibrar con precisión las posibilidades de éxito de su acusación y, consecuentemente, los términos en que está dispuesto a plantear una conformidad[43]. Además, el investigado, enfrentado a un expediente de investigación que presenta una narrativa aparentemente incontrovertible de su culpabilidad, ve en la conformidad -especialmente en su modalidad premiada- una vía de escape ante la perspectiva de una condena potencialmente mayor en juicio, una especie de castigo por ir a juicio al que la doctrina denomina como *trial tax*[44].

La paradoja se da en el hecho de que el sistema de conformidad, que lleva años impulsándose desde el deseo de minimizar el proceso penal y agilizar su tramitación, en realidad fomenta y se alimenta de un sistema que ralentiza y alarga disfuncionalmente los tiempos y etapas previos al juicio oral.

---

[43] Algunos fiscales ya han reconocido el papel prominente que va adquiriendo la Fiscalía en el sistema de conformidad. Vid. MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, Antonio. Algunas reflexiones críticas sobre la conformidad en el proceso penal. *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, v. 35, p. 167-194.

[44] JOHNSON, Brian D. Paying the Trial Tax: Race, Guilty Pleas and Disparity in Prosecution. *Criminal Justice Policy Review*, v. 31, n. 4, p. 513-514; LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. ¿Por qué se conforman los inocentes? *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, n. 3, p. 13.

3.2.2. La etapa previa al juicio como progresiva confirmación de la incriminación

La exhaustividad en las actuaciones que se llevan a cabo en la instrucción, que en muchos casos sería prescindible y que a su vez repercute desfavorablemente en la agilidad de esta fase previa, no se da únicamente desde un punto de vista material. También desde un punto de vista epistémico, los esquemas cognitivos del juicio oral se fueron introduciendo en esta etapa previa. La complejidad estructural de la fase de instrucción del proceso penal español, caracterizada por múltiples decisiones jurisdiccionales que jalonan su desarrollo, configura su compleja naturaleza jurídica y la convierte en la práctica en una sucesión de juicios escalonados que van confirmando progresivamente la hipótesis delictiva inicial; contradiciendo en cierto sentido la concepción teórica tradicional de la instrucción como fase meramente preparatoria.

Cada decisión procesal adoptada durante la instrucción, -desde el auto de incoación de diligencias hasta la resolución de procesamiento, pasando por las decisiones sobre medidas cautelares o la admisión de diligencias de investigación- se toma desde un juicio valorativo sobre la probabilidad de comisión del hecho delictivo y la verosimilitud de la participación del investigado[45]. La jurisprudencia, en un intento de racionalizar esta realidad, ha desarrollado una compleja gradación de estándares probatorios que varían según el momento procesal[46]: se habla de "indicios racionales" para la incoación, de "indicios suficientes" para el procesamiento, de "probabilidad cualificada" para las medidas cautelares personales, creando así una escala aparentemente garantista[47].

---

[45] NIEVA FENOLL, Jordi. La decadencia del sistema penal acusatorio. *Revista Vasca de derecho procesal y arbitraje,* v. 33, n. 4, p. 498.

[46] ESPAÑA, Tribunal Supremo, Recurso de Casación n. 429/2003, Sala Segunda, Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Delgado García, 9/01/2006: "La palabra indicios, que significa siempre la existencia de datos concretos reveladores de un hecho importante para las actuaciones judiciales, exige una mayor o menor intensidad en cuanto a su acreditación según la finalidad con que se utilizan".

[47] PASTOR LÓPEZ, Miguel. *El proceso de persecución: Análisis del concepto, naturaleza y específicas funciones de la instrucción criminal,* Valencia: Universidad de Valencia, 1979, p. 38.

La mencionada proliferación de juicios provisionales sobre la culpabilidad genera un efecto acumulativo que puede ser pernicioso: cada escalón procesal superado exitosamente por la acusación refuerza la percepción de culpabilidad del investigado, creando una inercia psicológica que compromete la presunción de inocencia[48].

Es por la contaminación que todo ello puede provocar, que la separación entre el juez sentenciador y el juez de instrucción se concibió como la clave para garantizar la imparcialidad, pues el juez del plenario deberá dictar la sentencia desvinculado de todo lo pronunciado anteriormente, basándose únicamente en las pruebas y sin tener acceso al expediente de investigación. Todo ello, como el lector ya estará intuyendo, se desfigura cuando el juez que dicta la sentencia de conformidad lo hace atendiendo a la descripción de los hechos pactada por las partes, únicamente confirmados por aquello practicado en la fase previa y sobre la confianza de todo lo avalado por el juez instructor[49]. Esta misma progresión de confirmaciones judiciales de la hipótesis incriminatoria funciona también como un mecanismo de presión hacia la conformidad y también como la legitimación de la misma. Ante todo ello, es inevitable plantearse lo siguiente: en el mecanismo de conformidad, ¿está el juez del plenario, quien debe controlar la razonabilidad de la calificación jurídica y de la pena, en condiciones de contradecir dicho peso instructor? ¿Es el control judicial en esta etapa suficiente para revertir posibles errores epistémicos de la instrucción? Parece razonable que la respuesta sea negativa: el juez está más atado de manos de lo que pudiera parecer a simple vista, tanto desde un punto de vista epistémico como institucional.

---

[48] Así se advierte por Alonso Martínez en la Exposición de Motivos de la LECrim 1882: "...al compás que adelanta el sumario se va fabricando inadvertidamente una verdad de artificio que más tarde se convierte en verdad legal, pero que es contraria a la realidad de los hechos y subleva la conciencia del procesado; y otra, que cuando éste, llegado al plenario, quiere defenderse, no hace más que forcejear inútilmente, porque entra en el palenque ya vencido o por lo menos desarmado".

[49] Traté el tema mucho más extensamente en BORRÀS ANDRÉS, Núria. *la instrucción sin prejuicios,* Madrid: Marcial Pons, 2023.

3.2.3 La consolidación de la contradicción en la etapa previa al juicio

La progresiva introducción del principio contradictorio en la fase de instrucción, aunque formalmente orientada a garantizar los derechos del investigado, ha tenido el efecto paradójico de legitimar y potenciar el sistema de conformidades. En primer lugar, la propia proliferación de mecanismos de terminación anticipada del proceso ha hecho imprescindible garantizar la contradicción durante la instrucción[50]. Si el proceso puede terminar con una condena basada exclusivamente en lo actuado en instrucción, resulta constitucionalmente inexcusable permitir la participación defensiva en esta fase, pues la igualdad de la acusación y la defensa en la fase previa del proceso penal, solamente podría ser eficaz si ambas partes tienen las mismas posibilidades de alegación[51]. Pero esta participación, a su vez, legitima el uso de la investigación como base suficiente para la condena, reforzando la tendencia a evitar el juicio oral.

En segundo lugar, el peso determinante del expediente instructor en las negociaciones de conformidad ha convertido la participación contradictoria en esta fase en un elemento esencial de la estrategia procesal de las partes. La defensa necesita participar activamente en la instrucción no tanto para preparar el juicio oral —que probablemente nunca llegará— sino para posicionarse adecuadamente en las negociaciones de conformidad que casi inevitablemente sobrevendrán. Cada diligencia instructora deviene así una pieza en el tablero de la negociación y la consecuencia de ello podría significar que su resultado no se valorase en función de la utilidad para el esclarecimiento de los hechos en juicio, sino en función de si fortalece o debilita las posiciones negociadoras de las partes.

En tercer lugar, la creciente admisión de diligencias instructoras como prueba valorable en juicio[52] -tendencia que también la contradicción anticipada ha venido a legitimar- ha creado un escenario procesal que

---

[50] TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (TEDH), García Alva c. Alemania, Demanda n. 23541/94, 13/02/2001.

[51] BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, Juan. La reforma del proceso penal: por un modelo contradictorio. *Justicia,* n. 3-4, p. 128.

[52] Aunque la regla general es la falta de valor probatorio de las diligencias de investigación (art. 741 LECrim), algunos preceptos procesales -714 y 730 LECTRIM- permiten traer al juicio oral y valorar las diligencias de investigación si se dan los presupuestos establecidos legalmente.

incentiva poderosamente la conformidad. El investigado sabe que lo actuado en instrucción, aunque teóricamente necesitado de reproducción en juicio, tiene ya un peso probatorio considerable[53]. Ante la perspectiva de un juicio donde el tribunal conocerá inevitablemente el contenido de una instrucción desarrollada contradictoriamente, la conformidad ofrece al menos la ventaja de controlar el resultado mediante negociación.

De nuevo, la extensión del principio contradictorio a la fase instructora, aunque bienintencionada desde una perspectiva garantista, ha seguido equiparando la fase instructora, cada vez más larga, en una primera instancia del proceso. Si la instrucción cuenta ya con publicidad, contradicción e incluso cierta inmediación, ¿qué sentido tiene repetir el proceso en un juicio oral? De cuanto antecede, puede desprenderse que hemos pasado de un sistema donde la instrucción preparaba el juicio a uno donde la instrucción lo sustituye, siendo la conformidad un mecanismo que sanciona y legitima esta sustitución. No es casualidad que las conformidades encubiertas que denunciaba Aguilera Morales en 2019[54] fueran la antesala de la reforma de 2025 que elimina todos los límites a la conformidad: el sistema simplemente ha formalizado lo que ya era una realidad práctica.

4. La proyección en el sistema de conformidad de los riesgos epistémicos de la investigación.

4.1. Sesgos y desviaciones cognitivas de la etapa previa al juicio

Todo lo dicho hasta el momento podría realmente significar un cambio de paradigma asumible e incluso lógico en el proceso español[55].

---

[53] Los requisitos que ha exigido la jurisprudencia son 1) que las diligencias hayan sido intervenidas por autoridad dotada de suficiente independencia 2) que el régimen de ejecución haya sido el mismo que regiría en el juicio oral y 3) la contradicción. Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional n. 141/2001, de 18 de junio, FJ 4º, entre muchas otras.

[54] AGUILERA MORALES, Marien. La deriva del "principio" del consenso. *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal,* v. 2, n. 2, p. 53.

[55] GARCÍA DURÁN, Sonia y HERNÁNDEZ OLIVEROS, Juan Carlos. La conformidad en el proceso penal, ¿un mal necesario? *Diario La Ley,* n. 9935, 19 de

Sin embargo, la cuestión que es imposible soslayar es aquella que deriva del hecho de que, el proceso judicial, además de haber institucionalizado una serie de garantías que permiten no condenar a nadie sin que haya podido ejercer plenamente su derecho de defensa, tiene también como objetivo no condenar a nadie si esa persona no es efectivamente la responsable penal de los hechos delictivos; de hecho, ambos objetivos se vinculan. He aquí, en la función de búsqueda de la verdad del proceso penal, donde debemos finalmente detener nuestra mirada y analizar si dicho sistema de conformidad es realmente idóneo. En un artículo reciente, JULIÀ PIJOAN analiza magistralmente la razón de ser del proceso judicial[56], dejando evidenciado que es precisamente la corrección de la decisión jurisdiccional aquello que se persigue a través de las diferentes etapas y tiempos propios del proceso judicial. No podemos detenernos en ello, pero sí nos interesa traer a colación, brevemente, ciertos sesgos cognitivos que se dan en etapas previas al juicio oral y que, condicionando las conclusiones de los investigadores, pueden proyectarse sobre los acuerdos de conformidad sin la posterior oportunidad de ser corregidos ni tan siquiera por un control judicial bienintencionado.

El primero y quizá más determinante de estos sesgos es el heurístico de anclaje y ajuste, identificado por TVERSKY y KAHNEMAN[57] en sus investigaciones sobre los procesos de toma de decisiones. En el contexto de la investigación criminal, las primeras hipótesis formuladas sobre los hechos delictivos actúan como anclajes cognitivos que condicionan la investigación. Cuando esta se inicia con elementos aparentemente sólidos -una denuncia detallada, una identificación policial, indicios circunstanciales interpretados precipitadamente-, los primeros datos ejercen una influencia a menudo desproporcionada

octubre de 2021.

[56] JULIÀ PIJOAN, Miquel. A Raison d'Être for the Judicial Process: An Analysis from the Spanish Procedural System. *Quaestio Facti. Revista Internacional Sobre Razonamiento Probatorio*, Girona, n. 6, p. 116 y ss.

[57] TVERSKY, Amos y KAHNEMAN, Daniel. Extensional vs. intuitive reasoning: the conjunction fallacy in probability judgment. *Psychological Review*, v. 90, n. 4, p. 294-296.

sobre el proceso posterior[58]. Ante la presencia de este heurístico, los investigadores tienden a ajustar insuficientemente sus conclusiones ante nueva información.

Esta dinámica se ve agravada por la operación simultánea del sesgo de confirmación, una tendencia cognitiva que lleva a los seres humanos a buscar, interpretar y recordar selectivamente la información que confirma sus creencias preexistentes[59]. En este sentido, una vez que los órganos investigadores han formulado su teoría del caso, pueden desarrollar la llamada "visión de túnel"[60] que les impide ver más allá de su hipótesis. De este modo, un testimonio ambiguo puede interpretarse en sentido incriminatorio, una nueva pericia puede valorarse por lo que aporta a la hipótesis de culpabilidad, y cada diligencia con resultado negativo o neutro se minimiza o reinterpreta para hacerla compatible con la teoría preconcebida. El expediente instructor resultante puede acabar no reflejando la realidad de los hechos investigados sino una versión inconscientemente dirigida hacia la incriminación.

Pero hay un tercer sesgo conocido como el sesgo retrospectivo o *hindsight bias*[61]. A este sesgo También se le conoce con el nombre de sesgo *a posteriori* y, como explica ALONSO GALLO es "un fenómeno que se produce cuando se conocen, al valorar determinados hechos pasados, las consecuencias de los mismos, y consiste en la tendencia a considerar (...) que las mismas eran más probables o previsibles de lo que

---

[58] MUÑOZ ARANGUREN, Arturo. La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación. *Indret, Revista para el análisis del derecho,* Barcelona, n. 2, p. 5.

[59] SCHÜNEMANN, Bernd y BANDILLA, Wolfgang. Perseverance in Courtroom Decisions. In: WEGENER, Hermann; LÖSEL, Friedrich; HAISCH, Jochen (eds.). *Criminal behaviour and the Justice System*, New York, 1989, p. 181 y ss., citado en SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global. *Derecho penal y Criminología*, v. 25, n. 76, p. 190.

[60] FINDLEY, Keith A; SCOTT, Michael S. The Multiple Dimensions of Tunnel Vision in Criminal Cases. *Wisconsin Law Review*, *University of Wisconsin Legal Studies Research Paper*, v. 2, n. 1023, p. 293.

[61] MANDEL, Gregory N. Patently non-obvious: empirical demonstration that the hindsight bias renders patent decisions irrational. *1st Annual Conference on Empirical Legal Studies Paper*, *Ohio State Law Journal*, v. 67, p. 1391.

lo eran realmente"[62]. Como consecuencia de este sesgo, en el momento en que el sujeto conoce el resultado, sufre una especie de cambio de perspectiva en la cual el resultado le parece obvio, es decir, el sujeto proyecta automáticamente su nuevo conocimiento hacia el pasado. Este sesgo podría también operar en el contexto del sistema de conformidades: una vez que el investigado ha aceptado la pena mediante conformidad, todo el proceso anterior se reinterpreta como el descubrimiento progresivo de una culpabilidad que ahora parece evidente. Los operadores jurídicos, al observar las altas tasas de conformidad, pueden interpretarlas como evidencia de la eficacia del sistema para descubrir la verdad, cuando en realidad pueden ser el producto de la presión acumulativa de sesgos cognitivos. De este modo, cada conformidad refuerza la convicción de que sus métodos de investigación son correctos, que sus sospechas iniciales suelen confirmarse, y que los investigados que alegan la inocencia probablemente mienten. Esta convicción reforzada podría llevar a investigaciones aún más sesgadas en futuros casos, que producirán más conformidades, que a su vez reforzarán la convicción de que el sistema funciona correctamente.

Todo lo dicho anteriormente no es ninguna novedad. Tanto los cuerpos policiales, como los operadores judiciales conocen la limitación y posibles errores a los que las tareas de investigación, de matiz persecutorio, son permeables. La permanente formación de dichos actores y la dotación de recursos para la investigación podría ayudar a evitar estos sesgos y errores, así como el hecho de que, quienes se enfrentan a un expediente de investigación, tengan la capacidad crítica suficiente para poner en tela de juicio dichas conclusiones[63] y poner en marcha un proceso de verificación, pues, al fin y al cabo, el error generalizado es el olvido de que la etapa de investigación y sus tareas propias se mueven en el campo

---

[62] ALONSO GALLO, Jaime. Las decisiones en condiciones de incertidumbre y el derecho penal. *Indret, revista para el análisis del derecho,* Barcelona, n. 4, p. 15.

[63] NIEVA FENOLL, Jordi. La razón de ser de la presunción de inocencia. *Indret, Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, n. 1, p. 15: "La manera de conjurar ese riesgo es que el juez siga recordando la presunción de inocencia, y antes que dejarse llevar por el ímpetu probatorio de cargo del fiscal, o incluso por una declaración pobre del reo, piense que las cosas pueden haber sucedido de modo distinto."

del pensamiento abductivo[64], propio de estadios cognitivos iniciales enfocados a plantear explicaciones plausibles para los hechos acontecidos.

El peligro se encuentra, por tanto, en que eliminado dicho estado de verificación probatoria, la conformidad se fundamenta en los resultados de una etapa que, ahora comprobadamente, podemos decir que sigue muy comprometida por estos sesgos, más presentes todavía cuando hay pocos recursos y poco tiempo para la investigación, que es la situación actual en el estado español.

4.2. La permeabilidad de las conclusiones policiales

Finalmente, es interesante destacar que la fase de investigación del proceso penal español, aun teñida de cierto carácter jurisdiccional, dirigida por un juez instructor y supervisada por un fiscal, está a efectos prácticos en manos de la policía judicial[65].. El hecho de reconocer que esto es así, nos alerta ante el peligro de pensar que, siendo órganos oficiales los encargados de la investigación, dicha investigación se lleva siempre a cabo con imparcialidad y con respeto a la presunción de inocencia.

La investigación policial parte necesariamente de la asunción de que el delito se ha cometido y existe un culpable por descubrir. El sesgo incriminatorio, aunque funcionalmente necesario para iniciar cualquier investigación, genera una propensión sistemática a interpretar los indicios en sentido confirmatorio de la hipótesis delictiva. Además, en muchos casos

---

[64] PEIRCE, Charles Sanders, et al. *Reasoning and the Logic of Things: the Cambridge Conferences Lectures of 1898,* Harvard Historical Studies, Harvard University Press, 1992, citado en VARGAS VÉLEZ, Orion. Abducción, deducción e inducción: tres herramientas básicas para el razonamiento probatorio. In: AGUDELO MEJÍA, Dimaro Alexis y PABÓN GIRALDO, Liliana Damaris (coords.). *La prueba: teoría y práctica*, Medellín: Universidad de Medellín, 2019, p. 68.

[65] GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. La Fiscalía española, ¿debe ser una institución independiente?. *Teoría y realidad constitucional*, n. 41, p. 169. También LACUEVA BERTOLACCI, Rodrigo. Alguna propuesta para el éxito de la anunciada reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. *Revista Diario La Ley*, n. 7513, 19 de noviembre de 2010.

la formación y cultura profesional policial refuerzan estas tendencias[66]: los éxitos policiales suelen medirse en detenciones y esclarecimientos, no precisamente en investigaciones que concluyen descartando la hipótesis delictiva. Esta presión institucional hacia resultados incriminatorios puede contaminar la objetividad investigadora, convirtiendo la búsqueda neutral de la verdad en una búsqueda orientada de culpables.

Todo ello, que a priori es comprensible en el contexto de la labor que debe realizar la policía, es preocupante al considerar la influencia que ejercen las hipótesis policiales en la configuración y desarrollo de las investigaciones penales en el sistema judicial español, así como la preocupante permeabilidad de la Fiscalía y los órganos judiciales ante estas construcciones acusatorias iniciales. Fijémonos pues, en cómo podría darse este fenómeno. En primer lugar, la investigación procesal encuentra su punto de partida en el acto que traslada la *notitia criminis* al órgano judicial, momento determinante que establecerá tanto la dirección de la investigación como las diligencias que habrán de practicarse. Cuando la noticia del delito llega mediante denuncia ciudadana, se deja en manos de la policía judicial la concreción de elementos no identificados del hecho y la determinación de las diligencias de investigación. En estos casos, resulta habitual que la Fiscalía mantenga una implicación mínima, limitándose a emitir informes confirmatorios de las decisiones policiales. Por su parte, cuando la *notitia criminis* se articula mediante querella particular, puede producirse la adhesión del Ministerio Fiscal o su inactividad ante la existencia de actores privados interesados en impulsar el proceso.

Por su parte, la querella del Ministerio Fiscal suele basarse en atestados policiales que frecuentemente incluyen interpretaciones subjetivas sobre los hechos y exteriorizan las sospechas policiales, planteando además posibles estrategias de investigación que ejercen una fuerte influencia sobre las decisiones del Ministerio Fiscal y el Juez instructor. Del mismo modo, no es inusual encontrar escritos de acusación que trasladan por completo las conclusiones reflejadas en los atestados e informes policiales a lo largo de la instrucción. La realidad forense

[66] RAMÍREZ ORTIZ, José Luis. Jueces y policías. Algunas razones de una relación disfuncional. *Revista Catalana de Seguretat* Pública, n. 22, p. 19 y ss.

demuestra, pues, que el cometido de ejecución de las diligencias de investigación atribuido a la policía supone en la práctica un dominio que trasciende lo meramente técnico para conquistar el terreno propio de la dirección de la investigación[67].

En este contexto, el Ministerio Fiscal podría desempeñar un papel crucial en defensa de la legalidad y la presunción de inocencia, enfatizando las diligencias necesarias para el descargo y manteniendo viva la tesis de la inocencia como criterio orientador. Sin embargo, la práctica demuestra que cuando la Fiscalía se implica en esta fase, lo hace porque alberga sospechas sobre la culpabilidad del sujeto, caracterizándose su intervención por el seguidismo y confirmación de las diligencias policiales.

En resumen, la solución no pasa por eliminar la investigación policial, funcionalmente imprescindible, sino por reconocer sus limitaciones epistémicas. Los resultados de la investigación policial deben tratarse como hipótesis preliminares, no como conclusiones cuasi-definitivas que solo requieren una confirmación formal.

Consideraciones finales

La ampliación de los supuestos de conformidad del acusado operada en 2025 evidencia cierta falta de compromiso con el proceso judicial y sus necesidades estructurales. Al mismo tiempo, cristaliza una paradoja fundamental que atraviesa todo el sistema procesal: hemos construido una arquitectura jurídica que obtiene su legitimidad de principios que no llegan a materializarse. Si partimos de la premisa de que el proceso judicial cumple una función epistémica orientada a la determinación de los hechos con el mayor grado de certeza posible, la generalización de la conformidad como mecanismo ordinario de terminación del proceso supone una redefinición de esta función.

---

[67] NIEVA FENOLL, Jordi. La decadencia del sistema penal acusatorio. *Revista Vasca de derecho procesal y arbitraje*, v. 33, n. 4, p. 492; DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, Emilio. La atribución de la actividad investigadora a la policía judicial. *Revista del poder judicial*, n. Extra 19 (Ejemplar dedicado a: Propuestas para una ley de enjuiciamiento criminal), p. 105.

A lo largo del trabajo se ha evidenciado la influencia determinante de las hipótesis policiales en la configuración del proceso penal actual. La investigación policial genera dinámicas cognitivas que pueden determinar el desarrollo posterior del proceso, así como condicionar la capacidad de decisión de los acusados. En este contexto, la conformidad, al prescindir del juicio oral, elimina el mecanismo procesal diseñado para mitigar los errores mediante el debate contradictorio y la práctica probatoria. Si la tendencia actual continúa, y todo apunta a ello, será especialmente importante velar por la formación de la policía judicial, y prestar una mayor atención a la figura de los fiscales, ahora protagonistas de las negociaciones.

La sostenibilidad a largo plazo de este modelo resulta cuestionable, pues la autoridad judicial depende en última instancia de la confianza ciudadana en la justicia de sus decisiones. Un sistema que ha renunciado estructuralmente a conocer con certeza aquello que juzga puede llegar a erosionar los fundamentos de esa confianza en la justicia. En este sentido, es más que necesario plantearse si las condenas basadas en investigaciones no contrastadas dialécticamente, en hipótesis que no se someten al escrutinio del juicio oral y en negociaciones carentes de regulación normativa, poseen la legitimidad necesaria para sustentar el poder punitivo en una democracia constitucional.

Es preciso reconocer que esta evolución responde a necesidades reales del sistema judicial español, particularmente la gestión eficiente de una carga de trabajo muy elevada. Sin embargo, la solución adoptada plantea un dilema de difícil resolución entre eficiencia, derecho de defensa, seguridad jurídica y calidad epistémica de las decisiones judiciales.

Bibliografía

AGUILERA MORALES, Marien. *El principio del consenso. La conformidad en el proceso penal español*. Barcelona: Cedecs, 1998.

AGUILERA MORALES, Marien. La deriva del "principio" del consenso. *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, Madrid, v. 2, n. 2, p. 49-66, 2019.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto; GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. *Argumentación jurídica y prueba de los hechos*. Madrid: Palestra Editores, 2023.

ANTÓN-MELLÓN, Juan; ÁLVAREZ JIMÉNEZ, Gemma; ROTHSTEIN, Pedro. Populismo punitivo en España (1995-2015): presión mediática y reformas legislativas. *Revista Española de Ciencia Política*, Madrid, n. 43, p. 13-36, 2017. https://doi.org/10.21308/recp.43.01

ALONSO GALLO, Jaime. Las decisiones en condiciones de incertidumbre y el derecho penal. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, n. 4, p. 1-30, 2011.

BARONA VILAR, Silvia. La conformidad en el proceso penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994

BORRÀS ANDRÉS, Núria. *La instrucción sin prejuicios*. Madrid: Marcial Pons, 2023.

BUJOSA VADELL, Llorenç; NIEVA FENOLL, Jordi. *Nociones preliminares de Derecho procesal penal*. Barcelona: Dykinson, 2016.

BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, Juan. La reforma del proceso penal: por un modelo contradictorio. *Justicia*, Madrid, n. 3-4, p. 121-132, 2012.

EGENER, R.; LÖSEL, Friedrich; HAISCH, Klaus (comps.). Criminal Behaviour and the Justice System. New York: Springer-Verlag, 1989. https://doi.org/10.2307/2072486

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. El Plea Bargaining, o cómo pervertir la justicia penal a través de un sistema de conformidades low cost. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 20, 2018.

FINDLEY, Keith A.; SCOTT, Michael S. The Multiple Dimensions of Tunnel Vision in Criminal Cases. *Wisconsin Law Review,* Madison, v. 2, n. 1023, p. 290-397, 2006.

FINOCCHIARO, Enzo. La investigación penal preparatoria y la etapa de control en el sistema acusatorio. *Revista de Pensamiento Penal*, Buenos Aires, n. 6, p. 1-32, 2015.

GARCÍA DURÁN, Sonia; HERNÁNDEZ OLIVEROS, Juan Carlos. La conformidad en el proceso penal, ¿un mal necesario? *Diario La Ley*, Madrid, n. 9935, 19 oct. 2021.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. El proceso penal español a comienzos del siglo XXI: diagnóstico sobre sus principales problemas y propuesta de posibles soluciones. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, n. 1, p. 1-59, 2017.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. La conformidad, institución clave y tradicional de la justicia negociada en España. *Revue internationale de droit pénal*, v. 83, n. 1, p. 15-41, 2012. https://doi.org/10.3917/ridp.831.0015

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. La Fiscalía española, ¿debe ser una institución independiente? *Teoría y realidad constitucional,* Madrid, n. 41, p. 157-184, 2018. https://doi.org/10.5944/trc.41.2018.22136

GONZÁLEZ GUARDA, Claudio Javier. La eficiencia en el sistema penal español: con especial referencia al modelo de conformidades. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal,* v. 7, n. 3, p. 2061-2102, 2021. . https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i3.538

JOHNSON, Brian D. Paying the Trial Tax: Race, Guilty Pleas and Disparity in Prosecution. *Criminal Justice Policy Review,* v. 31, n. 4, p. 500-531, 2019. https://doi.org/10.1177/0887403419838025

JULIÀ PIJOAN, Miquel. A Raison d'Être for the Judicial Process: An Analysis from the Spanish Procedural System. *Quaestio Facti. Revista Internacional Sobre Razonamiento Probatorio*, Girona, n. 6, p. 101-132, 2023. https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i6.22932

LANGBEIN, John Harriss. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

LACUEVA BERTOLACCI, Rodrigo. Alguna propuesta para el éxito de la anunciada reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. *Diario La Ley*, Madrid, n. 7513, 19 nov. 2010.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. ¿Por qué se conforman los inocentes? *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, n. 3, p. 1-28, 2018.

LÓPEZ YAGÜES, Verónica. El acusado ante la acusación. In: ASENCIO MELLADO, José María (dir.); FUENTES SORIANO, Olga (coord.). *Derecho Procesal Penal*. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2025. p. 403-417.

MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, Antonio. Algunas reflexiones críticas sobre la conformidad en el proceso penal. *Anuario de la Facultad de Derecho*, Cáceres, v. 35, p. 167-194, 2019. https://doi.org/10.17398/2695-7728.35.167

MORENO CATENA, Víctor. El Ministerio Fiscal, director de la investigación de los delitos. *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico,* Valencia, p. 75-97, 2020.

MUÑOZ ARANGUREN, Arturo. La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, n. 2, p. 1-39, 2011.

NIEVA FENOLL, Jordi. *Derecho Procesal III (Proceso Penal) Adaptado a la Ley Orgánica 1/2025*, 4ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2025.

NIEVA FENOLL, Jordi. La instrucción como falsa primera instancia del proceso penal: hacia una total superación del sistema inquisitivo. *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, v. 1, p. 39-56, 2019.

NIEVA FENOLL, Jordi. La razón de ser de la presunción de inocencia. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, n. 1, p. 1-23, 2016.

NIEVA FENOLL, Jordi. La decadencia del sistema penal acusatorio. *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, v. 33, n. 4, p. 489-500, 2021.

OLAIZOLA NOGALES, Inés. El principio de oportunidad: ¿modernización o crisis del Derecho penal? Nuevo Foro Penal, Medellín, v. 10, n. 82, p. 13-32, 2014. https://doi.org/10.17230/nfp.10.82.1

ORTEGO PÉREZ, Francisco. *Instrucción sumarial y diligencias de investigación*. Valencia: Atelier, 2019.

PASTOR LÓPEZ, Miguel. *El proceso de persecución: análisis del concepto, naturaleza y específicas funciones de la instrucción criminal*. Valencia: Universidad de Valencia, 1979.

PEIRCE, Charles Sanders; et al. *Reasoning and the Logic of Things: the Cambridge Conferences Lectures of 1898*. Cambridge: Harvard University Press, 1992. https://doi.org/10.5860/choice.31-0230b

RAMÍREZ ORTIZ, José Luis. Jueces y policías. Algunas razones de una relación disfuncional. *Revista Catalana de Seguretat Pública*, n. 22, p. 55-86, 2010.

RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás. La conformidad en el anteproyecto de ley de enjuiciamiento criminal de 2020: reflexiones y materiales para su futura redefinición. *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, Valencia, n. 5, p. 9-60, 2022.

RODRÍGUEZ-GARCÍA, Nicolás. *El consenso en el proceso penal español*. Barcelona: J.M. Bosch, 1997.

SCHÜNEMANN, Bernd. El propio sistema de la teoría del delito. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n. 1, p. 1-20, 2008.

SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global. *Derecho penal y Criminología*, Bogotá, v. 25, n. 76, p. 175-198, 2004.

TARUFFO, Michele. El juez y el historiador: consideraciones metodológicas. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 44, p. 13-39, 2021. https://doi.org/10.14198/doxa2021.44.01

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Extensional vs. Intuitive Reasoning: The Conjunction Fallacy in Probability Judgment. *Psychological Review*, Washington D.C., v. 90, n. 4, p. 293-315, 1983. https://doi.org/10.1037//0033-295x.90.4.293

VARONA, Daniel; KEMP, Steven; BENÍTEZ, Olivia. La conformidad en España: predictores e impacto en la penalidad. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, n. 1, p. 307-336, 2022. https://doi.org/10.31009/indret.2022.i1.07

Authorship information

Núria Borràs Andrés. Doctora en Derecho Procesal por la Universidad de Barcelona (2022). Investigadora visitante de la Ludwig-Maximilians-Universität München y de la Universidad de Leiden. Investigadora postdoctoral de la Universidad de Brescia. Actualmente, profesora lectora de derecho procesal de la Universidad de Barcelona. nborras@ub.edu

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.

Data Availability Statement: In compliance with open science policies, all data generated or analyzed during this study are included in this published article.

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

- Submission: 20/09/2025
- Desk review and plagiarism check: 29/09/2025
- Review 1: 06/10/2025
- Review 2: 12/10/2025
- Preliminary editorial decision: 22/10/2025
- Correction round return: 18/11/2025
- Final editorial decision: 19/11/2025

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 2 (GL and JDT)
- Reviewers: 2

How to cite (ABNT Brazil):

BORRÀS ANDRÉS, Núria. La deriva epistémica de la conformidad penal en España: del juicio oral a un proceso estructuralmente sesgado. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 11, n. 3, e1329, set./dez. 2025. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v11i3.1329

License Creative Commons Attribution 4.0 International.

Judicial Control of Plea Agreements and the Right to Appeal: A Comparative Analysis of Common Law and Civil Law Models

Controle judicial dos acordos criminais e o direito ao recurso: análise comparativa dos modelos de common law e de civil law

Andrzej Sakowicz[1]
University of Bialystok, Bialystok, Poland
sakowicz@uwb.edu.pl
https://orcid.org/0000-0001-6599-4876

Sebastian Zieliński[2]
Warsaw University of Technology – Warsaw, Poland
sebastian.zielinski@protonmail.com
https://orcid.org/0000-0002-8443-8944

Abstract: This article considers how courts supervise negotiated agreements in criminal proceedings, looking at five different jurisdictions: the United States, England and Wales, France, Germany, and Poland. Although every system makes use of such agreements, they have developed in very different ways and the role assigned to the trial judge is far from uniform. What appears as a common minimum is the duty to check that the plea is voluntary and lawful, yet the depth of this review varies greatly. In some countries the judge's role is reduced almost to a formality, while in others it is linked directly to the search for truth and the proportionality of the sentence. The paper also points to the relationship between the first-instance court's control and the scope of appellate

[1] Professor at the University of Bialystok, Poland; the Faculty of Law; the Department of Criminal Procedure. PhD in Law.

[2] Assistant Professor at the Warsaw University of Technology, Poland; the Faculty of Administration and Social Sciences; the Department of Administrative Law and Public Policy. PhD in Law.

review, as well as to the risks that follow when judicial oversight gives way to prosecutorial dominance. The overall conclusion is that the more frequently consensual mechanisms are used, the more important it becomes to keep the court in its role as a genuine safeguard of fairness rather than a mere approver of bargains.

Keywords: Negotiated justice; Judicial review; Plea bargaining; Comparative criminal procedure; Fair trial guarantees.

Resumo: *O presente artigo examina como os tribunais supervisionam os acordos negociados no âmbito do processo penal, analisando cinco jurisdições distintas: Estados Unidos, Inglaterra e País de Gales, França, Alemanha e Polônia. Embora todos esses sistemas façam uso de mecanismos de negociação, seu desenvolvimento seguiu caminhos bastante diversos, e o papel atribuído ao juiz do processo está longe de ser uniforme. O ponto mínimo comum que se observa é o dever de verificar se a admissão de culpa foi voluntária e lícita, mas a profundidade dessa revisão varia significativamente. Em alguns países, o papel do juiz é reduzido quase a uma formalidade; em outros, está diretamente vinculado à busca da verdade e à proporcionalidade da sanção. O artigo também destaca a relação entre o controle exercido pelo juízo de primeiro grau e a extensão da revisão em grau de recurso, bem como os riscos decorrentes da supremacia do Ministério Público quando o controle judicial se enfraquece. Conclui-se que, quanto mais frequentemente se recorrem a mecanismos consensuais, mais essencial se torna preservar o papel do tribunal como verdadeira garantia de justiça e não como mero homologador de acordos.*

Palavras-chave: *justiça negociada; controle judicial; plea bargaining; processo penal comparado; devido processo legal.*

1. Introduction

Procedural agreements are not uniform. The differences between different types relate not only to the prerequisites for their application, but also to the bodies authorized to use them, the scope of the procedural rights of the parties to the agreements, the judicial review of the concluded agreements, and the possibility of appealing against rulings made according to consensual procedures. As recent comparative scholarship emphasizes, plea bargaining and related trial-avoiding conviction mechanisms are

increasingly understood as part of a broader global trend toward the administratization of criminal convictions, in which consensual or streamlined procedures shift substantial adjudicatory power from courts to prosecutors and investigative agencies[3]. However, it is impossible to ignore the axiological differences underlying the acceptance of consensualism in the various legal systems. This is quite understandable, since solutions have been developed in individual legal systems that are adapted to their own constitutional standards, legal traditions, legal culture, and organizational realities of the justice system. All this makes the study of the issue of procedural agreements multifaceted. This is demonstrated by contemporary analyses conducted from the perspective of criminal procedure law, constitutional law, human rights, and sociology of law, which reveal a wealth of theoretical approaches, as well as the practical consequences of using procedural agreements. On the one hand, they make it possible to identify common global trends, in particular the drive to consensualize criminal proceedings, relieve the burden on the courts, and increase the efficiency of the justice system[4]. On the other

---

[3] LANGER, M., Plea Bargaining, Conviction Without Trial, and the Global Administratization of Criminal Convictions, *Annual Review of Criminology*. Vol. 4, 2021, p. 406-407. https://doi.org/10.1146/annurev-criminol-032317-092255.

[4] ALBERSTEIN Michal; ZIMERMAN, Nourit. Judicial conflict resolution in Italy, Israel and England and Wales: A comparative analysis of the regulation of judges' settlement activities. In MOSCATI, Maria Federica; PALMER, Michael; ROBERTS, Marian (eds) *Comparative Dispute Resolution*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2020, p. 298–310; ALTENHAIN, Karsten; JAHN, Matthias; KINZIG, Jörg. Die Praxis der Verständigung im Strafprozess. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2020 https://doi.org/10.5771/9783748922094; ASHWORTH, Andrew. Plea bargaining, pragmatism and rights. In Müller-Dietz, Heinz; RADTKE, Henning (eds). Festschrift für Heike Jung zum 65. Geburtstag am 23 April 2007. Nomos: Baden-Baden, 2020, p. 19–28; BROOKS, Thom. Why should guilty pleas matter? In ROBERTS, Julian V.; RYBERG, Jesper (eds) Sentencing the Self-Convicted: The Ethics of Pleading Guilty. Oxford: Hart Publishing, 2022, p. 127–150, http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4076318; GAROUPA, Nuno; STEPHEN, Frank H. Why plea-bargaining fails to achieve results in so many criminal justice systems: A new framework for assessment. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*. Vol. 15, Issue 3, 2008, p. 323–328, https://doi.org/10.1177/1023263X0801500303; GILLIÉRON, Gwladys. Comparing plea bargaining and abbreviated trial procedures. In BROWN Darryl K., TURNER Jenia Iontcheva, WEISSER Bettina (eds). The Oxford Handbook of Criminal Process. Oxford: Oxford University Press, 2019, p.

hand, research also highlights the dangers of procedural agreements, such as the risk of violating the right to defense, weakening the principle of material truth, or reducing the role of the court to that of an entity that approves a deal reached between the prosecutor and the accused, without conducting full evidentiary proceedings[5].

It is the latter issue that we have made the subject of this article. Its purpose is to analyze the legal solutions for the judicial review of procedural agreements in the common law system (the United States and England and Wales) and the statutory law system (France, Germany, and Poland). Based on the legal systems indicated, we want to determine whether the position of the court in the framework of procedural agreements - most often reduced to a formal approval of the agreement - makes it possible to consider the court as the body that decides on the outcome of the process and performs a review function over procedural agreements. This question becomes pertinent because in the consensual model, the court's role is often reduced to formally approving the agreement. After all, the court does not participate in shaping the content of the agreement, and its review function - concerning the voluntariness of the parties' pleas, the proportionality of the penalty, and the compliance with the rules of procedure - often takes on a superficial character. As a result, instead of acting as a guarantor of the fairness of the proceedings, the court becomes a kind of "notary" of the parties' agreement, which risks eroding the basic principles of the criminal process.

703–727; GRANDE, Eliabetta. Comparative approaches to criminal procedure. In BROWN Darryl K., TURNER Jenia Iontcheva, WEISSER Bettina (eds). The Oxford Handbook of Criminal Process. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 67–88; WEIGEND, Thomas. Exclusion without trial? Exclusion of evidence and abbreviated procedures. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*. Vol. 7, Nr 1, 2021, p. 247-271, https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i1.502; BRADLEY, Craig. The Prosecutor's Role: Plea Bargaining and Evidentiary Exclusion, In LUNA Erik; WADE, Marianne (ed.) The Prosecutor in Transnational Perspective, OXFORD: Oxford University Press, 2012, p. 91-101.

[5] HODGSON, Jacqueline S. The metamorphosis of criminal justice: A comparative account. Oxford: Oxford University Press, 2020, p. 115-141, https://doi.org/10.1093/oso/9780199981427.001.0001; GILLIÉRON, Gwladys. Comparing plea bargaining and abbreviated trial procedures. In BROWN Darryl K., TURNER Jenia Iontcheva, WEISSER Bettina (eds). The Oxford Handbook of Criminal Process. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 703–727.

At the outset, we would like to point out that we will interpret the term "judicial review" mentioned in the title broadly. For the sake of completeness of the research, we want to focus not only on the role of the court of first instance, which decides on the agreement, but also on the possibility of appealing against a consensual judgment. Thus, we want to determine to what extent the different legal systems make it possible to protect the individual from the consequences of possible errors of the court of first instance. The research to be conducted will be comparative. Research of this nature makes it possible to better assess the functioning of judicial review of procedural agreements, to identify good practices that can be adapted, and to identify the risks associated with the reduction of the court's position in consensual mechanisms. This is particularly important in the context of ensuring a balance between the efficiency of the justice system and the pursuit of a fair judgment and respect for the individual's procedural guarantees. Comparative research makes it possible to assess how different legal systems reconcile values such as the right to a fair trial, the right to defense, the principle of truth, and the right to appeal with the need to streamline proceedings.

2. United States of America

The institution of plea bargaining, sometimes referred to in the literature as guilty plea bargaining, is one of the fundamental mechanisms of the American criminal justice system. It is a form of negotiation in which the prosecutor and the defense attorney reach an agreement on one or more criminal charges against the defendant, without holding a trial[6]. In its essence, the process involves negotiations between the public prosecutor and the defendant, usually with the participation of the defense attorney, aimed at reaching a consensual end to criminal proceedings through the admission of guilt by the defendant in exchange for certain concessions on the part of the justice system. A key element of plea bargaining is the defendant's agreement to submit a plea of guilty, which in American doctrine is referred to as an act of self-conviction. In

[6] HERMAN, Nicholas, Plea Bargaining, New York: Juris Publishing, Inc., 2012, p. 1-2.

exchange for this plea, the defendant receives official concessions from the prosecution or the court, which may relate to the sentence imposed or recommended, the nature of the charges brought, or other circumstances of the proceedings[7].

The US Supreme Court's decision in *Brady v. United States*, in which the Supreme Court stated that a guilty plea is not unconstitutionally compelled when the defendant pleads guilty because he or she would prefer a certain or probable lesser penalty to the risk of a greater penalty[8], played a significant role in shaping plea bargaining in the USA. The US Supreme Court even stated that plea bargaining was inherent in the criminal law and its administration[9]. In *Santobello v. New York*, 404 U.S. 257 (1971), the Supreme Court solidified its position, recognizing plea bargaining as an essential and desirable part of the process. The Supreme Court ruled that plea agreements are binding on the prosecution, and a breach by the prosecution requires remedial action from the court to ensure fairness to the defendant[10]. The discussion in case law regarding the permissibility and constitutional limits of the institution of plea bargain in US law has generally focused on the interpretation of the Sixth Amendment to the US Constitution (which guarantees, among other things, the right to a defense counsel and to effective assistance of a counsel). This is well illustrated by recent Supreme Court rulings, in particular in *Missouri v. Frye*, 566 U.S. 134 (2012). The Supreme Court confirmed that the right to effective assistance of a counsel also extends to the stage of considering and deciding on settlement offers, which may lapse or be rejected. Thus, it was concluded that the plea bargain negotiation phase is a "critical stage" of criminal proceedings in the context of the Sixth Amendment, and therefore it is covered by the guarantees regarding the right to a counsel. The ruling significantly broadened the standard of procedural protection

---

7 ALSCHULER, Albert W. Plea bargaining and its history. *Columbia Law Review*. Vol. 13, 1979, p. 211-245. PAOLINI, Gabriele, KANTOROWICZ-REZNICHENKO, Elena, VOIGT, Stefan. Plea bargaining procedures worldwide: Drivers of introduction and use. *Journal of Empirical Legal Studies*, Vol. 22, Issue 5. 2025, p. 28.

8 *Brady v. United States*. 397 U.S. 742 (1970).

9 Ibidem.

10 *Santobello v. New York*. 404 U.S. 257 (1971).

for the defendant in the context of settlements, shifting the focus from assessing the mere validity of the accepted plea to the negotiation stage and the due diligence of the defense lawyer during the negotiations.

The contemporary importance of plea bargaining in the American criminal justice-system can be assessed by looking at the statistics illustrating the scale of the phenomenon. The US Supreme Court estimates that at least ninety percent of criminal convictions in that country are based on guilty pleas[11]. Some sources cite even higher statistics: in *Missouri v. Frye* (2012), the US Supreme Court stated that 97% of federal convictions and 94% of state convictions are the result of guilty pleas[12]. This dominant position of plea bargaining in court practice makes this institution an alternative to the traditional trial but the main mechanism for resolving criminal cases. The prevalence of plea bargaining also reflects its strategic use by defendants, who may leverage the threat of proceeding to trial - particularly where cross-examination would impose a heavy burden on the victim or where prosecutorial evidence is fragile - to extract significantly more favourable sentencing concessions. As comparative research indicates, the American model may be seen as the most advanced expression of a broader global move toward trial-avoiding and administratized forms of criminal conviction[13]. Thus, in light of such statistics, the question of the admissibility of appeals against judgments based on plea bargaining seems extremely interesting.

The basic elements of plea bargains at the federal court level are governed by the Federal Rules of Criminal Procedure. According to Rule 11, a defendant may plead not guilty, guilty, or (with the court's consent) *nolo contendere*. An attorney for the government and the defendant's attorney, or the defendant when proceeding pro se, may discuss and reach a plea agreement. The court must not participate in these discussions.

---

[11] *Brady v. United States*. 397 U.S. 742 (1970). See also: REIMELT, Alexandra W. An Unjust Bargain: Plea Bargains and Waiver of the Right to Appeal. *College Law Review*. Vol 51. Issue 13. 2010, p. 871-904.

[12] *Missouri v. Frye*. 566 U.S. 134 (2012).

[13] PAOLINI, Gabriele. KANTOROWICZ-REZNICHENKO, Elena. VOIGT, Stefan, Plea Bargaining Procedures Worldwide: Drivers of Introduction and Use, *Journal of Empirical Legal Studies*. Vol. 22, Issue 1, 2025, https://doi.org/10.1111/jels.12406, p. 42-43.

Before the court accepts a guilty plea or *nolo contendere*, it is necessary to personally instruct the defendant at the hearing about the nature of the charges, his or her procedural rights, the consequences of waiving them, and the possible criminal and non-criminal consequences, and to make sure that the defendant fully understands them[14]. The role of the Court is essentially limited to ensuring that a plea is voluntary and to determining the factual basis for a plea. Before accepting a plea of guilty or *nolo contendere*, the court must address the defendant personally in open court and determine that the plea is voluntary and not the result of force, threats, or improper promises (other than those contained in a plea agreement), and before entering judgment it must also ascertain that a sufficient factual basis supports the plea[15].

An analysis of the procedural mechanisms of plea bargaining requires taking into account the temporal flexibility of this institution, which can be initiated both in the pre-trial phase, even before the formal filing of an indictment, and at any stage of court proceedings after the indictment is filed. This procedural versatility is one of the key attributes of the American system of procedural negotiations, allowing parties to optimize their legal strategy depending on the development of the situation in terms of the evidence available. While the conclusion of plea deals before the trial seems to be more common, since plea bargaining is also possible already in the pre-trial proceedings, it is argued in the literature that athe defense's tactic may then be to deliberately prolong the trial, e.g. by calling a large number of witnesses, in order to tire out the prosecution and induce it to engage in plea bargaining talks[16].

From a dogmatic perspective, it is possible to distinguish five basic models of plea bargaining developed in the practice of judicial decisions. The first is the prosecutor's abandonment of formal charges, which is the most far-reaching form of procedural concession. The second model involves the defendant pleading guilty or *nolo contendere* ("I do not contest")

---

[14] United States Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 11(a).

[15] United States Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 11, b (2), (3), c.

[16] DYER, Gregory M.; JUDGE, Brendan. Criminal Defendants' Waiver of the Right to Appeal--An Unacceptable Condition of a Negotiated Sentence or Plea Bargain. *Notre Dame Law Review*. Vol. 65, Issue 3, 1990, p. 660-661.

statement regarding a charge of reduced gravity or lower legal classification. The third category includes partial admission of guilt in relation to selected charges in exchange for the dismissal of others. The fourth type of a plea bargain involves pleading guilty to a specific charge or a lesser charge while receiving a guarantee from the prosecutor regarding leniency in the penalty. Of particular interest from a theoretical point of view is the fifth model, which involves conditional guilty pleas or nolo contendere, subject to the right to appeal the judgment and possibly withdraw the guilty plea if the appellate court upholds certain procedural objections[17].

Basic categories of plea bargaining include fact bargaining, guideline-factor bargaining, substantial-assistance bargaining, and charge bargaining[18]. Fact bargaining leads to the defendant admitting only to the prosecutor's specifically described version of the event, ignoring certain aggravating circumstances. Guideline-factor bargaining involves a system of formalized guidance on the impact of specific factual circumstances on sentencing, where the parties agree on the presentation of specific mitigating circumstances by the prosecutor. Substantial-assistance bargaining involves obtaining a benefit in exchange for providing substantial assistance to state authorities in the prosecution of other offenders, whereby the court may reduce the penalty imposed only with the approval of the prosecutor[19]. Charge bargaining occurs when prosecutors withdraw well-founded charges or agree not to bring well-founded charges in exchange for the defendant's guilty plea to a reduced set of charges[20].

---

[17] HERMAN, Nicholas. Plea Bargaining. New York: Juris Publishing. Inc., 2012. p. 1-2.

[18] CZERWIŃSKA, Dorota. Porozumienia procesowe w sprawach karnych. Między sprawnością a sprawiedliwością [Procedural Settlements in Criminal Matters: Between Effectiveness and Justice]. Warszawa: WoltersKluwer, 2024. p. 358-364.

[19] BELLIN, Jeffrey. TURNER, Jenia, Sentencing in an Era of Plea Bargains, *North Carolina Law Review*. Vol. 102, Nr 1, 2023, p. 204. Breakdown shown according to: CZERWIŃSKA, Dorota. Porozumienia procesowe w sprawach karnych. Między sprawnością a sprawiedliwością [Procedural Settlements in Criminal Matters: Between Effectiveness and Justice]. Warszawa: WoltersKluwer, p. 358-364.

[20] LAFAVE, Wayne R. ISRAEL, Jerold H., KING Nancy J., KERR Orin S., Criminal Procedure. Minneapolis: West, 2017, p. 1166.

Although the judge is not involved in the negotiations, he or she is in a final and stronger position, because he or she can accept or reject the agreement reached. Under Rule 11(c)(1), the parties may agree in a plea agreement that the prosecutor will drop part of the charges (subparagraph A), recommend a specific sentence or not oppose the defense's motions (subparagraph B), or, in its most momentous form, the parties may enter into a plea agreement that is binding on the court (subparagraph C). This is where Rule 11(c)(5) provides an important procedural guarantee: if the court decides to reject a plea deal containing provisions of type (A) or (C), it must explicitly inform the parties of the rejection, personally instruct the defendant that he or she is not bound by the plea deal, provide him or her with an opportunity to withdraw the guilty plea, and indicate that, if upheld, the judgment may be less favorable to him or her than the one provided for in the deal. Such a mechanism is intended to safeguard the voluntariness of the defendant's decision and protect him or her against a situation in which he or she would be bound by a unilateral agreement of the parties, which the court ultimately will not accept.

While the court is required to ascertain that a factual basis exists for the plea, scholars emphasize that such safeguards do not in themselves eliminate the risk of unfairness: courts may duly inform defendants of their rights, confirm voluntariness, and establish a factual basis, yet still accept plea agreements that are substantively unfavorable - for instance, those containing waivers of the right to appeal despite potential police misconduct or judicial error[21]. The above leads directly to the question of the admissibility of appealing against plea bargains.

In federal practice, it has become a common feature of plea agreements in criminal cases for defendants to sign so-called appellate waivers, i.e., clauses waiving the right to challenge a penalty that has not yet been imposed. In the case law of appellate courts, a uniform view has been formed that such provisions are, in principle, effective and cover even some errors made in the sentencing[22], as long as the waiver of the

---

[21] DYER, Gregory M.; JUDGE, Brendan. Criminal Defendants' Waiver of the Right to Appeal-An Unacceptable Condition of a Negotiated Sentence or Plea Bargain. *Notre Dame Law Review*. Vol. 65, Issue 3, 1990. p. 669.

[22] CALHOUN, Robert K. Waiver of the Right to Appeal. *Hastings Constitutional Law Quarterly*. Vol 23, 1996 p. 200-210.

right to appeal was made knowingly and voluntarily[23]. Consequently, after an appeal is filed in violation of a plea agreement, the government usually files a motion to dismiss the appeal, and appellate courts - after giving the defendant an opportunity to respond - decide on this motion even before the merits of the grounds for the appeal are examined[24].

The traditional guilty plea closes the case in the sense that it results in a waiver of the right to appeal on all issues except the validity of the plea itself and the court's jurisdiction. In practice, the institution has emerged of the so-called conditional guilty plea - an agreement in which the prosecutor, the court, and the defendant agree that the guilty plea is conditioned on the preservation of the right to appeal in relation to selected legal issues. With the consent of the court and the government, a defendant may enter a conditional plea of guilty or *nolo contendere*, reserving in writing the right to have an appellate court review an adverse determination of a specified pretrial motion. A defendant who prevails on appeal may then withdraw the plea[25].

Although the standard safeguards associated with accepting a plea – such as establishing the voluntariness of the plea or the existence of a factual basis – are crucial, they do not rule out the possibility of successfully challenging a plea agreement in a criminal case.

The first point of reference remains the case *Strickland v. Washington*, 466 U.S. 668 (1984), in which the Supreme Court first formulated a general standard for evaluating a claim of ineffective assistance of a counsel in the context of the Sixth Amendment. A two-step test was then established: the defendant must first show that the counsel's

---

[23] See, e.g., *United States v. Guillen*, 561 F.3d 527, 529–31 (D.C. Cir. 2009); *United States v. Hahn*, 359 F.3d 1315, 1318, 1324–28 (10th Cir. 2004); *United States v. Andis*, 333 F.3d 886, 889–92 (8th Cir. 2003); *United States v. Teeter*, 257 F.3d 14, 21–23 (1st Cir. 2001); *United States v. Schmidt*, 47 F.3d 188, 190–92 (7th Cir. 1995); United States v. Ashe, 47 F.3d 770, 775–76 (6th Cir. 1995); *United States v. Yemitan*, 70 F.3d 746, 747–48 (2d Cir. 1995); United States v. Melancon, 972 F.2d 566, 567 (5th Cir. 1992); *United States v. Wiggins,* 905 F.2d 51, 52–53 (4th Cir. 1990); *United States v. Navarro-Botello*, 912 F.2d 318, 321–22 (9th Cir. 1990).

[24] BERNARDO Kevin. Post-Sentencing Appellate Waivers. *University of Michigan Journal of Law Reform*. Vol. 48. Issue 2, 2015. p. 351-353.

[25] United States Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 11(a) (2).

act or omission deviated from the objective standard of professional due diligence, and second, that the failure was "prejudicial," i.e. there is a reasonable probability that, but for the defender's errors, the outcome of the process would have been different. In this way the Court emphasized that the constitutional right to defense does not guarantee perfection, but requires the provision of effective and competent representation in a trial[26].

The standard from the Strickland case was subsequently developed in criminal settlement law. In *Lafler v. Cooper* (2012), the Supreme Court decided the issue of the consequences of ineffective assistance of a counsel that led to the rejection of a favorable plea agreement proposal. The defendant, following the erroneous advice of his attorney, did not accept the prosecutor's offer, and then – after a properly conducted trial before a jury - was convicted and received a harsher penalty than provided for in the rejected offer. The Court emphasized that the right to effective assistance of counsel also covers the stage of plea negotiations, and that a full and fair trial does not eliminate the effects of a previous violation. Applying the test from Strickland, the court held that the defendant, in order to show the existence of a "prejudicial" failure, must prove that but for the erroneous advice, there was a reasonable probability (1) that he would have accepted the offer, (2) that it would have been presented to the court, (3) that the court would have accepted it, and (4) that the sentence imposed according to the offer would have been more lenient than the sentence actually imposed after the trial[27].

In light of the decision in *Lafler v. Cooper* before the US Supreme Court, three key elements of challenging a ruling related to a plea deal can be identified, citing violations of Sixth Amendment rights, including the right to a counsel. First, the essential argument may be ineffective and incompetent legal assistance provided in the course of plea deal negotiations. In the *Lafler* case, the defendant's attorney convinced him

---

[26] *Strickland v. Washington*. 466 U.S. 668 (1984). GABRIEL, Richard L. The Strickland standard for claims of Ineffective assistance of counsel: emasculating the sixth amendment in the guise of due process. *University of Pennsylvania Law Review*. Vol. 134, 1986, p.1259-1289; GRIFFIN, Lissa. The Right to Effective Assistance of Appellate Counsel. *West Virginia Law Review*. Vol. 97, No 1, 1994, p. 2-50.

[27] *Lafler v. Cooper*. 566 U.S. 156 (2012).

that the prosecution would be unable to establish intent to murder because the victim had been shot below the waist. This erroneous advice led the defendant to reject a favorable plea deal offer. The second element is an erroneous demonstration of the court's error. In *United States v. Marin*, the error constituting grounds for appealing the plea deal was the fact that the sentence imposed exceeded the statutory maximum[28]. In the facts of the case in *Lafler v. Coope*r, the court ignored the two-part test from *Strickland v. Washington*. The court only found that the defendant knowingly and voluntarily rejected the plea deal offer without examining whether this decision was a consequence of ineffective legal assistance. Finally, it is necessary to demonstrate that the counsel's error had an actual negative impact on the outcome of the case. In *Lafler v. Cooper*, the real negative consequence of ineffective legal assistance was that the defendant lost the opportunity to accept a plea bargain resulting in a much lighter sentence than the one imposed by the court.

In the context of the right to appeal against a plea deal, it is also worth referring again to *Missouri v. Frye* (2012), where the US Supreme Court examined whether the defendant could successfully challenge a valid plea deal despite its voluntariness and established facts, if there was a violation of the constitutional right to effective assistance of a counsel. The key was the defense counsel's failure to inform the client of a more favorable plea deal offer, which consequently expired. The Court clearly stated that the Sixth Amendment guarantees effective assistance at the negotiation stage as well, so the defendant can raise the claim of *ineffective assistance of counsel* on appeal. Moreover, in order to show the harm of the ineffective defense, the defendant must prove that, with proper action by the defense counsel, he would have accepted the offer, and its provisions would have been accepted by the court and the prosecutor. In this way, Frye confirms the way to challenge concluded plea deals in situations where their unfavorable content was the result of a violation of the constitutional standard of the right to defense[29].

Although federal law - particularly Federal Rule of Criminal Procedure 11 -prohibits judicial participation in plea discussions, the

---

[28] *United States v. Marin*. 961 F.2d 493. 496 (4th Cir. 1992).

[29] *Missouri v. Frye*. 566 U.S. 134 (2012).

question of whether and to what extent the judge may engage in plea bargaining is largely determined by state law. Several jurisdictions expressly authorise judicial involvement. North Carolina permits the trial judge to "participate in the discussions" between prosecution and defence[30]. Similarly, Illinois allows judicial participation on the defendant's request and with prosecutorial consent[31], Maine provides one of the clearest statutory bases for judicial involvement in plea bargaining: Rule 11A(a), read together with Rule 18(b), expressly authorises the court to participate in plea discussions and to facilitate a plea agreement by suggesting or addressing specific terms under consideration[32]. Oregon follows a complex hybrid model: the trial judge is generally barred from participating in plea discussions, whereas a different judge may take part - on joint request of the parties or at the direction of the presiding judge - in an advisory and non-binding capacity, with strict procedural safeguards ensuring that the trial judge remains insulated from the negotiation process unless the defendant knowingly waives that protection[33]. By contrast, states such as New Jersey maintain a strict prohibition on judicial participation in plea bargaining[34]. This variation indicates that, in the United States, judicial involvement in plea bargaining seems to be shaped less by federal constitutional doctrine than by the procedural choices made within each state.

In conclusion, plea bargaining in the American criminal process, while relying on the rigors of voluntariness and establishing facts, remains an institution that is subject to appeal. In federal practice, waiver-of-appeal clauses are the standard, which significantly limit the possibility of challenging a judgment but does not eliminate constitutional guarantees

---

30 NC Gen Stat § 15A-1021 (2024)

31 Illinois Supreme Court Rule 402(d)(1): Available at: https://www.illinois-courts.gov/rules/supreme-court-rules?a=iv (accessed 15 November 2025).

32 Maine Rules Of Unified Criminal Procedure, Available at: https://www.courts.maine.gov/rules/text/mru_crim_p_plus_2025-05-01.pdf, (accessed 15 November 2025).

33 Oregon Revised Statutes § 135.432(1)–(5), Available at: https://oregon.public.law/statutes/ors_135.432, (accessed 15 November 2025).

34 New Jersey Court Rule 3:9-3(a). Available at: https://www.njcourts.gov/attorneys/rules-of-court, (accessed 15 November 2025).

under the Sixth Amendment. The evolution of the Supreme Court's case law, from the general test in *Strickland v. Washington* to its adaptation in *Lafler v. Cooper* and *Missouri v.* Frye, shows that the constitutional right to effective assistance of a counsel sets limits on the stability of plea agreements. In practice, this means that even a properly concluded and accepted plea agreement can be challenged if it resulted from failures of the defense that limited the defendant's ability to make an informed and rational choice. From a systemic perspective, these guarantees are an important complement to the formal provisions of Rule 11, emphasizing that the foundation of the American criminal justice system remains not so much the procedural consensus itself, but the reliability and fairness of the entire procedure.

3. England and Wales

The legal system of England and Wales has also developed the institution of plea bargaining, understood as negotiations between the defense and the prosecution (sometimes with the participation of the court), the purpose of which is to obtain for the defendant leniency with regard to the criminal consequences in exchange for a guilty plea and a waiver of the right to a full trial. In practice, it takes three basic forms: charge bargaining, which involves dropping or modifying charges, fact bargaining, which involves shaping the factual basis of the case in a way favorable to the defendant, and sentence bargaining, which involves negotiations regarding the severity of the penalty[35].

Recent empirical work has also shown that, notwithstanding the policy objective of promoting expediency, plea bargaining may itself generate delay and additional procedural labour. As Hodgson notes, overcharging is structurally embedded in prosecutorial practice in England and Wales - when advising the police on charging decisions, Crown Prosecutors routinely indicate from the outset the counts on which they would be prepared to accept a guilty plea, thereby creating an incentive (sometimes even unconsciously) to frame charges ambitiously in order to

[35] RAUXLOH, Regina. Plea Bargaining in National and International Law A Comparative Study, New York: Routledge, 2012, p. 25-27.

preserve bargaining space. This dynamic, combined with the availability of charge and fact bargaining, reinforces the widespread perception among defence practitioners that early guilty pleas are often strategically unwise, even in a system that attaches substantial sentencing discounts to an early indication of guilt[36].

Nevertheless, England and Wales plea bargaining plays an important role in the practice of the criminal justice system. The vast majority of defendants in criminal cases plead guilty, and as a result, their cases end without a full evidentiary process. Research indicates that the overwhelming majority of these guilty pleas are the result of one form of plea bargaining - either expressly agreed more lenient legal classification of the charges (charge bargaining) or the presentation of a less incriminating version of the facts (fact bargaining). Most often, however, the decisive factor turns out to be the mechanism of the so-called sentencing discount, which involves a statutory reduction of the penalty (by up to one-third) if a guilty plea is submitted before the trial. Statistics further confirm the importance of this phenomenon: in 2011, as many as 70% of defendants before the Crown Court pleaded guilty to all charges, and in magistrate courts the percentage was probably even higher[37]. More recent data point to the continued structural significance of guilty pleas: in Q2 2025, the guilty-plea rate in the Crown Court stood at 61%, broadly consistent with post-2023 levels and only slightly below the pre-COVID baseline[38].

---

[36] HODGSON, Jacqueline S., *Plea bargaining. a comparative analysis. In Wright, J. D., (ed.) International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences. Amsterdam: Elsevier, 2015, pp. 226-231; GORMLEY, Jay. The inefficiency of plea bargaining. Journal of Law and Society. Vol. 49, Nr 2*, https://doi.org/10.1111/jols.12360

[37] HORNE, Juliet, Plea Bargains, Guilty Pleas and the Consequences for Appeal in England and Wales, *Warwick School of Law Research Paper*, 2013, p. 4. DOI: http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2286681.

[38] Ministry of Justice, Criminal Court Statistics Quarterly: April to June 2025 (18 September 2025), available at: https://www.gov.uk/government/statistics/criminal-court-statistics-quarterly-april-to-june-2025/criminal-court-statistics-quarterly-april-to-june-2025 (last accessed: 13 November 2025), section "Guilty plea rate"

At the same time, the practice of plea bargaining in England and Wales has actually existed only since the 1970s. Unlike in the United States, earlier the topic remained on the margins of legal debate and was rarely the subject of systematic research, and little was actually known about the informal negotiations between the prosecution and the defense. A turning point was the case R. v. Turner (1970, 2 All E.R. 281), in which Lord Parker – then Lord Chief Justice – explicitly prohibited judges from suggesting the penalty in exchange for a guilty plea. It was stressed that such a practice would constitute unacceptable pressure on the defendant and would be in contradiction to the basic principles of adversarialism, judicial independence, and the presumption of innocence[39].

Despite the formal prohibitions arising from R. v. Turner, mechanisms have emerged in practice that facilitated the so-called covert judicial plea bargaining. This phenomenon was made possible by several factors. First, in the traditional model of the attorney-client relationship, the dominant position was held by the professional attorney, who in fact made the fundamental strategic decisions in the case. Second, the judgment in the Turner case left room for attorneys to communicate freely with judges in private conversations, making it possible to obtain informal guidance on the expected sentence. Third, there was widespread awareness in the legal community of the existence of the so-called sentencing discount for admission of guilt, justified by practical considerations such as saving the court's time or reducing inconvenience to witnesses. All these elements created conditions conducive to covert forms of procedural negotiations, despite the formal prohibition of the judge's direct participation in plea bargaining[40].

An important turning point was the 1993 report of the Royal Commission on Criminal Justice, which recommended statutory regulation of the institution of sentencing discount. Since then, the justification for sentencing discount has shifted from the traditional categories of "remorse" or "expression of regret" to arguments of a purely pragmatic

---

[39] THOMAS, Philip A. Plea Bargaining in England. *Journal of Criminal Law and Criminology*. Vol. 69, Issue 2. 1978, p. 172. See also: FLYNN, Asher. Fortunately We in Victoria Are Not in That UK Situation': Australian and United Kingdom Perspectives on Plea Bargaining Reform. *Deakin Law Review*. Vol. 16, 2011. p. 372.

[40] Ibidem. p. 173.

nature, primarily those related to the need to ensure the efficiency and effectiveness of criminal proceedings. Subsequent reforms - such as the advance indication of sentence, the introduction of minimum sentences, and the development of the practice of procedural discussions - have significantly increased the pressure to plead guilty and perpetuated its perception as a tactical decision by the defendant. Today, the vast majority of convictions in England and Wales are based on a guilty plea, and plea bargaining has become central to the operation of the criminal justice system, although it still raises serious concerns about the risk of violating the voluntariness of decisions[41].

In England and Wales, procedural agreements can also be entered into in cases of the most serious crimes adjudicated by the Crown Court. Negotiations usually take place before the first court session. The Code for Crown Prosecutors sets clear rules for accepting guilty pleas. Prosecutors may only accept a plea if the court can impose a sentence that properly reflects the seriousness of the offense, allows for confiscation where appropriate, and provides adequate powers to make ancillary orders. Particular caution is required where a plea would enable the defendant to avoid a mandatory minimum sentence, and pleas must never be accepted merely for reasons of convenience. In deciding whether to accept a plea, prosecutors should take into account the interests and, where possible, the views of the victim, while making clear to the court the exact basis on which the plea is offered and accepted. Where the factual basis is disputed and could affect the sentence, the court should be invited to hear evidence before sentencing[42].

The court's role is to review the consistency of the agreed agreement with the evidence and the requirements of justice. Formally, the court may refuse to approve it, although in practice it usually approves the submitted agreements[43]. At the latest at the first session, the court is

---

41 HORNE, Juliet, Plea Bargains, Guilty Pleas and the Consequences for Appeal in England and Wales, *Warwick School of Law Research Pape*. 2013, p. 5. DOI: http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2286681.

42 see: The Code for Crown Prosecutors 8th Edition, October 2018, s. 9.6.

43 Johnston E., Smith T., Criminal Procedure and Punishment, Saltford 2020, p. 182. See also: CZERWIŃSKA, Dorota. Porozumienia procesowe w sprawach karnych. Między sprawnością a sprawiedliwością [Procedural Settlements in

required to read and explain the charge to the defendant and make sure he or she understands the consequences of the guilty plea. The guilty plea itself eliminates the need for evidentiary proceedings as to guilt, and the summary of the case presented by the prosecutor becomes the basis for the penalty, which also includes mitigating and aggravating circumstances[44]. In contentious situations, the court has additional instruments at its disposal, such as the Newton hearing, which is a special evidentiary proceeding conducted in spite of a guilty plea, the purpose of which is to establish facts that are crucial to the determination of the sentence. This mechanism allows the court, after hearing evidence and witnesses, to determine the factual basis for the conviction and, consequently, impose a just penalty[45]. A Newton hearing is a limited evidentiary proceeding held notwithstanding a guilty plea, designed to resolve material disputes about the factual basis of the plea that bear directly on sentencing. Originating from the Court of Appeal's decision in R v Newton, the procedure has since been codified in the Criminal Practice Directions. Its core principle is that significant factual disagreements cannot be resolved to the defendant's detriment without calling evidence. In practice, a Newton hearing is required where the parties advance conflicting accounts of facts that are either essential to the legal characterization of the offence or relevant to sentence. It may be triggered in two situations: where the prosecution and defence disagree on a material factual issue - provided the defence version is not so implausible as to be absurd - or where the court, despite an apparent agreement between the parties, harbours doubts as to the accuracy or fairness of the proposed factual basis. In such cases, both sides must set out their positions in writing, and the prosecution should generally seek a Newton hearing rather than acquiesce in the defendant's account simply because direct counter-evidence is unavailable.

Criminal Matters: Between Effectiveness and Justice]. Warszawa: WoltersKluwer, p. 330-334.

44 CZERWIŃSKA, Dorota. Porozumienia procesowe w sprawach karnych. Między sprawnością a sprawiedliwością [Procedural Settlements in Criminal Matters: Between Effectiveness and Justice]. Warszawa: WoltersKluwer, p. 330-334.

45 GILESPIE, Alisdair A., The Right to a Newton Hearing: Goldsmith v DPP. *The Journal of Criminal Law*. Vol. 74, Issue 1, 2010, p. 7-9, DOI: https://doi.org/10.1350/jcla.2010.74.1.610.

Central to the system, however, is the framework for sentence reductions following a guilty plea. Under section 73 of the Sentencing Act 2020[46], and with reference to the Sentencing Council's guideline *Reduction in sentence for a guilty plea*[47], the court must take into account the stage at which the plea is indicated, with an early plea normally attracting up to a one-third reduction. The judge does not participate in plea negotiations as such but retains full sentencing discretion within this statutory and guideline-based framework and may, where appropriate and without exerting pressure, give an indication of the sentencing range that would apply upon a guilty plea[48].

The admissibility of appealing against plea agreements in England and Wales is not universal, but depends on a number of factors. First, English law places restrictions on judgments issued by magistrates' courts when they are based on admission of guilt - regardless of whether the guilty plea is part of an explicit plea agreement. Pursuant to Section 108(1) of the Magistrates' Courts Act, a person convicted by a magistrates' court may file an appeal to the Crown Court: (a) in the case of a guilty plea - only as to the penalty, (b) in the case of a plea of not guilty - both as to the guilt and as to the penalty[49]. This means that the admission of guilt in proceedings before a magistrates' court rules out challenging the finding of guilt on appeal. Second, analogous restrictions do not apply to Crown Court judgments in more serious cases. In such cases, a defendant who has pleaded guilty retains the ability to challenge both the penalty and the findings related to guilt. One should bear in mind, however, that any appeal against a Crown Court's judgment requires the approval of the

---

[46] Sentencing Act 2020, s 73. Available at: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2020/17/section/73, (accessed 15 November 2025).

[47] Sentencing Council, Reduction in Sentence for a Guilty Plea: Definitive Guideline (Sentencing Council for England and Wales, first published 2017, in force for first hearings on or after 1 June 2017). Available at: https://www.sentencingcouncil.org.uk/guidelines/reduction-in-sentence-for-a-guilty-plea-first-hearing-on-or-after-1-june-2017/ (accessed 15 November 2025).

[48] See also: CZERWIŃSKA, Dorota. Porozumienia procesowe w sprawach karnych. Między sprawnością a sprawiedliwością [Procedural Settlements in Criminal Matters: Between Effectiveness and Justice]. Warszawa: WoltersKluwer, p. 324-329.

[49] United Kingdom Magistrates' Courts Act 1980 (1980 c 43), s. 108 (1).

Appellate Court (leave to appeal). In practice, this means a significant narrowing of the possibility of challenging a guilty plea, since the Appellate Court extremely rarely allows appeals as to guilt in cases in which the defendant has previously pleaded guilty[50].

The issue of the ability to challenge guilty pleas also has a practical dimension related to the burden placed on appellate courts. As pointed out in the literature, if the ability to challenge judgments was allowed broadly, the large number of cases adjudicated on the basis of guilty pleas could lead to a significant increase in the number of cases before the Court of Appeal or the Crown Court as a result of appeals of judgments of magistrates' courts. This risk is reflected in the case law, which has adopted clear limitations on the grounds of appeal against judgments based on guilty pleas[51]. Indeed, in almost all such cases, defendants can only appeal claiming that their plea was made in an involuntary or equivocal manner. Thus, the scope of review in this type of cases has been deliberately reduced, which, on the one hand, protects the efficiency of the system and, on the other hand, raises questions about the adequacy of the protection of the defendant's procedural rights[52].

Case law assumes that procedural errors that lead the defendant to wrongly believe that his or her behavior can be considered a crime, when in fact it cannot, or that he or she has no line of defense, although

---

[50] CZERWIŃSKA, Dorota. Porozumienia procesowe w sprawach karnych. Między sprawnością a sprawiedliwością [Procedural Settlements in Criminal Matters: Between Effectiveness and Justice]. Warszawa: WoltersKluwer, p. 339-341.

[51] An appellant who wishes to challenge a plea must show either that her plea was involuntary, or equivocal (ie she pleaded guilty without understanding the nature of the charge or without intending to admit that she was guilty of what was alleged), or based on fundamentally mistaken advice'. P. Taylor (ed.), Taylor on Criminal Appeals. Oxford: Oxford University Press, 2nd edn., para 9.03; NOBLES, Richard. SCHIFF, David. The Supervision of Guilty Pleas by the Court of Appeal of England and Wales – Workable Relationships and Tragic Choices. *Criminal Law Forum*. Vol. 31, 2020, p. 524,

[52] NOBLES, Richard. SCHIFF, David. The Supervision of Guilty Pleas by the Court of Appeal of England and Wales – Workable Relationships and Tragic Choices. *Criminal Law Forum*. Vol. 31, 2020, p. 524, https://doi.org/10.1007/s10609-020-09400-2. NOBLES, Richard; SCHIFF, David. The Never-Ending Story: Disguising Tragic Choices in Criminal Justice'. Modern Law Review. Vol. 60, p. 293, 1997. .

in fact there is one, can form the basis of a successful appeal. In such cases, a guilty plea cannot be considered an actual admission of the perpetration of a crime. By contrast, errors that merely weaken the defendant's chances of acquittal - such as unfavorable court rulings or not fully competent advice by defense counsel - do not open the way for an appeal[53]. Consequently, it should be assumed that the admissibility of challenges to procedural agreements in England and Wales is narrowly defined and strictly depends on the type of court and the nature of the transgressions. In cases before magistrates' courts, a guilty plea eliminates the possibility of challenging guilt and allows appeals only as to the penalty. In Crown Court proceedings, it is formally possible to challenge both the penalty and the findings regarding guilt, but the requirement to obtain a leave to appeal and the practice of the Court of Appeal make such appeals exceptional. In general, the only basis for a successful appeal is the lack of voluntariness or unequivocality of the plea, as well as serious errors leading to the defendant's erroneous belief as to the essence of the act or the lack of available means of defense. Transgressions that only weaken the chances of acquittal are not considered sufficient. In this way, the system balances the need for efficiency in the proceedings with a minimum standard for protecting the rights of defendants, although this raises significant concerns about the full realization of the right to defense.

4. France

The institution known as procedural agreements (*composition pénale* in French) was introduced into the 1957 French Code of Criminal Procedure by Law no. 99-515 of June 23, 1999. This was another stage, following the introduction in 1993 of the institution of mediation, of the formation of methods of ending criminal proceedings that would be an alternative to a trial. Leaving aside the evolution of the normative changes concerning French procedural agreements, it should be pointed out that such institutions include, without a doubt, conviction on the basis of a

[53] NOBLES, Richard. SCHIFF, David. The Supervision of Guilty Pleas by the Court of Appeal of England and Wales – Workable Relationships and Tragic Choices. *Criminal Law Forum*. Vol. 31, 2020, p. 526.

prior confession of guilt (*la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité* in French) and a penal composition (*la composition pénale* in French). The use of both institutions follows the prior consent of the suspect, which is a constitutive element of procedural agreements.

The first institution of French procedural law considered a type of procedural agreement is *la composition pénale*[54]. It was introduced into Article 41-2 of the French Code of Criminal Procedure by an amending act passed in 1999, which came into force in 2001. *La composition pénale* may be used in cases concerning offenses punishable by imprisonment for up to five years (except for press offenses, political offenses, and manslaughter), Furthermore, this institution may also apply to minors over the age of 13 and to legal entities in cases concerning acts enumerated in the Code (Article 41-2). While *la composition pénale* is defined as an alternative to prosecution and does not amount to a formal conviction, it nonetheless requires that the measure be based on an official finding of guilt[55]. . The initiative to conclude a procedural agreement always comes from the prosecutor who, personally or through a police officer or mediator, makes a specific offer to the suspect who has admitted to have committed the offense. This occurs when the prosecutor has no doubt about the suspect's guilt. Under *la composition pénale*, the prosecutor and the suspect can agree on the application of a very broad catalog of penal measures. It includes, among other things, the possibility to impose a fine, the forfeiture of items used in the perpetration of the crime, a driving ban of up to six months, an order to perform unpaid community service for up to six months, a ban on staying in certain places or contacting certain

---

[54] FOURMENT, François F. Procédure pénale. Orléans: Paradigme publications universitaires, 126-128, 2003; LEBLOIS–HAPPE, Jocelyne. De la transaction pénale à la composition pénale, loi nr 99–515 du 23 juin 1999. *Juris–classer périodique – La semaine juridique*. Vol. 1, 2000, p. 198.; PRADEL, Jean. Vers un "aggiornamiento" des réponses de la procédure pénale à la criminalité. Apports de la loi nr 2004–204 du 9 mars 2004 dite Perben II. *Juris–classer périodique – La semaine Juridique*. Vol. 1, 2004, p. 131; ROGACKA-RZEWNICKA, Maria. Zasada oportunizmu w świetle ostatnich reform francuskiej procedury karnej [The Principle of opportunism in light of recent reforms of French Criminal Procedure]. *Prokuratura i Prawo*. Vol. 4, 2006, p. 81.

[55] SOUBISE, Laurène. Guilty Pleas in an Inquisitorial Setting – An Empirical Study of France. *Journal of Law and Society*. Vol. 45, 2018, p. 398-426, https://doi.org/10.1111/jols.12121.

people, drug therapy at the suspect's own expense, and a responsibility training course to prevent and combat domestic and gender-based violence.

The suspect is free to decide whether to accept or reject the offer made. If the suspect agrees to the settlement offer, the prosecutor asks the court to approve the agreement reached[56]. The judge validates the penal composition if the conditions set out in Article 41-2 of the French Code of Criminal Procedure are met and if he or she considers the proposed measures to be justified in view of the circumstances of the offense and the personality of the offender. He refuses to validate the settlement if he considers that the seriousness of the facts, in the light of the circumstances of the case, or that the personality of the person concerned, the situation of the victim, or the interests of society justify recourse to another procedure, or when the statements of the victim heard (...) shed new light on the conditions in which the offense was committed or on the personality of the perpetrator. Although the role of the court is reduced to validating or refusing to validate the settlement proposed by the prosecutor, in this case the court becomes the guardian of substantive and formal justice and the guarantor of bringing out the truth. However, this does not occur in every case. Following the amendment of March 23, 2019, procedural agreements under Article 41-2 of the French Code of Criminal Procedure do not require court validation if the criminal proceedings concern an offense punishable by imprisonment for no more than three years, and the agreed fine or value of the forfeiture of property does not exceed the amount of 3,000 euros[57].

The validation of an agreement by a court results in the agreement acquiring the status of a judicial decision. This does not mean that it ends the criminal proceedings. However, only the execution of the agreement results in the final discontinuation of criminal proceedings. It should be

---

[56] DECHEPY-TELLIER, Johan. The public prosecutor's office in the French legal system. DPCE Online. Vol. 61, No 1, p. 330. 2024, https://doi.org/10.57660/dpceonline.2024.2082; ROGACKA-RZEWNICKA, Maria. Zasada oportunizmu w świetle ostatnich reform francuskiej procedury karnej [The Principle of opportunism in light of recent reforms of French Criminal Procedure]. *Prokuratura i Prawo*. Vol. 4, 2006, p. 80.

[57] DECHEPY-TELLIER, Johan. The public prosecutor's office in the French legal system. *DPCE Online*. Vol. 61, No 1, p. 330. 2024, https://doi.org/10.57660/dpceonline.2024.2082.

added that the court's decision, if any, to consent to a penal composition (*la composition pénale*) is not appealable by either party (Article 41-2 2 of the French Code of Criminal Procedure). The inability to appeal applies to both negative and positive decisions. It weakens the court's position *vis-à-vis* the prosecutor. This has become more apparent after the 2019 reform, which increased the role of the prosecutor in the application of the institution of *la composition pénale*, even leading to the transformation of the prosecutor into a *quasi*-judge[58]. On the one hand, the state has gained the ability to quickly conclude criminal proceedings and punish the offender, but on the other hand, the increase in the prosecutorial power may prevent the correctness of the prosecutor's decision from ever be verified by a court. Under this institution, the French penal composition does not allow the suspect to fully exercise the right to a fair trial, which appears as one of the safeguards provided to an individual against unauthorized interference by public authorities (including law enforcement agencies) with human rights and freedoms[59].

The second institution of the French criminal process, considered the equivalent of the American plea bargaining, is *la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité* (hereinafter referred to as CRPC)[60]. It was introduced into the French Code of Criminal Procedure by an

[58] Following the reform implemented in 2019, judicial approval of a settlement is no longer required where the proposed and accepted fine is less than EUR 3,000 in respect of an offence punishable by a term of imprisonment not exceeding three years.

[59] Naturally, this procedural guarantee will exist if the suspect rejects the *composition pénale offered*, in in which case the matter is referred to the court for judicial determination.

[60] DESPREZ, François. La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité: 18 mois d'application à Montpellier (1er octobre 2004 – 1er avril 2006). *Archives de politique criminelle*. Vol. 28, No 1, p. 109-134. 2006, DOI 10.3917/apc.028.0109; BOSSAN, Jérôme, LETURMY, Laurence. Rapport final de recherche la comparution sur reconnaissance prealable de culpabilite. Bilans et perspectives, Novembre 2019, pp. 82, https://shs.hal.science/halshs-02371728v1/document; NIANG, Babacar. Le "plaider coupable" en France et aux Etats-Unis au regard des principes directeurs du procès penal. Paris: L'Harmattan, 2014; HAMDAN, Stephanie. Absprachen im französischen Verfahren?. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2018, p. 59-162.

amending act of March 9, 2004, which came into force on October 1, 2004.[61] This procedure applies to all criminal offenses, with the exception of those mentioned in Article 495-16 of the French Criminal Code (offenses committed by minors, press offenses, manslaughter, political offenses, or offenses for which a special law exists) and voluntary or involuntary injuries and sexual assaults referred to in Articles 222-9 to 222-31-2 of the Criminal Code, if they are punishable by a prison sentence of more than five years.[3] Furthermore, Article 495-8 of the French Code of Criminal Procedure provides that a penalty imposed under the CRPC procedure may not exceed three years of imprisonment and, at the same time, may not be greater than half of the statutory maximum penalty. In principle, the CRPC is concluded at the time of the investigation[62]. The prosecutor proposes one or more of the penalties prescribed for the crime in question to a legal person or individual, who formally admits guilt and does not dispute the facts of the case. If the suspect accepts the terms of the agreement, the prosecutor submits a request to the court to have the proposed sentence homologated by the President of the Judicial Court or the judge delegated by him. According to Article 495-9 of the French Code of Criminal Procedure, the court's role is to verify the veracity of the facts and their legal classification adopted in the request for conviction. These elements cannot be subject to the agreement, and only the legal consequences of the act can be agreed upon[63]. The court

---

[61] The current form was established by Law no. 2023-1059 of November 20, 2023 on the orientation and programming of the Ministry of Justice (2023–2027), which amended the CRPC regime to provide that the public prosecutor will be able to – after the President of the Judicial Court has refused once to approve the sentence proposed under the CRPC – refer the matter to the President a second time for the approval of another proposed sentence, https://www.whitecase.com/insight-alert/negotiated-criminal-justice-and-french-guilty-plea-procedure-improved-rights

[62] It should be added that, if the case has been referred for a judicial investigation, the judge may - after exhausting the evidentiary steps in the investigation - issue an order to refer the case to the public prosecutor (instead of referring it to a court) to determine the conditions for the application of the CRPC (Article 180-1 of the French Code of Criminal Procedure).

[63] See PRADEL, Jean. Manuel de procédure pénale. Paris: Cujas, p. 568-569, 2006; DESPORTES Frédéric, LAZERGES-COUSQUE, Laurence. Traité de procédure pénale. Paris: Economica, 850-852, 2015; CZERWIŃSKA, Dorota. Porozumienia procesowe w sprawach karnych. Między sprawnością a

does not have the ability to modify the CRPC request[64]. If the court refuses to approve the procedural agreement, the public prosecutor is obliged to refer the accused person to the criminal court for trial or to the investigating judge for the recommencement of the judicial investigation. The attractiveness of the CRCP procedure has been strengthened by the recent amendment of article 495-12 of the French Code of Criminal Procedure by the Law no. 2023-1059 of November 2023. According to the new version of the article, which entered into force on September 30, 2024, the public prosecutor may, after the failure of a first CRCP procedure, submit a second request for approval to the President of the Judicial Court. The prosecutor's authority to submit a renewed sentencing proposal affords an additional opportunity to the parties who have elected to proceed under the CRPC mechanism, particularly in circumstances where the President of the Judicial Court, or a judge delegated by them, has previously determined that the initial proposal was inadmissible on formal or substantive grounds.[65].

Unlike the previous two institutions of procedural agreements in French law, in the case of the CRCP it is possible to file an appeal against a decision of the President of the Judicial Court approving the agreement. The provisions of the fourth sentence of Article 495-11 and the fourth sentence of Article 495-13 of the French Code of Criminal

---

sprawiedliwością [Procedural Settlements in Criminal Matters: Between Effectiveness and Justice]. Warszawa: WoltersKluwer, p. 413-422, 2024. According to Article 495-8 of the French Code of Criminal Procedure, in addition to the penalties of imprisonment and fine, agreements may also include conditionally suspended prison sentences, early revocation of prohibitions or loss of rights, as well as waiving the entry of a conviction in the open parts of the criminal record.

64 The absence of such a possibility has been consistently identified in the scholarly literature as a subject of critical. Concurrently, it has been argued that the judiciary should be endowed with the competence to amend judicial settlements, see NIANG, Babacar. Le "plaider coupable" en France et aux Etats-Unis au regard des principes directeurs du procès penal. Paris: L'Harmattan, p. 322-323, 2014

65 HAERI Kami. Negotiated Criminal Justice and French Guilty Plea Procedure: Improved Rights for the Prosecuted Individuals, 5 February 2024, https://www.whitecase.com/insight-alert/negotiated-criminal-justice-and-french-guilty-plea-procedure-improved-rights.

Procedure stipulate that the parties may appeal this decision according to general rules, within 10 days of its issuance (Article 498 of the French Code of Criminal Procedure). The broadest possibility to file an appeal is available to defendants. In their case, the French law provides no limitation. Another party to criminal proceedings, the victim, who can file a civil action (*l'action civile* in French)[66], cannot challenge the decision of the President of the Judicial Court by raising objections to the determination of guilt or penalty (Article 497(3) of the French Code of Criminal Procedure) but is only entitled to file a civil action. In addition to the defendant and the claimant in civil proceedings, the prosecutor is also authorized to challenge the decision of the President of the Judicial Court approving the agreement. The prosecutor's ability to file an appeal has been limited by the French legislature. Although the prosecutor can file an appeal in the same scope as the defendant, he or she can only do so if another party has filed an appeal (Article 495-11 of the French Code of Criminal Procedure). Thus, the prosecutor cannot independently challenge a decision of the President of the Judicial Court, or the judge delegated by him, homologating the proposed sentence, even if the approved agreement violates substantive rights[67]. If on one appeals against the court's decision approving the proposed sentence, the judgment becomes final. The court's order refusing to approve the agreement cannot be challenged by any party, as it does not end the proceedings.

---

[66] According to Article 2(1) of the French Code of Criminal Procedure, civil action aimed at the reparation of the damage suffered because of a felony, a misdemeanor, or a petty offense is open to all those who have personally suffered damage directly caused by the offense.

[67] DESPORTES Frédéric, LAZERGES-COUSQUE, Laurence. Traité de procédure pénale. Paris: Economica, 859-860, 2015; CZERWIŃSKA, Dorota. Porozumienia procesowe w sprawach karnych. Między sprawnością a sprawiedliwością [Procedural Settlements in Criminal Matters: Between Effectiveness and Justice]. Warszawa: WoltersKluwer, 2024, p. 422.

5. Germany

The institution of procedural agreements has been introduced in the German Code of Criminal Procedure in 2009[68]. The entry into force of Article 257c of the German Code of Criminal Procedure was intended to abolish informal procedural agreements (referred to as *Absprachen*) concluded using the existing procedural institutions since the 1970s[69]. The provision of Article 257c of the German Code of Criminal Procedure stipulates the admissibility of agreements on the course of the proceedings and the sentence, which may be sought by the court with the participants, u unless they violate the court's duty to clarify the facts of the case[70]. The object of a procedural agreement - referred to in German literature as *Verständigung* - may only comprise the legal consequences which could be imposed by the judgment and of associated court orders, other procedural measures relating to the course of the underlying adjudication proceedings and the conduct of the parties during the proceedings. A confession should also be part of an agreement (Article 257c(2) of

---

[68] RAUXLOH, Regina E. Formalization of Plea Bargaining in Germany: Will the New Legislation Be Able to Square the Circle?. *Fordham International Law Journal*. Vol. 34, Issue 2, p. 296-331. 2011; WEIGEND, Thoman, TURNER, Jenia Iontcheva. The Constitutionality of Negotiated Criminal Judgments in Germany. *German Law Journal*. Vol. 15, nr 1, p. 82-104. 2014.

[69] HELLER Jens. Die gescheiterte Urteilsabsprache. Baden-Baden: Nomos, 2004; HERRMANN, Joachim. Rechtliche Strukturen für Absprachen in der Hauptverhandlung: Die Richtlinienentscheidung des Bundesgerichtshofs – BGHSt. *JuS*. Vol. 43, p. 1162-1167, 1999; IGNOR, Alexander. Die Zukunft des Strafverfahrens – Abschied vom Rechtstaat? *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Heft 5, p. 927–937. 2007; SCHÜNEMANN, Bernd. Die Zukunft des Strafverfahrens – Abschied vom Rechtstaat? *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Heft 5, p. 945–958. 2007.

[70] NIEMÖLLER, Martin. In NIEMÖLLER, Martin; SCHLOTHAUER, Reinhold; WEIDER, Hans-Joachim. Gesetz zur Verständigung im Strafverfahren. Kommentar. München: C.H.Beck, 2010, p. 55–125. It should be added that recent empirical studies have shown that informal *Absprachen* still exist, especially in lower courts, see NOLTE, Julia. Hinweispflichten bei gescheiterter Verständigung im Blickwinkel der aktuellen BGH-Rechtsprechung. *Leipzig Law Journal*. Vol. 1, p. 88, 2023; ALTENHAIN, Karsten; HERBST Lizanne; VAN BÜRK, Cassandra; JAHN, Matthias; KAUFMANN, Tim; SCHMITT-LEONARDY, Charlotte. In ALTENHAIN, Karsten; JAHN, Matthias; KINZIG, Jörg. Die Praxis der Verständigung im Strafprozess. Baden-Baden: Nomos, 2020, p. 83-84, 102.

the German Code of Criminal Procedure)[71]. Due to the fact that in the German criminal process "finding the truth" about a criminal incident plays a special role[72], the object of the procedural agreement cannot be the legal qualification, which should be reflected in the evidence[73]. German law requires that the facts uncovered during the investigation substantiate the level of guilt referenced in the confession agreement[74]. This demonstrates that, in Germany, procedural agreements are not used to limit the public prosecutor's investigation into the facts, as is often the case in the United States, but rather to shorten the trial proceedings[75].

---

[71] SCHELBACH, Ralf. In GRAF, Jürgen Peter. In. Strafprozessordnung: Mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Kommentar. München: C.H. Beck, 2010, p. 1043-1046.

[72] RIEß, Peter. Ober die Aufgaben des Strafverfahrens. *Juristische Rundschau*. Heft 7, p. 270-710.2006; see also FROMMANN, Maike. Regulating Plea-Bargaining in Germany: Can the Italian Approach Serve as a Model to Guarantee the Independence of German Judges?. *Hanse Law Review*. Vol. 1, No 1, p. 197–220, 2009; MÜLLER-DIETZ, Heinz. Der Wahrheitsbegriff im Strafverfahren. Zeitschrift für Evangelische Ethik. Heft 15, p. 257. 1971; NEUMANN, Ulfrid. Wahrheit im Recht. Zu Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform. Baden-Baden: Nomos, 2004, p. 60-63

[73] It is even argued that the search for truth in criminal proceedings resembles "a buried piece of gold", is constructed along the lines of a vertical model that revolves around the court, see. VOLK. Klaus, Konfliktverteidigung, Konsensualverteidigung und die Strafrechtsdogmatik. In WIDMAIER Gunter; LESCH, Heiko; MÜSSIG, Bernd; ROCHUS, Wallau (Hrsg.). Festschrift für Hans Dahs, Köln: Dr. Otto Schmidt KG, 2005, p. 496.

[74] BOYNE, Shawn Marie. Procedural Economy in Pre-Trial Procedure: Developments in Germany and the United States (October 23, 2013). Indiana University Robert H. McKinney School of Law Research Paper No. 2013-39, Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2344508; WEIGEND, Thoman. Should We Search for the Truth, and Who Should Do it?. *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*. Vol. 36, Issue 2, p. 389-415. 2011; IGNOR, Alexander. In SATZGER, Helmut; SCHLUCKEBIER, Wilhelm (Hrsg.). Strafprozessordnung: mit GVG und EMRK. München: Carl Heymanns, 2016, p. 1523-1524.

[75] TURNER, Jenia Iontcheva. Plea Bargaining and Disclosure in Germany and the United States: Comparative Lessons. *William & Mary Law Review*. Vol. 57, Issue 2, p. 1573. 2016. Indeed, the main proceeding in Germany occurs even after an admission of guilt, but it is shorter than a contested trial. According to the Article 257c(1) sentence 2 StPO15 and the Article 244(2) StPO, the court's obligation of a comprehensive investigation remains "unaffected", procedural agreements. The Federal Constitutional Court concludes that "the plea agreement as such cannot form the basis of a judgment but can only be

The provision of Article 257c(2) explicitly indicates that "the verdict cannot be the object of an agreement." Such plea bargaining provision bans agreements concerning the guilt of the accused[76]. Consequently, a procedural agreement in German law does not relieve the court of the obligation to make sure that the defendant is in fact guilty of the offense named in the accusation and to achieve a state of certainty in this regard no less than in ordinary proceedings, as well as to verify the correct legal classification of the act of which the defendant has been charged[77].

The feature of German plea bargaining is the active role that judges play in the process. Firstly, the court is obliged to communicate

---

formed through a sufficiently founded conviction determined by facts and circumstances reached through the entire main trial". This should lead to two consequences: First, a waiver of the right to present evidence and the taking of evidence cannot operate outside of what the obligation of a comprehensive *ex propio motu* investigation demands. Second, a confession in the case of a plea agreement must always be checked for accuracy by taking evidence during the main trial, see MOSBACHER, Andreas. The Decision of the Federal Constitutional Court of 19 March 2013 on Plea Agreements. *German Law Journal*. Vol. 15, Special issue - Plea Bargains in Germany, p. 7-8, 2014.

[76] See ESCHELBACH, Ralf. In GRAF, Jürgen Peter. In. Strafprozessordnung: Mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Kommentar. München: C.H.Beck, 2010, p. 1043-1046; IGNOR, Alexander. In SATZGER, Helmut; SCHLUCKEBIER, Wilhelm (Hrsg.). Strafprozessordnung: mit GVG und EMRK. München: Carl Heymanns, 2016, p. 1542. Since the ruling of the Federal Constitutional Court on 19 March 2013, it has been emphasised in the literature that judges must do more to corroborate a negotiated confession, see MOSBACHER, Andreas. The Decision of the Federal Constitutional Court of 19 March 2013 on Plea Agreements. *German Law Journal*. Vol. 15, Special issue - Plea Bargains in Germany, p. 8, 2014; SCHEMMEL, Alexander; CORELL, Christian; RICHTER, Natalie. Plea Bargaining in Criminal Proceedings: Changes to Criminal Defense Counsel Practice as a Result of the German Constitutional Court Verdict of 19 March 2013? *German Law Journal*. Vol. 15, Special issue - Plea Bargains in Germany, p. 59-60, 2014.

[77] The Federal Constitutional Court, in its judgment of March 19, 2013, pointed out the necessity of verifying the defendant's confession, especially if it is not supported by statements before the court as to the actual course of events. The judgment indicated that the possibility of reaching a plea agreement does not release the court from its obligation to investigate the facts of the case ex officio. A confession must not become a "tradeable commodity"; see the judgment of BVerfG of March 19, 2013, 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11, § 110. Available at https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2013/03/rs20130319_2bvr262810en.html

to the parties to the proceedings what the content of such an agreement may be in particular. Secondly, German judges "discuss the case with the parties and indicate what sentence might be appropriate in light of the facts presented in the file and during the discussions. They also verify that the admission of guilt corresponds to the facts in the investigative file, and if they have any doubts about the case after the discussions, they have both the duty and the ability to investigate the facts independently for example, by calling witnesses during the main proceeding, which occurs even in negotiated cases"[78]. The parties then have the opportunity to express their positions on the proposal. Finally, thirdly, German judges may reject them if legally or factually relevant circumstances have been overlooked or have arisen, or the prospective sentencing range is no longer appropriate to the severity of the offense or the degree of guilt. In addition, in Germany the court is not bound by its offer if the defendant's further conduct in the proceedings does not correspond to that upon which the court's prediction was based. In such a case, the defendant's confession cannot be used in further proceedings. When withdrawing from an agreement, the court must immediately inform the defendant of the consequences of the withdrawal as well as instruct him or her on his or her procedural rights, which must should be reflected in the trial record (§257c(4) of the German Code of Criminal Procedure)[79].

Although the primary goal of *Verständigung* is to increase the speed and efficiency of criminal proceedings, the German legislature has chosen to preserve the broad possibility of an appeal against a court judgment. A prohibition of agreeing in advance to waive the right to appeal has been explicitly inscribed in the German Code of Criminal Procedure (§ 302 (1) sentence 2 of the German Criminal Procedure Code) that this ban undermine the judicial accountability required in a

[78] TURNER, Jenia Iontcheva. Plea Bargaining and Disclosure in Germany and the United States: Comparative Lessons. *William & Mary Law Review*. Vol. 57, Issue 2, p. 1573. 2016. See also TURNER, Jenia Iontcheva. Judicial Participation in Plea Negotiations: A Comparative View. *The American Journal of Comparative Law*. Vol. 54, p. 219-220, 2006.

[79] MATTHIAS Jahn; SCHMITT-LEONARDY Charlotte. The German "Verständigung" and Consensual Elements in German Criminal Trials. *German Law Journal*. Vol. 21, No 6, 2020, p. 1134-1148. doi:10.1017/glj.2020.69 21.

system based on a rule of law[80]. German law contains no limitation on the appealability of a judgment based on Article 257c of the German Code of Criminal Procedure for any of the parties. The defendant, the prosecutor, and the victim, if he has joined the prosecution, may file appeals according to the general rules. Depending on the type of court approving a procedural agreement, it is possible to file an appeal on points of fact and law (*Berufung*) or an appeal on points of law only (*Revision*)[81]. The first of these appeals is filed against judgments issued by a local court of first instance (*Amtsgericht*) composed of one professional judge, in more serious cases sitting together with two lay judge. In an appeal on points of fact and law, the applicant can raise factual and legal objections. The applicant may also seek to present new facts and has the ability to formulate the need for a repeated assessment of the factual findings already made by the court of first instance. The submission of an appeal on points of fact and law (*Berufung*) results in a new trial on the merits. As a general rule, the appellate court may reject an appeal when there are no grounds for it, and may also overrule the judgment of the court of first instance and decide the case on its own. It is worth emphasizing that the appellate court is not bound by the findings of the court that previously adjudicated the case.

The second type of appeal, which is applicable to procedural agreements is the appeal on points of law (*Revision*). This appeal is available, among others, in the case of judgments issued in the first instance by regional courts (German: *Landgericht*) composed of panels with professional judges and lay judges sitting together. An appeal on

---

[80] TURNER, Jenia Iontcheva. Plea Bargaining and Disclosure in Germany and the United States: Comparative Lessons. *William & Mary Law Review*. Vol. 57, Issue 2, p. 1575. 2016. Despite the prohibition, a survey found that the parties frequently agree to waive appeals once a sentence agreement has been reached, see also ALTENHAIN, BRANDT, Tobias; Karsten; HERBST. In ALTENHAIN, Karsten; JAHN, Matthias; KINZIG, Jörg. Die Praxis der Verständigung im Strafprozess. Baden-Baden: Nomos, 2020, p. 441-442.

[81] ESCHELBACH, Ralf. In GRAF, Jürgen Peter. In. Strafprozessordnung: Mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Kommentar. München: C.H. Beck, 2010, p. 1055-1056; IGNOR, Alexander. In SATZGER, Helmut; SCHLUCKEBIER, Wilhelm (Hrsg.). Strafprozessordnung: mit GVG und EMRK. München: Carl Heymanns, 2016, p. 1539-1540.

points of law is filed with the higher regional court (*Oberlandesgericht*) if the case originated in local court. If district court or a higher regional court ruled in the first instance, the appeal is filed with the Federal Court of Justice (*Bundesgerichtshof*). An appeal on points of law is limited to legal issues. The appellant must claim that the trial court did not apply relevant norms of substantive or procedural law, or applied them incorrectly. In cases involving § 257c of the German Code of Criminal Procedure, the appellant can, for example claim that the trial court did not observe all formal requirements of an understanding or that the conviction is based on a misapplication of substantive law. However, a party may not challenge the trial court's evaluation of the evidence or offer new evidence. The appellate court hearing the appeal may declare the judgment of the first instance court to be correct or may overrule it if it was based on with significant violations of law. Only in exceptional situations can the court hearing the appeal (appeal on points of law) decide the case on its own. This is possible, for example, when, without further consideration of the facts, it is necessary to acquit the defendant or to discontinue the proceedings. This also applies to cases in which the judgment was based on a procedural agreement.

Article 302 (1) of the German Code of Criminal Procedure prohibits including a waiver of the right to appeal the judgment in a procedural agreement[82]. However, it does not prohibit the withdrawal of an appeal. Therefore, both types of appeal against a judgment based on a procedural agreement can be withdrawn. Withdrawal of an appeal by defense counsel is subject to the consent of the defendant. Also, an appeal filed by a public prosecutor for the benefit of the defendant may not be withdrawn without the defendant's consent (§ 302 (1) 3rd sent. CCP)[83]. Withdrawal of an appeal can be declared the decision of the appellate court is issued. After the decision of the appellate courts is issued, withdrawal is ineffective.

---

[82] WEIGEND, Thoman, TURNER, Jenia lontcheva. The Constitutionality of Negotiated Criminal Judgments in Germany. *German Law Journal*. Vol. 15, nr 1, 2014, p. 92, 95.

[83] The judgment of BGH of 15 April 2010, 1 StR 64/10, *Neue Juristische Wochenschrift*. Heft 31, 2010, p. 2294–2295.

The existence of a broad possibility of challenging judgments based on a procedural agreement only appears to be seemingly an exceptional phenomenon. It arises from the general principles of the criminal process in Germany. Holding the court responsible for determining the truth in a criminal process, the requirement that the court ensure that the punishment imposed is commensurate with culpability, and that it is responsible for procedural fairness mean that the court's role in relation to procedural agreements is crucial[84]. This was strongly expressed by the Federal Constitutional Court in its judgment of March 19, 2013, in which it indicated that "the principle of culpability rooted in the Basic Law and the corresponding obligation to investigate the truth, the requirement of a fair trial in accordance with the rule of law, the presumption of innocence and the courts' obligation of neutrality prohibit leaving the investigation of the truth, the application of the law to the case and sentencing principles to the free discretion of the parties to the proceedings and the court."[85]

---

[84] The German model diverges significantly from adversarial systems in that the court itself bears the primary responsibility for ascertaining the facts relevant to adjudication. Pursuant to § 244(2) of the German Code of Criminal Procedure (StPO), the court is obliged *ex officio* to take all evidence necessary for establishing the truth, thereby ensuring that the judgment is not merely the product of party negotiation or procedural maneuvering but rather the outcome of an active and impartial inquiry. This duty reflects a deeply embedded conviction that the legitimacy of criminal adjudication derives not solely from procedural fairness, but from its capacity to approximate an objective account of past events. Yet, as T. Weigend notes, this aspiration to material truth is not without its limits: practical considerations of efficiency, the growing role of negotiated settlements (*Verständigung*), and the epistemological impossibility of fully reconstructing historical reality constrain the court's truth-seeking function. Thus, in the German context, truth serves less as an empirically attainable end-state than as a normative and legitimating ideal, one that defines the structural orientation of the criminal trial and sustains public confidence in the judiciary as the guardian of justice, see Thomas Weigend, Should We Search for the Truth, and Who Should Do It?, *The North Carolina Journal of International La*w. Vol 36, 2010, p. 393-394; also MATTHIAS Jahn; SCHMITT-LEONARDY Charlotte. The German "Verständigung" and Consensual Elements in German Criminal Trials. *German Law Journal*. Vol. 21, No 6, 2020, p.1139, doi:10.1017/glj.2020.69.

[85] The judgment of Federal Constitutional Court of 19 March 2013, 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11, see MATTHIAS Jahn; SCHMITT-LEONARDY Charlotte. The German "Verständigung" and Consensual Elements in

6. Poland

Procedural agreements were first included in the 1997 Polish Code of Criminal Procedure, which came into force on September 1, 1998. The main motive for their introduction was to speed up the operation and reduce the cost of the justice system. This goal has undoubtedly been achieved and the consensual institutions have become a permanent part of the Polish justice system. Due to the framework and purpose of this article, we will not present the evolution of procedural agreements in the Polish legal system[86]. For the purposes of the discussion at hand, it should be noted that there are two types of procedural agreements in the Polish Code of Criminal Procedure: conviction without a hearing (Article 335 of the Polish Code of Criminal Procedure) and voluntary submission to penalty (Article 387 of the Polish Code of Criminal Procedure). In both cases, the court is the guarantor of the correctness of the procedural agreements.

The institution of procedural agreement in the form of conviction without a hearing can be applied to a suspect of an offense when the circumstances of the offense and the defendant's guilt are not in doubt, the defendant's attitude indicates that the goals of the proceedings will be achieved, an agreement has been concluded between the prosecutor and the defendant, and the agreement takes into account the interests of the victim. Conviction without a hearing can be achieved in two ways: by filing an informal motion for conviction without a hearing (Article 335 (1) of the Polish Code of Criminal Procedure) or by enclosing such a motion with the indictment (Article 335 (2) of the Polish Code of

German Criminal Trials. *German Law Journal*. Vol. 21, No 6, 2020, p. 1134-1148, doi:10.1017/glj.2020.69 21.

[86] See, STEINBORN, Sławomir. Porozumienia w polskim procesie karnym. Skazanie bez rozprawy i dobrowolne poddanie się odpowiedzialności karnej, Kraków: Wolters, 2005; KOPER, Radosław. O nowej formie konsensualizmu w procesie karnym (art. 338a i 343a k.p.k.) [On the new consensual form of ending criminal proceedings (article 338a and 343a of the Code of Criminal Procedure)]. *Palestra*. Vol. 7-8, 2014, p. 8-16; CZERWIŃSKA, Dorota. Porozumienia procesowe w sprawach karnych. Między sprawnością a sprawiedliwością [Procedural Settlements in Criminal Matters: Between Effectiveness and Justice]. Warszawa: WoltersKluwer, 2024, p. 215-311.

Criminal Procedure)[87]. The difference involves more than just formal considerations, since in the first case the legislature requires a plea of guilty by the perpetrator, while in the second case the evidentiary statements made by the defendant must not contradict the pre-trial findings. The initiative to conclude an agreement can come from the authority conducting the pre-trial proceedings, the defendant, or the defendant's defense counsel. The proposal put forward can be negotiated, but only with regards to the penalty and other measures, which includes penal measures, forfeiture, compensatory measures, as well as preventive measures. The agreement may also relate to litigation costs. Due to the special importance of the principle of truth in the Polish criminal process, negotiations may not concern the findings of facts, the legal qualification, or the number of charges brought. The body authorized to file the motions referred to in Article 335 (1) and (2) of the Polish Code of Criminal Procedure is the prosecutor. He or she makes this decision when the terms of the agreement are accepted by the defendant[88]. The court with which a request for conviction without a hearing - standalone or enclosed with the indictment - is filed is obliged to examine its formal and substantive correctness. This examination takes place at a hearing and includes, among other things, determining whether the proposals in the prosecutor's motion comply with the substantive and procedural laws.

Unlike in France, a court in Poland may not only grant or refuse to grant a motion for conviction without a hearing[89], but may also require the prosecutor to make changes to the motion as indicated by the court

---

87 KOPER, Radosław. Dwa tryby skazania bez rozprawy w procesie karnym [Two procedures for convicting without trial in criminal proceedings]. *Prokuratura i Prawo*. Vol. 10, p. 27-46, 2016; BORATYŃSKA, Katarzynal CZARNECKI, Paweł; KRÓLIKOWSKI, Michał. In SAKOWICZ, Andrzej (ed). The Code of Criminal Procedure. A Commentary. Warszawa: C. H. Beck, 2025, p. 1003-1006.

88 If the defendant has consented to the issuance of a conviction without a hearing, then he or she may - until the conviction is issued - withdraw his or her previously expressed consent to the examination of the case according to the procedure proposed by the public prosecutor.

89 In the case of an independent motion for conviction, the court, if the motion is not granted, does not forward the case for a trial, but return it to the prosecutor (Article 343 (7), first sentence of the Polish Code of Criminal Procedure).

and accepted by the defendant, as a condition for the granting of the motion (Article 343 (3) of the Polish Code of Criminal Procedure)[90]. In a situation where a court grants the motion for conviction without a hearing or accepts an indictment with the such motion, the court convicts the defendant with a sentence. This can be done only if, in the opinion of the court, the evidence gathered in the pre-trial proceedings allows a full and unequivocal assessment of the crime committed and if there is no doubt about the circumstances of the crime and the guilt of the perpetrator.

The second type of procedural agreement in Poland is a defendant's voluntary submission to penalty (Article 387 of the Polish Code of Criminal Procedure). It is the defendant who initiates this type of procedural agreement. Before receiving a notice regarding the date of the hearing, the defendant may file a motion for conviction and imposition of a specific penalty or penal measure, forfeiture, or compensatory measure without evidentiary proceedings. The motion may also concern the issuance of a specific ruling on the payment of litigation costs (Article 338a of the Polish Code of Criminal Procedure). The defendant may also file the same motion until the end of the first examination of all defendants during the main trial (Article 387 of the Polish Code of Criminal Procedure). In the first case, the court's decision is made during a session, in the second - during the main hearing. The conditions for a defendant's voluntary submission to penalty are as follows: the defendant must file the motion referred to above, the crime charged against the defendant must be punishable by imprisonment for a period not exceeding 15 years, there may be no doubts as to the circumstances of the crime and the defendant's guilt, and it must be possible to achieve the objectives of the process without a full trial (Article 387 (1) and (2) of the Polish Code of Criminal Procedure). In addition, the application of voluntary

[90] This is in contrast to rules in a number of other jurisdictions, such as Italy and the United States, where judges are generally prohibited from participating in plea negotiations, and negotiations are conducted exclusively between the parties, see KRÓLIKOWSKI, Michał; SAKOWICZ, Andrzej. In SAKOWICZ, Andrzej (ed). The Code of Criminal Procedure. A Commentary. Warszawa: C. H. Beck, 2025, p. 1052-1053; FROMMANN, Maike. Regulating Plea-Bargaining in Germany: Can the Italian Approach Serve as a Model to Guarantee the Independence of German Judges?. *Hanse Law Review*. Vol. 1, No 1, 2009, p. 204.

submission to penalty requires the consent of the prosecutor and the absence of objection by the victim to the court's granting of the defendant's motion. As in the case of conviction without a hearing, a defendant's motion for voluntary submission to penalty may only be granted if the circumstances of the crime and the defendant's guilt are not in doubt. In the case law of the Polish Supreme Court, it is accepted that the court - on the basis of the evidence gathered in the pre-trial proceedings - may not have doubts about all the characteristics of the alleged act, its legal qualification, the guilt, the effect of the criminal action, and the extent of the damage caused[91].

Both forms of procedural agreements in Poland share the same restriction on the possibility of appealing judgments issued according to consensual procedures[92]. It was introduced by the amending Act of July 1, 2015, and its objective is to strengthen the durability of procedural agreements. The essence of the limitation on the filing of an appeal is that the basis of the appeal cannot be the fact that the findings on which the judgment is based were established incorrectly, if this might have affected the contents of the judgment and that the penalty, penal measure, or obligation to compensate for a harm imposed is egregiously disproportionate or a preventive, forfeiture or other measure was incorrectly imposed or the court incorrectly failed to impose it (Article 447 (5) of the Polish Code of Criminal Procedure). The filing of an appeal was therefore not ruled out, as it would be in conflict with the 1997 Polish Constitution. In the Polish legal system, the right to appeal against a judgment of a court of first instance derives from two provisions of the Constitution. Its Article 78 stipulates that each party shall have the right to appeal against judgments and decisions made at the first stage and exceptions to this principle and the procedure for such appeals shall

---

[91] The judgment of the Supreme Court of 4 September 2013, III KK 168/13, LEX nr 138822.

[92] BUŁAT, Adam. Rozstrzygnięcie sądu odwoławczego po rozpoznaniu apelacji od wyroku konsensualnego [Decision of an appellate court after hearing an appeal against a consensual judgment]. Przegląd Sądowy. Vol. 11-12, p. 88-98, 2020; SAKOWICZ, Andrzej. In SAKOWICZ, Andrzej (ed). The Code of Criminal Procedure. A Commentary. Warszawa: C. H. Beck, 2025, p. 1345-1346.

be specified by statute. Also, Article 178(1) of the Constitution provides that "court proceedings shall have at least two stages."

In view of the need to preserve the two-instance procedure, the legislature did not rule out the possibility of alleging in an appeal the violation of substantive law, as well as the violation of procedural rules, if it could have affected the content of the ruling. Thus, the parties to proceedings (including the defendant) can file an appeal when an unlawful agreement has been concluded and, based on it, a judgment has been issued in violation of the law. Thus, a claim of violation of substantive law can be raised in an appeal when the court of first instance ruled in accordance with the agreement, but contrary to the law, e.g. the court failed to impose a mandatory penal measure or imposed an agreed penalty that was above or below the statutory range of the penalty. On the other hand, the claim of a violation of procedural law may refer to various situations, for example, when the prerequisites for issuing a judgment according to the consensual procedure were not met, or when these prerequisites were met, but the court ruled contrary to the agreement[93]. In view of the above, it can be concluded that the Polish solution for filing an appeal against a consensual judgment does not eliminate the possibility of the appellate court reviewing the judgment of the court of first. It only limits the right to appeal[94]. This occurs with

---

[93] ŚWIECKI, Dariusz. Ograniczenie podstaw odwoławczych do wniesienia apelacji w trybach konsensualnych(art. 447 § 5 k.p.k.) [*Restriction of the appeal grounds for filing an appeal in consensual procedures*]. Przegląd Sądowy. Vol. 9, p. 23-33, 2019; SAKOWICZ, Andrzej. In SAKOWICZ, Andrzej (ed). The Code of Criminal Procedure. A Commentary. Warszawa: C. H. Beck, 2025, p. 1345-1346.

[94] In addition, as in ordinary proceedings, the defendant is also able to raise an objection indicating a defect resulting in absolute grounds for appeal under Article 439 of the Polish Code of Criminal Procedure. Article 440 of the Polish Code of Criminal Procedure, which can provide a basis for the appellate court to make an ex officio correction of a grossly unjust sentence in favor of the defendant, also plays an important role. The appellate court, when ruling pursuant to that article, is not constrained by the limits of the appeal and the objections raised, which allows it to take into account also the defects falling within the scope of those grounds for appeal that the party could not raise in the appeal due to the limitation set forth in Article 447 (5) of the Polish Code of Criminal Procedure, see CZERWIŃSKA, Dorota. Porozumienia procesowe w sprawach karnych. Między sprawnością a sprawiedliwością

the consent of the defendant, who is instructed by the prosecutor (during the pre-trial proceedings) and before the court (before the first-instance conviction) about the consequences of the limitation on the filing of an appeal when the judgment is issued as a result of a procedural agreement. The existence of this indicated instruction and the voluntariness of the defendant's conclusion of a procedural agreement guarantee that the conclusion of the agreement will not be the result of an arbitrary action by the authorities conducting the proceedings, but of a conscious and voluntary decision by the defendant to waive the examination of his or her case in the traditional manner, i.e. at the main trial.

7. Conclusion

The analysis demonstrates that the consensualisation of criminal proceedings is neither a uniform phenomenon nor axiologically neutral. A common denominator across the examined jurisdictions appears to be the formal obligation of the trial court to verify the voluntariness of the plea, the defendant's awareness of its consequences, and the conformity of the agreement with the law. Even though the scope and intensity of this control differ from one legal system to another, the principle itself remains universal. Beyond this shared minimum, however, the models diverge significantly: from minimal arrangements in which the court confines itself to formal scrutiny and a rudimentary factual basis (United States), through mixed approaches that strengthen judicial control of facts relevant to sentencing (England and Wales, particularly through the Newton hearing), to more guarantee-oriented constructions in which the court actively shapes the framework of the agreement and ties it to the duty of establishing truth (Germany), or—albeit in a milder form— can corrects the prosecutor's motion and requires the absence of any "doubt" as to guilt and circumstances (Poland). At the same time, in France the role of the court is marginal under *composition pénale,* whereas in the CRPC procedure the judge verifies the facts and legal classification but has no competence to modify the agreement.

[Procedural Settlements in Criminal Matters: Between Effectiveness and Justice]. Warszawa: WoltersKluwer, p. 302-304, 2024

What follows from this comparison is a broader insight: negotiated settlements, while clearly serving the aim of procedural efficiency, necessarily involve a trade-off in which the accused gives up part of his or her procedural guarantees in return for a reduced sentence or simplified proceedings. Because the voluntariness of such concessions can never be fully insulated from the risk of pressure or imbalance of power between prosecutor and defendant, only the court – as an independent and impartial authority – ist legitimized to ensure that no agreement is concluded at the expense of fundamental fair trial rights. Judicial control therefore fulfils a multidimensional role. It safeguards individual rights by preventing agreements resulting from excessive prosecutorial pressure; it protects the social interest by screening out settlements grossly inconsistent with proportionality or justice; and it preserves the balance between efficiency and legality by resisting the reduction of the criminal process to a purely transactional exchange. In contrast to the Anglo-American model, where plea bargaining is driven by negotiations between the prosecution and the defence, German and Polish law keep the court firmly at the centre of the process. The judge may actively indicate the acceptable framework of an agreement, and ultimately pronounces a conviction and sentence that affirms both the legality of the settlement and its consistency with the fact. In this regard, the judge acts as a guardian of the integrity of the negotiation, serving as an institutional filter that distinguishes agreements which may legitimately enter the legal order from those that would undermine the very foundations of a fair trial.

The position of the court at the trial stage appears to correlate with the architecture of appellate review, particularly in the context of procedural rights. Where the law permits waiver of appeals or significantly restricts them (waivers in the United States, the limits of grounds of appeal under Polish Article 447 § 5 CCP), the burden of safeguarding fundamental rights shifts to the trial judge, who must in practice "filter" the agreement in terms of legality, proportionality, and factual basis. Conversely, in systems that maintain full appellate review and prohibit contractual exclusion of remedies (Germany), the very prospect of robust second-instance control compels a more rigorous verification already "at the entry point" and reinforces the role of the court as guardian of fairness.

From the perspective of procedural safeguards, the strongest guarantees are provided by models that combine three elements: (1) a prohibition on "trading guilt" and a binding connection between the agreement, the evidentiary record, and material truth; (2) a genuine competence of the court to refuse, to modify, or at least to reconstruct the factual basis relevant for sentencing; and (3) a coherent appellate regime that cannot easily be contractually waived. In this respect, the German model serves as a benchmark for maximising the court's guarantee function; the Polish model illustrates a balance between efficiency and substantive judicial scrutiny (particularly through the possibility of conditional acceptance of the prosecutor's motion and the "no doubts" threshold); the English model demonstrates a pragmatic strengthening of judicial authority in sentencing (Newton hearings); while the American model and part of the French solutions expose the risks of "notarialisation" of the court's role, where efficiency pressures and prosecutorial advantage dominate. In the French composition pénale, the risk of loss of judicial oversight is particularly evident, as in cases involving lesser offences the proceedings may be concluded almost without judicial involvement, leaving effective control of the agreement in the hands of the prosecutor alone.

The analysis nonetheless reveals a regularity of particular significance. Systems in which the role of the court is reduced, across a broad category of cases, to that of a formal approver (as in the United States) are simultaneously those in which negotiated agreements are used most frequently, effectively becoming the primary mechanism for disposing of criminal cases. This means that the risks flowing from limited judicial oversight - such as pressure to plead guilty, the weakening of equality of arms, or the marginalisation of the principle of material truth - materialise most strongly where consensualism dominates. From a guarantee perspective, this poses a significant challenge: the more widespread plea agreements become, the more essential it is to equip courts with effective instruments for verifying and, where necessary, correcting their content, so that they do not degenerate into mere tools of efficiency management but remain consistent with the requirements of fair trial. Significantly, in the United States it is the case law of the Supreme Court that has partly compensated for the absence of broad statutory frameworks for judicial control of plea deals, by specifying criteria that courts must

examine to avoid assuming a purely notarial role. These include, inter alia: (1) the possibility of raising a claim of ineffective or incompetent assistance of counsel during plea negotiations; (2) the demonstration of judicial error as to the basis of the disposition; and (3) proof that counsel's deficiency had a tangible, adverse effect on the outcome of the case. In this way, even in a system where plea bargaining predominates, there remain instruments designed to preserve coherence with the principle of material truth and the minimum guarantees of fairness.

An important element of judicial review of procedural agreements is the preservation of the defendant's right to appeal. Indeed, the mere approval of an agreement by the court of first instance cannot mean the definitive closure of the criminal process. The right to appeal against a judgment issued as a result of a procedural agreement is a necessary component of the system of procedural guarantees that ensures that even in a consensual procedure the possibility of reviewing the procedural agreement for legality and fairness is preserved. Depriving the defendant of this possibility would lead to a de facto weakening of the court's position and would threaten to erode the constitutional right to a fair trial in its full, two-instance dimension. For these reasons, we argue that judicial review of procedural agreements - both at the stage of their approval and through appellate proceedings - is not a luxury or an optional safeguard, but an absolute necessity for maintaining the delicate balance between the efficiency of the justice system and the inviolability of fundamental procedural rights. Only such a model can preserve society's trust in the judiciary as the ultimate guardian of justice.

All the national solutions presented show that the parties to the proceedings - to a greater or lesser extent - can file an appeal. This possibility looks interesting in the United States, where the Supreme Court has consistently held that a defendant can choose to waive many important constitutional rights and statutory rights during the plea bargaining process. These waived rights include the right to appeal the sentence. In this way, protection is sought against a "buyer's remorse" situation in which the defendant knowingly and voluntarily enters into a plea bargain, but later decides that he or she wants to risk a full trial. Despite such limitations, American courts have developed three basic situations that allow the defendant to file an appeal, which involve the

occurrence of unreasonable defense errors, incorrect interpretation of the law by defense counsel, and miscommunication of information that led the defendant to enter into an unfavorable procedural agreement. All these situations share a common denominator: ineffective assistance of counsel. It is the defendant who must prove that the assistance of the defense counsel was ineffective. It is also the defendant who must show that the defense lawyer's representation fell below the objective standard of reasonableness or there is a reasonable probability that, but for counsel's unprofessional errors, the result of the proceeding would have been different. Despite this situation, it may be possible to file an appeal to show defects in the conclusion of the procedural agreement. This makes it possible to assume that the right of appeal becomes necessary to ensure the fundamental fairness and reliability of judgments based on a guilty plea, as opposed to a determination of guilt at a full trial.

The right to appeal is different in France, Germany, and Poland. Unlike the solutions adopted in the common law system, the right to appeal in those countries is not restricted to situations involving a violation of the right to defense only. On the one hand, the right to appeal guarantees that a judgment issued based on a procedural agreement can be reviewed for compliance with constitutional principles of due process and respect for fundamental rights. On the other hand, the right of appeal is intended to allow the correction of any errors in the application of the law or in the procedure of conclusion of the agreement made by the court of first instance. After all, in Germany, and in Poland, the court can be actively involved in shaping the procedural agreement. This is due to the fact that in continental law it is the court that is charged with the responsibility of finding the truth about a criminal act in a criminal process. Consequently, it is argued that a procedural agreement, although permissible within the limits set by the legislature, always involves the risk of limiting material truth. In both systems indicated, there is a risk that an agreement will be reached under pressure - whether from the prosecutor or the court - which can lead to false confessions. Therefore, appellate control is necessary to verify that the agreement was entered into voluntarily, knowingly, in accordance with constitutional standards of due process and the principle of material truth. This allows us to claim that the right of appeal plays a fundamental role in building and maintaining public trust in the justice

system and protecting individuals from abuse by justice system authorities. The appellate court, examining not only the procedural correctness, but also the compliance of the judgment with the principle of proportionality of penalty and material truth, performs a guarantee function for the entire justice system.

References

ALSCHULER, Albert W. Plea bargaining and its history. *Columbia Law Review*. Vol. 13, 1979

ALTENHAIN, Karsten; JAHN, Matthias; KINZIG, Jörg. Die Praxis der Verständigung im Strafprozess. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2020 https://doi.org/10.5771/9783748922094

ASHWORTH, Andrew. Plea bargaining, pragmatism and rights. In Müller-Dietz, Heinz; RADTKE, Henning (eds). Festschrift für Heike Jung zum 65. Geburtstag am 23 April 2007. Nomos: Baden-Baden, 2020

BERNARDO Kevin. Post-Sentencing Appellate Waivers. U*niversity of Michigan Journal of Law Reform*. Vol. 48. Issue 2, 2015

BELLIN, Jeffrey. TURNER, Jenia. Sentencing in an Era of Plea Bargains, *North Carolina Law Review*, Vol. 102, Nr 1, 2023

BORATYŃSKA, Katarzynal CZARNECKI, Paweł; KRÓLIKOWSKI, Michał. In SAKOWICZ, Andrzej (ed). The Code of Criminal Procedure. A Commentary. Warszawa: C. H. Beck, 2025

BOSSAN, Jérôme, LETURMY, Laurence. Rapport final de recherche la comparution sur reconnaissance prealable de culpabilite. Bilans et perspectives, Novembre 2019, pp. 82, https://shs.hal.science/halshs-02371728v1/document

BOYNE, Shawn Marie. Procedural Economy in Pre-Trial Procedure: Developments in Germany and the United States (October 23, 2013). Indiana University Robert H. *McKinney School of Law Research Paper* No. 2013-39, Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2344508

BROOKS, Thom. Why should guilty pleas matter? In ROBERTS, Julian V.; RYBERG, Jesper (eds) Sentencing the Self-Convicted: The Ethics of Pleading Guilty. Oxford: Hart Publishing, 2022, p. 127–150, http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4076318

BUŁAT, Adam. Rozstrzygnięcie sądu odwoławczego po rozpoznaniu apelacji od wyroku konsensualnego [Decision of an appellate court after hearing an appeal against a consensual judgment]. *Przegląd Sądowy*. Vol. 11-12, p. 88-98, 2020

CALHOUN, Robert K. Waiver of the Right to Appeal. *Hastings Constitutional Law Quarterly*. Vol 23, 1996

CZERWIŃSKA, Dorota. Porozumienia procesowe w sprawach karnych. Między sprawnością a sprawiedliwością [Procedural Settlements in Criminal Matters: Between Effectiveness and Justice]. Warszawa: WoltersKluwer 2024

DECHEPY-TELLIER, Johan. The public prosecutor's office in the French legal system. *DPCE Online*. Vol. 61, No 1, p. 330. 2024, https://doi.org/10.57660/dpceonline.2024.2082

DESPORTES Frédéric, LAZERGES-COUSQUE, Laurence. Traité de procédure pénale. Paris: Economica, 2015DESPREZ, François. La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité: 18 mois d'application à Montpellier (1er octobre 2004 – 1er avril 2006). *Archives de politique criminelle*. Vol. 28, No 1, p. 109-134. 2006, DOI 10.3917/apc.028.0109

DYER, Gregory M.; JUDGE, Brendan. Criminal Defendants' Waiver of the Right to Appeal--An Unacceptable Condition of a Negotiated Sentence or Plea Bargain. *Notre Dame Law Review*. Vol. 65, Issue 3, 1990

ESCHELBACH, Ralf. In GRAF, Jürgen Peter (Hrsg.). Strafprozessordnung: Mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Kommentar. München: C.H.Beck, 2010

FLYNN, Asher. Fortunately We in Victoria Are Not in That UK Situation': Australian and United Kingdom Perspectives on Plea Bargaining Reform. *Deakin Law Review*. vol. 16, 2011

FOURMENT, François F. Procédure pénale. Orléans: Paradigme publications universitaires, 2003

FROMMANN, Maike. Regulating Plea-Bargaining in Germany: Can the Italian Approach Serve as a Model to Guarantee the Independence of German Judges?. *Hanse Law Review*. Vol. 1, No 1, 2009

GABRIEL, Richard L. The Strickland standard for claims of Ineffective assistance of counsel: emasculating the sixth amendment in the guise of due process. *University of Pennsylvania Law Review*. Vol. 134, 1986

GAROUPA, Nuno; STEPHEN, Frank H. Why plea-bargaining fails to achieve results in so many criminal justice systems: A new framework for assessment. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*. Vol. 15, Issue 3, 2008, https://doi.org/10.1177/1023263X0801500303

GILESPIE, Alisdair A., The Right to a Newton Hearing: Goldsmith v DPP. *The Journal of Criminal Law*. Vol. 74, Issue 1, 2010, https://doi.org/10.1350/jcla.2010.74.1.610

GILLIÉRON, Gwladys. Comparing plea bargaining and abbreviated trial procedures. In: BROWN Darryl K., TURNER Jenia Iontcheva, WEISSER Bettina (eds). The Oxford Handbook of Criminal Process. Oxford: Oxford University Press, 2019

GORMLEY, Jay. The inefficiency of plea bargaining. J Law Soc. 2022; 49: 277–293. https://doi.org/10.1111/jols.12360

GRAF, Jürgen Peter. Strafprozessordnung: Mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Kommentar. München: C.H. Beck, 2010

GRANDE, Eliabetta. Comparative approaches to criminal procedure. In BROWN Darryl K., TURNER Jenia Iontcheva, WEISSER Bettina (eds). The Oxford Handbook of Criminal Process. Oxford: Oxford University Press, 2019

GRIFFIN, Lissa. The Right to Effective Assistance of Appellate Counsel. *West Virginia Law Review*. Vol. 97, No 1, 1994

HAERI Kami. Negotiated Criminal Justice and French Guilty Plea Procedure: Improved Rights for the Prosecuted Individuals, 5 February 2024, https://www.whitecase.com/insight-alert/negotiated-criminal-justice-and-french-guilty-plea-procedure-improved-rights

HAMDAN, Stephanie. Absprachen im französischen Verfahren?. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2018

HELLER Jens. Die gescheiterte Urteilsabsprache. Baden-Baden: Nomos, 2004; HERRMANN, Joachim. Rechtliche Strukturen für Absprachen in der Hauptverhandlung: Die Richtlinienentscheidung des Bundesgerichtshofs – BGHSt. *JuS*. Vol. 43, p. 1162-1167, 1999

HERMAN, Nicholas. Plea Bargaining. New York: Juris Publishing. Inc., 2012

HODGSON, Jacqueline S. The metamorphosis of criminal justice: A comparative account. Oxford: Oxford University Press, 2020, https://doi.org/10.1093/oso/9780199981427.001.0001

HORNE, Juliet, Plea Bargains, Guilty Pleas and the Consequences for Appeal in England and Wales, *Warwick School of Law Research Paper*, 2013, DOI: http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2286681

IGNOR, Alexander. Die Zukunft des Strafverfahrens – Abschied vom Rechtstaat? Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. Heft 5, p. 927–937. 2007; SCHÜNEMANN, Bernd. Die Zukunft des Strafverfahrens – Abschied vom Rechtstaat? *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Heft 5, 2007.

SATZGER, Helmut; SCHLUCKEBIER, Wilhelm (Hrsg.). Strafprozessordnung: mit GVG und EMRK. München:Carl Heymanns, 2016

KOPER, Radosław. O nowej formie konsensualizmu w procesie karnym (art. 338a i 343a k.p.k.) [On the new consensual form of ending criminal proceedings (article 338a and 343a of the Code of Criminal Procedure)]. *Palestra*. Vol. 7-8, 2014

KOPER, Radosław. Dwa tryby skazania bez rozprawy w procesie karnym [Two procedures for convicting without trial in criminal proceedings]. *Prokuratura i Prawo*. Vol. 10, 2016

LAFAVE, Wayne R. ISRAEL, Jerold H., KING Nancy J., KERR Orin S., Criminal Procedure. Minneapolis: West, 2017

LANGER, M., Plea Bargaining, Conviction Without Trial, and the Global Administratization of Criminal Convictions, *Annual Review of Criminology*. Vol. 4, 2021, https://doi.org/10.1146/annurev-criminol-032317-092255.

LEBLOIS–HAPPE, Jocelyne. De la transaction pénale à la composition pénale, loi nr 99–515 du 23 juin 1999. Juris–classer périodique – La semaine juridique. Vol. 1, 2000

LUNA Erik; WADE, Marianne (ed.) The Prosecutor in Transnational Perspective, OXFORD: Oxford University Press, 2012

JAHN, Mmatthias; SCHMITT-LEONARDY Charlotte. The German "Verständigung" and Consensual Elements in German Criminal Trials. *German Law Journal*. Vol. 21, No 6, 2020, doi:10.1017/glj.2020.69.

MOSBACHER, Andreas. The Decision of the Federal Constitutional Court of 19 March 2013 on Plea Agreements. *German Law Journal*. Vol. 15, Special issue - Plea Bargains in Germany, 2014

NEUMANN, Ulfrid. Wahrheit im Recht. Zu Problematik und Legitimität einer fragwürdigen Denkform. Baden-Baden: Nomos, 2004

NIANG, Babacar. Le "plaider coupable" en France et aux Etats-Unis au regard des principes directeurs du procès penal. Paris: L'Harmattan, 2014

NIEMÖLLER, Martin. In NIEMÖLLER, Martin; SCHLOTHAUER, Reinhold; WEIDER, Hans-Joachim (Hrsg.). Gesetz zur Verständigung im Strafverfahren. Kommentar. München: C.H.Beck, 2010

NOBLES, Richard. SCHIFF, David. The Supervision of Guilty Pleas by the Court of Appeal of England and Wales – Workable Relationships and Tragic Choices. *Criminal Law Forum*. Vol. 31, 2020

NOLTE, Julia. Hinweispflichten bei gescheiterter Verständigung im Blickwinkel der aktuellen BGH-Rechtsprechung. *Leipzig Law Journal*. Vol. 1, 2023

PALMER, Michael; ROBERTS, Marian (eds) Comparative Dispute Resolution. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2020

PAOLINI, Gabriele, KANTOROWICZ-REZNICHENKO, Elena, VOIGT, Stefan. Plea bargaining procedures worldwide: Drivers of introduction and use. *Journal of Empirical Legal Studies*, Vol. 22, Issue 5, 2025

PRADEL, Jean. Vers un "aggiornamiento" des réponses de la procédure pénale à la criminalité. Apports de la loi nr 2004–204 du 9 mars 2004 dite Perben II. *Juris–classer périodique – La semaine Juridique*. Vol. 1, 2004

PRADEL, Jean. Manuel de procédure pénale. Paris: Cujas, 2006;

RAUXLOH, Regina. Plea Bargaining in National and International Law A Comparative Study, New York: Routledge, 2012

RAUXLOH, Regina E. Formalization of Plea Bargaining in Germany: Will the New Legislation Be Able to Square the Circle?. *Fordham International Law Journal*. Vol. 34, Issue 2, 2011

REIMELT, Alexandra W. An Unjust Bargain: Plea Bargains and Waiver of the Right to Appeal. *College Law Review*. Vol 51. Issue 13, 2010

RIEß, Peter. Über die Aufgaben des Strafverfahrens. *Juristische Rundschau*. Heft 7, , 2006

ROGACKA-RZEWNICKA, Maria. Zasada oportunizmu w świetle ostatnich reform francuskiej procedury karnej [The Principle of opportunism in light of recent reforms of French Criminal Procedure]. *Prokuratura i Prawo*. Vol. 4, 2006

STEINBORN, Sławomir. Porozumienia w polskim procesie karnym. Skazanie bez rozprawy i dobrowolne poddanie się odpowiedzialności karnej, Kraków: Wolters, 2005

THOMAS, Philip A. Plea Bargaining in England. *Journal of Criminal Law and Criminology*. Vol. 69, Issue 2. 1978

TURNER, Jenia Iontcheva. Judicial Participation in Plea Negotiations: A Comparative View. *The American Journal of Comparative Law*. Vol. 54, 2006.

TURNER, Jenia Iontcheva. Plea Bargaining and Disclosure in Germany and the United States: Comparative Lessons. *William & Mary Law Review*. Vol. 57, Issue 2, 2016.

WEIGEND, Thomas, Should We Search for the Truth, and Who Should Do It?, *The North Carolina Journal of International Law*. Vol 36, 2010

WEIGEND, Thomas. Exclusion without trial? Exclusion of evidence and abbreviated procedures. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*. Vol. 7, Nr 1, 2021, https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i1.502

WEIGEND, Thoman, TURNER, Jenia Iontcheva. The Constitutionality of Negotiated Criminal Judgments in Germany. *German Law Journal*. Vol. 15, nr 1, 2014

SAKOWICZ, Andrzej (ed). The Code of Criminal Procedure. A Commentary. Warszawa: C. H. Beck, 2025

SCHEMMEL, Alexander; CORELL, Christian; RICHTER, Natalie. Plea Bargaining in Criminal Proceedings: Changes to Criminal Defense Counsel Practice as a Result of the German Constitutional Court Verdict of 19 March 2013? *German Law Journal*. Vol. 15, Special issue - Plea Bargains in Germany, 2014.

SOUBISE, Laurène. Guilty Pleas in an Inquisitorial Setting – An Empirical Study of France. *Journal of Law and Society*. Vol. 45, 2018, https://doi.org/10.1111/jols.12121

ŚWIECKI, Dariusz. Ograniczenie podstaw odwoławczych do wniesienia apelacji w trybach konsensualnych(art. 447 § 5 k.p.k.) [Restriction of the appeal grounds for filing an appeal in consensual procedures]. *Przegląd Sądowy*. Vol. 9, 2019

Authorship information

Andrzej Sakowicz. Professor at the University of Bialystok, Poland; the Faculty of Law; the Department of Criminal Procedure. PhD in Law. sakowicz@uwb.edu.pl

Sebastian Zieliński. Assistant Professor at the Warsaw University of Technology, Poland; the Faculty of Administration and Social Sciences; the Department of Administrative Law and Public Policy. PhD in Law. sebastian.zielinski@protonmail.com

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

Acknowledgment: Financially supported by Minister of Science under the 'Regional Initiative of Excellence' (RID) programme.

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.

- *Andrzej Sakowicz*: conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Sebastian Zieliński*: 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.

Data Availability Statement: In compliance with open science policies, all data generated or analyzed during this study are included in this published article.

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

- Submission: 27/09/2025
- Desk review and plagiarism check: 29/09/2025
- Review 1: 04/10/2025
- Review 2: 09/10/2025
- Preliminary editorial decision: 22/10/2025
- Correction round return: 16/11/2025
- Final editorial decision: 18/11/2025

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 2 (GL and JDT)
- Reviewers: 2

How to cite (ABNT Brazil):

SAKOWICZ, Andrzej; ZIELIŃSKI, Sebastian. Judicial Control of Plea Agreements and the Right to Appeal: a Comparative Analysis of Common Law and Civil Law Models. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 11, n. 3, e1340, set./dez. 2025. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v11i3.1340

License Creative Commons Attribution 4.0 International.

Fundamentos de Direito Processual Penal

Fundamentals of criminal procedure

Criterios hermenéuticos para la coexistencia entre la jurisdicción penal ordinaria y la jurisdicción indígena en Colombia

Hermeneutical criteria for the coexistence between ordinary criminal jurisdiction and indigenous jurisdiction in Colombia

Juan Sebastian Alejandro Perilla Granados[1]

Universidad Tecnológica de Bolívar – Cartagena de Indias/Bolivar, Colômbia

js.perilla117@gmail.com

https://orcid.org/0000-0001-5283-7601

Resumo: El actual sistema jurídico colombiano reconoce a través de la Constitución Política de 1991 el pluralismo jurídico, como una estrategia antiformalista de reivindicación social para responder a las exigencias cotidianas. Así, actualmente coexisten a nivel legal la jurisdicción indígena y la jurisdicción penal ordinaria, lo cual genera amplios debates sobre la manera de fijar la competencia de cada una de ellas. Así, este artículo responde la siguiente pregunta de investigación: ¿cuáles deben ser los criterios jurídicos para construir un marco hermenéutico que permita la coexistencia entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena según los lineamientos constitucionales vigentes actualmente en Colombia? Para ello, se delimita iusteóricamente la mencionada coexistencia, para construir criterios hermenéuticos que permitan determinar la competencia de cada una de estas jurisdicciones en condiciones concretas. La investigación acoge un enfoque de investigación hermenéutico crítico, basado en métodos cualitativos de análisis.

Palavras-Chave: antiformalismo constitucional; pluralismo jurídico; jurisdicción indígena; jurisdicción ordinaria; dicotomía procesal.

[1] Doctor en Derecho (PHD), Magíster en Educación y en Derecho. Abogado de la Universidad de los Andes. Investigador senior reconocido por el Ministerio de Innovación, Ciencia y Tecnología de Colombia. Profesor invitado en la Facultad de Derecho de la Universidad Tecnológica de Bolívar (Cartagena).

Abstract: *The current Colombian legal system, as established by the 1991 Political Constitution, recognizes legal pluralism as an anti-formalist strategy of social vindication aimed at addressing everyday demands. In this context, both the Indigenous jurisdiction and the ordinary criminal jurisdiction legally coexist, a situation that has sparked extensive debates regarding the criteria for determining the competence of each jurisdiction. This article seeks to answer the following research question: What legal criteria should guide the construction of a hermeneutic framework that enables the coexistence of ordinary and Indigenous jurisdictions in accordance with the current constitutional provisions in Colombia? To this end, the study delimits the aforementioned coexistence from a theoretical-legal perspective in order to develop interpretive criteria that allow for the determination of jurisdictional competence in specific cases. The research adopts a critical hermeneutic approach, grounded in qualitative methods of analysis.*

Keywords: *constitutional anti-formalism; legal pluralism; indigenous jurisdiction; ordinary jurisdiction; procedural dichotomy.*

Introdução

Con la entrada en vigor de la Constitución Política colombiana de 1991, el pluralismo jurídico se constituye en un criterio hermenéutico para las relaciones humanas que se dan desde la cotidianidad del país. Esto significa que la norma constitucional superior es un marco de interpretación que establece unos mínimos de obligatoria observancia, pero al interior de ella pueden existir diversos regímenes jurídicos cuyas normas no son necesariamente creadas por el legislador tradicional. Esto no significa que la población en general pueda crear disposiciones jurídicas desde una discrecionalidad absoluta, sino que para determinados casos el Estado colombiano les dota de plena legitimidad desde y para realidades concretas, siempre respetando los mínimos constitucionales. Tal es el caso de las comunidades indígenas colombianas, las cuales tienen autonomía para crear sus propias normas y responder tanto a sus usos como costumbres ancestrales. Entre otras consecuencias, esto implica que en Colombia se encuentran, como mínimo, dos regímenes jurídicos diferentes: uno que se denominará ordinario y otro que será considerado como el indígena.

La dicotomía entre el régimen jurídico ordinario y el indígena responde a acciones afirmativas enmarcadas en los derechos humanos, las cuales exigen los tratos diferenciados de ciertos sujetos de especial protección constitucional para que puedan alcanzar procesos equitativos de desarrollo humano con equidad. En este sentido, el régimen ordinario es aplicable a todas las personas que se encuentren en territorio colombiano desde una perspectiva general y su excepción está dada por las comunidades indígenas. Sobre el particular debe tenerse en cuenta que estos regímenes jurídicos corresponden al nivel legal, dentro del sistema de fuentes colombiano y se justifica en la medida en que las normas constitucionales son mínimos aplicables tanto a las normas ordinarias como a las indígenas. En consecuencia, desde la perspectiva legal, cada régimen tiene la posibilidad de tener normas con alcance sustancial y procesal, llevando no solo a tener sus propias normas de comportamiento, sino también las vías jurisdiccionales para asegurar su cumplimiento o sanción derivada de su inobservancia.

Y esta coexistencia de regímenes, con jurisdicciones independientes entre sí, ha llevado a que se presenten diferentes debates en torno a la legitimidad de las decisiones que se tomen en ejercicio del poder judicial. Algunos cuestionamientos plantean que solo tienen legitimidad formal aquellas normas creadas por el legislador desde una perspectiva tradicional, mientras que otros se niegan a que sean juzgados por jueces diferentes a aquellos de la jurisdicción ordinaria. Todo esto se genera por la dispersión de criterios jurídicamente relevantes para comprender la dicotomía jurisdiccional que se presenta, que conlleva un desconocimiento de ellos por parte de la población en conjunto. Esto tiene diferentes consecuencias, entre las cuales se encuentra que no es del todo aceptable por el conglomerado social que aquellos que no se reconocen como indígenas puedan ser juzgados por la jurisdicción indígena y aquellos que sí se reconocen como indígenas puedan ser juzgados por la jurisdicción ordinaria. Por lo tanto, se hace necesario delimitar hermenéuticamente los lineamientos para que esta dicotomía de regímenes jurídicos pueda coexistir con vocación de aplicabilidad desde y para la realidad colombiana.

En este sentido, el presente artículo acoge como pregunta de investigación la siguiente: ¿cuáles deben ser los criterios jurídicos para

construir un marco hermenéutico que permita la coexistencia entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena según los lineamientos constitucionales vigentes actualmente en Colombia? Frente a esta pregunta se acoge una hipótesis según la cual los lineamientos constitucionales requieren conjugar las normas jurídicas vigentes en la actualidad para vincular de manera dinámica condiciones de auto reconocimiento indígena con el territorio en el cual se adelantan las conductas que deben ser juzgadas, para asegurar un criterio jurídico objetivo que sirva de marco hermenéutico para determinar si es competente la jurisdicción ordinaria o la jurisdicción indígena en cada caso en particular. Para asegurar la validación de esta hipótesis se acoge un enfoque de investigación hermenéutico crítico, basado en métodos de investigación cualitativos cuya principal estrategia de recolección de información es la revisión documental.

Guardando coherencia con este diseño metodológico, el presente artículo acoge como objetivo general de investigación el siguiente: determinar cuáles deben ser los criterios jurídicos para construir un marco hermenéutico que permita la coexistencia entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena según los lineamientos constitucionales vigentes actualmente en Colombia. Para alcanzar este objetivo general, se formulan los siguientes objetivos específicos para consolidar la estructura del razonamiento del artículo: primero, delimitar iusteóricamente los alcances del pluralismo jurídico que legitima la coexistencia de varios regímenes jurídicos de nivel legal enmarcados en la Constitución Política colombiana de 1991; y, segundo, plantear criterios de decisión para resolver los debates de determinación de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena en casos de aplicación práctica. Al finalizar el artículo, se formularán conclusiones referentes a los principales hallazgos alcanzados luego del desarrollo de los objetivos aquí formulados.

1. Alcances iusteóricos del pluralismo jurídico que avala la coexistencia de la jurisdicción penal ordinaria y la indígena en Colombia

A través del tiempo, el ordenamiento jurídico colombiano ha materializado la confluencia entre diferentes modelos estatales, los cuales han provenido de manera generalizada del norte global. Así, la cultura

jurídica colombiana se ha construido como consecuencia de trasplantes realizados desde países europeos y, recientemente, norteamericanos[2]. Esto genera que Colombia sea considerado como un sitio de recepción de teoría extranjeras, construidas desde sitios de producción que se entienden como referentes a seguir[3]. Aunque las causas de este fenómeno iusteórico son diversas, una de las principales se encuentra en la comprensión que los criollos tenían en torno a las condiciones locales, dado que al ser hijos mestizos de los españoles tenían una aspiración de parecer europeos y esto lo pretendían materializar al momento de consolidar las normas jurídicas del Estado colombiano[4]. Entre otras consecuencias, el deseo de los criollos por parecerse a la realidad europea llevó a desconocer e invisibilizar las condiciones locales que existían desde antes de la llegada de los europeos al territorio americano.

En este sentido, los procesos independistas que se generaron en el territorio que hoy es conocido como Colombia consistieron en cambiar el sujeto que manejaba el poder, pero mantenían un fuerte lazo con los lineamientos jurídicos que desde Europa se generaban para diseñar el

---

[2] Los transplantes consisten en tomar una institución jurídica de un contexto externo para adoptarlo en un contexto concreto. Esto hace que el contexto externo sea considerado como productor de teorías y el que lo adopta es un receptor. Los procesos de trasnplante pueden ser considerados desde una perspectiva aplicada en investigaciones como la siguiente: CARVAJAL, Jorge y GUZMÁN, Andrés. Las instituciones del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos: un análisis a sus procedimientos y orientación estratégica. *Revista Republicana,* Bogotá D.C., v. 22, n. 1, p. 183-207, 2017. http://dx.doi.org/10.21017/Rev.Repub.2017.v22.a25

[3] Los procesos de recepción iusteórica han tendido a ubicar a los países europeos y a Estados Unidos como sitios de producción, mientras que los países latinoamericanos como sitios de recepción. Así, los mencionados sitios de producción se catalogan como el norte global y América Latina se conoce como sur global. Este fenómeno de teoría jurídica puede ser interpretado en detalle a continuación: NAVAS, Fernanda. El sur global y la realidad social de América Latina: hacia la construcción de nuevos paradigmas. *Novum Jus,* Bogotá D.C., v. 14, n. 2, p. 11-21, 2020. https://doi.org/10.14718/NovumJus.2020.14.2.1

[4] Las categorías de criollos que eventualmente pueden generar subordinaciones entre sitios de producción y recepción de teorías jurídicas pueden ser analizadas desde este tipo de investigaciones: PERILLA, Leonor. La ciudadanía y los otros en la primera mitad del Siglo XIX en Colombia. *Trabajo Social,* Bogotá D.C., n. 19, p. 45-63, 2017. https://doi.org/10.15446/ts.v0n19.67448

Estado[5]. Esto ha llevado a que se considere que el proceso independista fue parcial, dado que las influencias europeas se mantuvieron desde la dinámica de trasplantes antes mencionada[6]. Por lo tanto, no es extraño encontrar que las actividades legislativas adelantadas en lo que se conoce actualmente como Colombia se enmarcaban en ejercicio miméticos, en virtud de los cuales se procuraba imitar de la manera más fiel posible las normas creadas en el contexto europeo para ser consolidadas en el contexto local[7]. Y mientras esto sucedía, se generaban dinámicas sociales con influencia política por desaparecer todo aquello que no se enmarcara en esos parámetros de normalidad importados, vinculando condenas y estrategias para que los sujetos acogieran este diseño estatal ajeno a su propia cosmovisión.

Como consecuencia de todos estos procesos de trasplante, en los cuales Colombia no era más que un sitio de recepción teórica, el ordenamiento jurídico colombiano empezó a tener un alcance ecléctico desde una perspectiva europea[8]. Esto se justifica al considerar que el afán de los criollos por parecerse a Europa, no se limitaba a un solo país productor de teorías, sino que vinculaban en una sola norma las influencias de diferentes países con escuelas del derecho muy diversas entre sí[9]. No

---

[5] La relación de transplantes desde el contexto europeo al colombiano referente a los indígenas puede ser profundizado a continuación: BUSSO, Hugo. Crítica al eurocentrismo como obstáculo epistemológico. *Perspectivas de la filosofía latinoamericana,* Lima, v. 5, n. 5, p. 59-80, 2019.

[6] Sobre las influencias trasnacionales en mención puede consultarse: ASENSI, Jhon. Crisis teórica, transiciones constitucionales. *Revista Derecho del Estado,* Bogotá D.C., n. 28, p. 9-35, 2012.

[7] Diferentes investigaciones han tratado de dotar de confiabilidad a este tipo de afirmaciones, entre las cuales se puede consultar: CABRERA, Lester. Geopolítica crítica: alcances, límites y aportes para los estudios internacionales en Sudamérica. *Foro Internacional,* Ciudad de México D.F., v. 60, n. 1, p. 61-95, 2020. https://doi.org/10.24201/fi.v60i1.2574

[8] Una vez que se realiza un trasplante teórico particular, la interpretación que se da desde el sitio receptor aporta nuevos elementos hermenéuticos y esto es planteado en esta investigación: CELY, Leonardo. El carácter especulativo de la iusteoría periférica. *Prolegómenos,* Bogotá D.C., v. 17, n. 34, p. 33-41, 2014. https://doi.org/10.18359/dere.793

[9] Se recomienda una aproximación crítica al asunto a través de este artículo de investigación: COLL, Alex. El derecho de interés público y la intersubjetividad de las relaciones socio-jurídicas: profanando el determinismo

es extraño que el ordenamiento jurídico colombiano haya trasplantado debates positivistas propios del contexto europeo, conjugándolos con enfoques naturalistas de la realidad francesa y acogiendo diseños del *Common Law* de la realidad inglesa[10]. Por lo tanto, la cultura jurídica colombiana terminó siendo un conjunto dinámico de diferentes enfoques europeos, que en últimas no respetaba el diseño originario de cada una de las escuelas que les servían de inspiración. En consecuencia, Colombia desarrolló un proceso de *misreading,* el cual devino en una nueva realidad jurídica que subordinaba a las condiciones autóctonas existentes en el país[11].

Fue por esta razón que la primera Constitución Política de alcance nacional fue aquella promulgada en 1886, la cual materializó todas estas escuelas europeas a través de una iusteoría propia denominada por la doctrina como formalismo[12]. El formalismo entendía desde el positivismo que el derecho tiene una aspiración de perfección, la cual encuentra una legitimidad iusnaturalista en la soberanía popular de la cual gozaba un legislador único y llevaba a que los operadores jurídicos estuviesen sometidos a la mímesis jurídica desde un enfoque anglosajón ajustado[13]. Y este formalismo se presentaba a sí mismo como un medio para unificar

---

normativo-formalista. *Ius et Praxis,* Talca, v. 27, n. 2, p. 41-54, 2021. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122021000200041.

[10] Es posible considerar que el derecho es una integración dinámica de normas jurídicas, tal como se sistematiza en este producto de nuevo conocimiento: GALIANO, Germán y GONZÁLEZ, Daniel. La integración del derecho ante las lagunas de la ley. *Díkaion,* Chía, v. 21, n. 2, p. 431-459, 2012. http://dx.doi.org/10.5294/dika.2012.21.2.5

[11] El *misreading* es un término inglés que no tiene traducción exacta al español, pero que representa una comprensión subestándar de las teorías creadas en los sitios de producción. Al respecto se puede consultar esta investigación: PERILLA, Juan. El misreading como posibilidad creadora de iusteorías en un contexto globalizado desde la trasnacionalidad. *Estudios de Derecho,* Medellín, v. 81, n. 177, p. 58-71, 2024. https://doi.org/10.17533/udea.esde.v81n177a3

[12] Desde una perspectiva aplicada, el formalismo como iusteoría puede ser comprendido en este artículo de investigación: PERILLA, Juan. Los centennials como un reto antiformalista para las Facultades de Derecho. *Revista de Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho,* Santiago de Chile, v. 8, n. 1, p. 11-28, 2021. https://doi.org/10.5354/0719-5885.2021.61529

[13] Estos planteamientos son propios de la escuela del positivismo y se puede profundizar en ellos a continuación: GUAMÁN, Kleber. El positivismo y el

a un país en torno a objetivos tendientes a mejorar la realidad propia de Colombia, llevando a que se prohibieran todas las expresiones jurídicas diferentes a aquellas creadas por el legislador tradicional[14]. Por lo tanto, cualquier otro uso, costumbre o práctica que hasta ese momento se presentara en el país al país fue condenado a ser reemplazado por las nuevas normas jurídicas con enfoque europeo.

Entre otras manifestaciones jurídicas que se vieron afectadas, las comunidades indígenas fueron las más perseguidas desde este ejercicio aspiracional de transformar al país en una extensión iusteórica de Europa[15]. Tanto fue el asedio hacia los usos y costumbres de estas comunidades que la misma ley contemplaba prohibiciones de sus prácticas, al tiempo que los obligaba a abandonar su idiosincrasia para responder al nuevo parámetro de normalidad que pretendía ser establecido[16]. Como era de esperarse, no se trató de un proceso pacífico ni lineal, pero el uso de la fuerza legitimada desde el Estado llevaba a que esta situación no tuviese mayor posibilidad de resistencia[17]. Así, se presentaron diferentes conflictos de gran envergadura a finales del Siglo XIX, en los cuales las

---

positivismo jurídico. *Revista Universidad y Sociedad,* Cienfuegos, v. 12, n. 4, p. 265-269, 2020.

[14] La siguiente investigación ejemplifica las mencionadas prohibiciones: VALENCIA, José. Gustavo Rojas Pinilla: dictadura o presidencia en la hegemonia conservadora en contra de la lucha popular. *El Ágora U.S.B.,* Medellín, v. 14, n. 2, p. 537-550, 2014.

[15] Es posible profundizar en los alcances de los derechos de los pueblos étnicos en este trabajo de investigación: BRACONNIER, Laetitia. Los derechos propios de los pueblos étnicos en el Acuerdo de Paz de agosto de 2016. *Derecho del Estado,* Bogotá D.C., n. 40, p. 113-126, 2018. https://doi.org/10.18601/01229893.n40.05.

[16] Este tipo de sucesos ha llevado a que se considere a los indígenas como un movimiento víctima del conflicto en Colombia, lo cual puede ser profundizado aquí: OSORIO, Carlos y SATIZABAL, Melania. El movimiento indígena como víctima del conflicto armado en Colombia y su apuesta por una paz desde una visión territorial. *Hallazgos,* Bogotá D.C., v. 17, n. 33, p. 197-219, 2020. https://doi.org/10.15332/2422409x.4369

[17] A manera de ejemplo, el impacto de estas situaciones puede ser analizada en esta investigación: D'ANGELO, Alexandra. Restituir las tierras en el marco del posconflicto colombiano: una mirada al caso indígena Wiwa de la Sierra Nevada de Santa Marta. *Periferia,* Barcelona, v. 22, n. 2, p. 112-135, 2017. https://doi.org/10.5565/rev/periferia.618

comunidades indígenas participaban en contra de quienes ostentaban el poder, pero al final esos esfuerzos revolucionarios no fueron fructíferos y el diseño europeizado se impuso de manera generalizada en las normas jurídicas colombianas.

En este sentido, y por más de un Siglo, el ordenamiento jurídico colombiano estuvo regido por un Estado de Derecho con un enfoque liberal clásico. Cuando se hace referencia a que es un Estado de Derecho implica que la norma escrita creada por el legislador tradicional era el mayor criterio vinculante para ese momento, por lo cual no tienen cabida otras fuentes del derecho que pudiesen regular las conductas humanas de manera principal[18]; la norma escrita era todo el derecho, materializando al máximo el formalismo antes mencionado. Y cuando se hace referencia al liberalismo clásico, se hace referencia a aquellas corrientes político-económicas que desde el Siglo XVIII se habían consolidado en el continente europeo para garantizar la propiedad privada de manera prevalente en la realidad social. En consecuencia, el sistema jurídico de la Constitución Política colombiana de 1886 defendía la propiedad privada con el uso de la ley escrita, donde quien se reputaba propietario contaba con más derechos que aquel que no lo era[19]. Al respecto, resulta especialmente relevante que para viabilizar estos compromisos constitucionales se trasplantaron regímenes jurídicos completos como el derecho civil francés, según el cual la propiedad privada era el inicio y el final de la preocupación jurídica del Estado de ese momento.

Las consecuencias de este diseño estatal acogido en Colombia han sido sistematizadas desde diferentes criterios, incluyendo una escalada de violencia que aún hoy se mantiene, una serie de arbitrariedades en el uso del poder que conllevaron dictaduras y una invisibilización de la realidad social que pretende ser transformada por la realidad

---

[18] En este artículo se puede profundizar en un análisis crítico del Estado de Derecho liberal: LOPES, Henrique y DO RIO, Josué. Perspectivas críticas al Estado de derecho liberal. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas,* Medellín, v. 45, n. 123, p. 365-399, 2015.

[19] Al respecto se recomienda consultar: CHINCHILLA, Carlos. Propiedad privada y derechos adquiridos. *Revista Derecho del Estado,* Bogotá D.C., n. 41, p. 147-171, 2018. https://doi.org/10.18601/01229893.n41.06.

de la ley[20]. Así, con el tiempo, el Estado, junto a sus normas, empezó profundizar una brecha con las condiciones concretas del conglomerado social, desconociendo que la formalidad de la ley escrita puede ser deslegitimada con la inaplicación social de sus disposiciones. De esta forma, hacia mediados del Siglo XX gran parte de la sociedad colombiana empezó a guiarse por sus propias normas, consolidando grupos al margen de la ley y algunos de ellos se organizarían con el tiempo como armados[21]. Sin embargo, no todos los grupos que se daban sus propias normas eran grupos armados, pues casi todo en ese momento estaba al margen de la ley. Esto se explica en la brecha mencionada, dado que, si la ley no impactaba las realidades sociales, pues las actuaciones que se adelantaran desde la cotidianidad no podían estar enmarcadas en el diseño liberal clásico validado por la ley escrita.

Aunque hay una amplia diversidad de esos grupos al margen del marco de la Constitución Política colombiana de 1991, uno de los que empezaron a retomar sus usos y costumbres, a pesar de que la ley escrita del legislador tradicional no lo permitía, fueron los indígenas. Se insiste en que al hablar de grupos al margen de la ley no se hace referencia a asuntos como las guerrillas o los paramilitares de manera exclusiva, sino a todos aquellos grupos poblacionales que desde su autonomía aplicaban normas propias más allá del ineficaz grupo de normas creado por el Estado[22]. En este sentido, los indígenas fortalecieron sus resguardos, empezaron a regresar a sus comunidades y acogieron las normas ancestrales que

---

[20] Sobre el particular es posible considerar estos hallazgos de investigación: VICTORIANO, Felipe. Estado, golpes de Estado y militarización en América Latina: una reflexión histórico política. *Argumentos,* Ciudad de México D.F., v. 23, n. 64, p. 175-193, 2010.

[21] Para fortalecer la comprensión de las variables en el desarrollo del conflicto armado en Colombia se puede consultar este trabajo de investigación: CALDERÓN, Jonathan. Etapas del conflicto armado en Colombia: hacia el posconflicto. *Latinoamérica Revista de Estudios Latinoamericanos,* Ciudad de México D.F., n. 62, p. 227-257, 2016.

[22] Es posible considerar la diversidad de grupos al margen de la ley desde los aportes realizados en esta investigación: OCAMPO, Myriam. Territorialidades en transición: pobladores desplazados por la violencia del conflicto armado colombiano y la resignificación de su territorio. *Psicología USP,* Sau Paulo, v. 28, n. 2, p. 165-178, 2017. https://doi.org/10.1590/0103-65642017A001

de tiempo atrás guiaban su actuación en la sociedad[23]. Por esta razón, el Estado colombiano empezó a limitar considerablemente el control del territorio, al tiempo que la población no reconocía su soberanía a plenitud[24]. Esto ha llevado a plantear que el Estado colombiano desde la Constitución Política de 1886 debía ser catalogado como fallido. En últimas, aquel Estado cuya población no puede desarrollar a plenitud en el marco oficial, desconoce la soberanía centralizada y evidencia una falta de control territorial, ha fallado respecto de sus elementos básicos.

En consecuencia, para la década de los años ochenta, Colombia era un contexto europeizado desde sus normas jurídicas estatales, pero interpretado desde su realidad autóctona en las relaciones humanas cotidianas. De esta manera, se entendió por parte de la sociedad colombiana que la Constitución Política colombiana de 1886 debía ser reemplazada, por otra norma superior que reconociera la diversidad presente hasta ese momento de la historia del país[25]. Evidentemente, no se trataba de un proceso sencillo, dado que el formalismo imperante estructuralmente en el diseño estatal no contemplaba la posibilidad de cuestionar un conjunto de normas con aspiración de perfección. Es más, no se contemplaba ni siquiera la posibilidad de cambiar la norma de normas, pues si bien podía ser complementada desde interpretaciones

---

[23] La Constitución Política colombiana de 1991 organiza el territorio nacional en cuatro tipos de entidades, las cuales son Departamentos, Distritos, Municipios y Resguardos Indígenas. Cada una de ellas tiene autonomía, en el marco de un sistema unitario y descentralizado tanto por funciones como por competencias. En este sentido, un resguardo no es solo un territorio, sino una institución jurídica que dota de autoridad administrativa bajo unas fronteras específicas. Al respecto, se recomienda ver la siguiente investigación: PERILLA, Juan. Criterios constitucionales para ponderar el patrimonio cultural europeo con la identidad indígena en Colombia. *Revista de Direito,* Viçosa., v. 17, n. 1, p. 1-24, 2025. http://doi.org/10.32361/2025170121416

[24] Esta situación puede llevar a considerar al Estado como fallido, lo cual puede comprenderse con mayor precisión en este artículo de investigación: MANCERO, Anita y MÚNERA, Óscar. Los Estados fallidos: una visión desde la Geopolítica. *URVIO Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad,* Quito, n. 22, p. 41-57, 2018. http://dx.doi.org/10.17141/urvio.22.2018.3081

[25] Sobre el tema es posible consultar: NOGUERA, Albert y CRIADO, Marcos. La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina. *Estudios Socio-Jurídicos,* Bogotá D.C., v. 13, n. 1, p. 15-49, 2011. https://doi.org/10.12804/esj

judiciales, era totalmente descartable cambiarla por otro modelo estatal[26]. Por lo mismo, las pugnas sociopolíticas que se empezaron a presentar entre los grupos al margen de la ley y el entramado estatal que desde un gobierno central se oponían al cambio, marcaron una historia de violencia que enluta al país hasta la actualidad.

No obstante, y luego de múltiples iniciativas fallidas, las máximas autoridades judiciales de ese entonces avalaron, al margen de la ley, la posibilidad de reemplazar la norma constitucional superior según lo dispusiera la voluntad popular. Es de esta manera que la década de los años noventa llegó a Colombia con una esperanzadora posibilidad de crear un nuevo modelo constitucional, en el cual el Estado pudiese responder a asuntos mucho más locales y que el proceso de trasplante iusteórico no pretendiera convertir al país en un contexto negacionista de lo que realmente se encontraba materializado en su realidad[27]. Así, la nueva Constitución Política colombiana de 1991 acogió un alcance Social, aunque mantuvo el compromiso por respetar la ley escrita desde su categoría de derecho[28]. Esto implicaba que el Estado colombiano reconocería la diversidad presente en la realidad social, siempre que todas esas manifestaciones de voluntad respetaran los mínimos constitucionales que allí estaban siendo planteados. En consecuencia, la norma de normas se estableció como un marco que podía tener múltiples desarrollos desde contextos concretos.

---

[26] Las transformaciones constitucionales colombianas que impactarán en el actual pluralismo jurídico pueden comprenderse en esta publicación: RODRÍGUEZ, Andrés. El Estado como proyecto en la Constitución de 1991. *Análisis Político,* Bogotá D.C., v. 34, n. 101, p. 47-67, 2021. https://doi.org/10.15446/anpol.v34n101.96559

[27] El reconocimiento de la pluralidad que se da con la sustitución constitucional y que fundamenta el pluralismo jurídico actual puede comprenderse a profundidad aquí: ARBOLEDA, Paulo y JIMÉNEZ, Milton. Sustitución constitucional en Colombia: límites de reforma al poder constituyente derivado (función legislativa). *Cuestiones Constitucionales,* Ciudad de México D.F., n. 45, p. 437-449, 2021. https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2021.45.16670

[28] Este asunto ha sido desarrollado desde el contexto académico así: SILVA, Luis y CONTRERAS, Fernando. La doctrina de la sustitución de la Constitución en Colombia. *Estudios Constitucionales,* Santiago de Chile, v. 18, n. 1, p. 395-434, 2020. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002020000100395

Aunque este diseño contó con influencias extranjeras, desde la autenticidad colombiana se ha considerado que la Constitución Política colombiana de 1991 acoge la iusteoría del antiformalismo, como un alcance disruptivo de las dinámicas vigentes hasta ese momento en la Constitución Política colombiana de 1886. El antiformalismo, entendido iusteóricamente, dejaría atrás la pretensión de perfección del derecho, para reconocer que, en realidad, el sistema jurídico tiene una naturaleza abierta, lo cual implica que hay vacíos que desde el conglomerado social se plantean y que el derecho no tiene una respuesta concreta para ellos[29]. Por lo tanto, se requiere la vinculación de múltiples fuentes del derecho de un rango menor al constitucional, incluyendo diferentes regímenes jurídicos que, desde interpretaciones auténticas, pudiesen materializar los mínimos acordados en la norma superior. Es aquí donde surge el pluralismo jurídico, puesto que las leyes creadas por el legislador tradicional son una entre varias y no se deben repetir desde ejercicios hermenéuticos propios de mímesis[30]. El derecho resulta ser, entonces, un ambiente dinámico para que el derecho cobre sentido desde la realidad de cada uno de los sujetos que en él intervienen.

Y parte de estos sujetos son los indígenas, a los cuales se les reconoce la posibilidad de crear sus propias normas, generar estrategias para aplicarlas y juzgar a quienes las desconozcan. Se trata de un entramado complejo de normas, pero que en el marco de la Constitución Política colombiana de 1991 aseguran el cumplimiento de mínimos necesarios para la subsistencia. Estos mínimos incluyen los derechos humanos universalmente consagrados, por lo cual el pluralismo jurídico no otorga una plena discrecionalidad a quienes pretendan darse sus propias normas[31].

---

[29] Los debates iusteóricos entre el formalismo y el antiformalismo dan lugar al pluralismo jurídico, lo cual puede ser considerado en detalle aquí: BAUTISTA, Juan. Formalismo, actiismo y discrecionalidad judicial. *Díkaion,* Chía, v. 29, n. 2, p. 336-351, 2020. https://doi.org/10.5294/dika.2020.29.2.1

[30] El equilibrio entre el Estado de Derecho y el pluralismo jurídico colombiano puede considerarse en esta investigación: LLANO, Jairo. Pluralismo, diversidad cultural, identidades, globalización y multiculturalismo. *Novum Jus,* Bogotá D.C., v. 10, n. 1, p. 49-92, 2016. https://doi.org/10.14718/NovumJus.2016.10.1.3

[31] Las situaciones descritas pueden ser consideradas en investigaciones como esta: CASTILLO, César. Reflexiones en torno a la cotidianidad e integralidad

La creación normativa plural lleva a tener varias jurisdicciones válidas, al tiempo que plantea la exigencia de conocer diversas normas para asegurar una convivencia plena. Aunque se trata de un alcance proteccionista, inclusivo y garante de la diversidad, no deja de plantear debates sobre el alcance de cada uno de esos regímenes plurales, así como los límites que tienen entre sí. Estos alcances y límites tienen variables complejas que tienden a ser desconocidos, dado que sus fuentes son múltiples y la comprensión de la población no llega a contemplarlas en su totalidad. Por lo tanto, y con el ánimo de fortalecer la diversidad propia del pluralismo jurídico, en la sección siguiente se proceden a determinar criterios hermenéuticos para comprender la coexistencia de jurisdicciones para determinar alcances y límites según la realidad de la cual se trate.

2. Criterios para resolver debates de competencia entre la dicotomía existente entre la jurisdicción ordinaria y la indígena en Colombia

Hasta este punto se ha evidenciado que el pluralismo jurídico fue contemplado por la Constitución Política colombiana de 1991 como una reivindicación de la iniciativa por desconocer las dinámicas autóctonas en el país, desde un deseo de reproducción mimética de enfoques iusteóricos provenientes de Europa. En tal sentido, la coexistencia de regímenes jurídicos a nivel legal, y en el marco constitucional, requiere de criterios para comprender cuándo aplicar uno u otro. Así, es necesario comprender hermenéuticamente cuándo es aplicable la jurisdicción ordinaria y cuándo es aplicable la jurisdicción indígena, lo cual debe considerar dos variables: la calidad de sujeto autoreconocido como indígena y el territorio en el cual se adelanten las conductas que pretendan ser conocidas por estas jurisdicciones. Se trata de variables que sugieren, desde un primer momento, que ser o no autoreconocido como indígena no es criterio absoluto para acceder a una u otra jurisdicción. Por el contrario, requiere de un asunto más complejo, que se procederá a analizar en esta sección.

---

de los derechos humanos. *Novum Jus,* Bogotá D.C., v. 16, n. 1, p. 23-50, 2022. https://doi.org/10.14718/NovumJus.2022.16.1.2

Con el ánimo de construir estos criterios hermenéuticos, lo primero que se debe tener en cuenta es que la jurisdicción ordinaria se aplica de manera general y la jurisdicción indígena de manera excepcional, de cara al número de casos que se pueden gestionar bajo la Constitución Política colombiana de 1991[32]. Así, en principio, todos los casos que requieren la gestión del conflicto acudirán a las normas legales ordinarias, donde los jueces allí dispuestos por el Estado serán los llamados a dirimir estos conflictos. Sin embargo, la excepción se da por la calidad de indígena que pueda tener una persona y por el territorio en el cual haya cometido la conducta, que en el caso indígena se denomina resguardo[33]. En este sentido, lo primero que se debe considerar es que la categoría de indígena de una persona en Colombia hace referencia a un reconocimiento autónomo, donde el Estado no interviene y garantiza la identidad de las personas desde su esfera personal[34]. De esta manera, el Estado no es el llamado a determinar si una persona es o no indígena, puesto que cada persona es quien determina esta calidad desde el autoreconocimiento.

Esto se justifica desde el pluralismo jurídico, dado que no es posible que el Estado colombiano tenga la prevalencia para asignar la identidad étnica a una persona en particular. Por lo mismo, el Estado tiene unos sistemas de registro declarativo de las comunidades indígenas, en los

---

[32] Se debe tener en cuenta que los lineamientos jurídicos de la Constitución Política colombiana de 1991 contemplan normas tanto domésticas como internacionales, a través del bloque de constitucionalidad. Esto se puede considerar en la siguiente investigación: PERILLA, Juan. El monismo impuro desde el bloque de constitucionalidad colombiano. In: RABINOVICH, Ricardo (org.). *Barajar y dar de nuevo: trabajos sobre temas de derecho, de sociología y de historia jurídicas.* Salvador: Ed. Dois de Julho, 2016. p. 395-411.

[33] Los resguardos son territorios ancestrales que se reconocen constitucionalmente como entidades territoriales autónomas, lo cual puede ser profundizado a continuación: LLANO, Jairo. Relaciones interculturales entre comunidades indígenas, negras y campesinas del norte del Cauca. *Revista de Derecho,* Barranquilla, n. 53, p. 10-29, 2020. https://doi.org/10.14482/dere.53.343.001

[34] Sobre el reconocimiento propio de los pueblos indígenas es posible consultar: RAMÍREZ, Álvaro y LAUREANO, Daniel. Garantía de los derechos constitucionales de los pueblos indígenas en el multinacionalismo y neoconstitucionalismo. *Novum Jus,* Bogotá D.C., v. 11, n. 2, p. 19-51, 2017. https://doi.org/10.14718/NovumJus.2017.11.2.2

cuales constan determinadas autoridades adscritas a saberes ancestrales y, sin entrar a evaluar de fondo las solicitudes, genera un cúmulo de información de las comunidades existentes en Colombia[35]. Aunque no se descarta que este sistema declarativo pueda ser utilizado para defraudar la confianza que el Estado colombiano deposita a la población, en general la misma población es la que se encarga de realizar un control social del registro; de manera particular, son las mismas comunidades indígenas las que verifican por su propia iniciativa las solicitudes de registro que son presentadas ante el Estado y generan observaciones sobre la autenticidad de estas[36]. Por lo mismo, el registro declarativo proviene de las comunidades, son ellas las que generan verificaciones que trascienden las competencias estatales y gestionan al fin de cuentas la identidad étnica del país.

Y es en el marco de estas comunidades registradas, que las personas pueden auto reconocerse como indígenas, pues no basta con un sentimiento volitivo por pretender ser indígena, sino que se requiere que las autoridades de la respectiva comunidad validen que en efecto esa persona acoge desde su cotidianidad los usos, costumbres y saberes ancestrales correspondientes[37]. Por lo tanto, para que una persona se reconozca como indígena en el marco del pluralismo jurídico, debe tener un deseo individual, un aval social y enmarcarse en un registro estatal. Debe advertirse que, como la mayoría de las normas, tiene falencias en su implementación y casos de corrupción para dar cuenta de lo que no sucede en la realidad, pero estos asuntos problemáticos son relativamente excepcionales en torno

---

[35] Este tema puede ser considerado em detalle a continuación: GUERRERO, Javier y SOLER, Sandra. Representación de los indígenas en las leyes generales de educación de Colombia. *Folios,* Bogotá D.C., n. 52, p. 71-86, 2020. https://doi.org/10.17227/folios.52-9559

[36] El alcance identitario de los pueblos indígenas es explicado por: ORTÍZ, Jorge. La identidad cultural de los pueblos indígenas en el marco de la protección de los derechos humanos y los procesos de democratización en Colombia. *Revista Derecho del Estado,* Bogotá D.C., n. 30, p. 217-249, 2013.

[37] Los temas de reconocimiento indígena en contextos específicos son sistematizados en este artículo científico: URREGO, Jaime. Las luchas indígenas por el derecho fundamental a la salud propio e intercultural en Colombia. *Saúde en Debate,* Sao Paulo, v. 44, n. 1, p. 79-90, 2020. https://doi.org/10.1590/0103-11042020S106

a la identidad étnica que opera en el país actualmente[38]. Por lo tanto, a la fecha, el Estado colombiano tiene visibilizadas a las comunidades indígenas, sus integrantes, los usos, costumbres y saberes que las caracterizan, superando las dinámicas negacionistas que bajo el Estado Liberal de Derecho de 1886 pretendían desdibujarse.

Ahora bien, para determinar cuándo es aplicable la jurisdicción indígena para gestionar un caso concreto se debe adicionar a la calidad personal de indígena, aquel territorio en el cual se adelante la conducta objeto de debate[39]. Sobre el particular se debe considerar que la Constitución Política colombiana de 1991 reconoce que el Estado colombiano es unitario y descentralizado, lo cual implica que se divide en entidades territoriales autónomas para responder de manera directa a los intereses y necesidades de las poblaciones cada vez más diversas[40]. Entre estas entidades territoriales autónomas se reconocen a los resguardos indígenas, los cuales son espacios administrados por las comunidades indígenas desde su alcance jurídico, económico, social, entre otros. Aunque hay algunos resguardos indígenas claramente reconocidos en el país, existe un debate en torno a la reivindicación territorial de estas comunidades y afirma que, en realidad, todo el territorio nacional es un espacio ancestral[41]. Esto se justifica al

---

[38] Asuntos de relevancia étnica aplicables al asunto que se analiza pueden ser considerados en este recurso bibliográfico: NAVIA, Ángela. Pueblos indígenas en Colombia: entre el petróleo y la supervivencia étnica. *Diálogo Andino,* Arica, n. 60, p. 127-139, 2019. https://dx.doi.org/10.4067/S0719-26812019000300127

[39] La conceptualización del territorio indígena se consolida aquí: LLANO, Jairo y VELASCO, Nicole. El derecho al territorio indígena: protección internacional y reivindicaciones locales. *Novum Jus,* Bogotá D.C., v. 17, n. 3, p. 402-429, 2023. https://doi.org/10.14718/NovumJus.2023.17.3.14

[40] Este tipo de debates pueden ser entendidos de manera aplicada en la siguiente investigación: ACOSTA, Alberto. Aporte al debate: el extractivismo como categoría de saqueo y devastación. *Forum for Inter-America Research,* Bielefeld, v. 9, n. 2, p. 25-33, 2016.

[41] Sobre los alcances de los territorios y su diversidad contextual se tiene como referente la siguiente investigación: AMAYA, Ángela y RODRÍGUEZ, Santiago. Hacia un nuevo marco de protección de la biodiversidad en Colombia: consideraciones para una ley de biodiversidad ambiental. *Revista de Derecho Ambiental,* Santiago de Chile, v. 18, p. 307-343, 2022. http://dx.doi.org/10.5354/0719-4633.2022.68227.

considerar que antes de la llegada de los europeos, los indígenas habitaban libremente todo el territorio nacional y este arribo extranjero fue el que llevó a que se agruparan injustificadamente en limitadas porciones de terreno.

En consecuencia, aunque hay algunos resguardos indígenas claramente definidos por su estabilidad en el tiempo, se reconoce constitucionalmente que en todo lugar en el cual una comunidad indígena se asiente, así sea temporalmente, se debe considerar como resguardo indígena[42]. A manera de ejemplo se puede considerar que algunas comunidades indígenas se desplazan ocasionalmente a las ciudades capitales, casi siempre para hacer exigencias concretas al Gobierno de garantía de mínimos constitucionales, momento en el cual se ubican en parques, calles, plazas, entre otros lugares públicos que de manera inmediata se constituyen como resguardo indígena. Y las implicaciones de ser un resguardo indígena es que de forma automática es regentado por las autoridades de estas comunidades, con la aplicación de normas jurídicas propias y una jurisdicción diferente a la ordinaria[43]. En consecuencia, los resguardos indígenas no son en sí mismos un territorio único, sino todo lugar en el cual los sujetos reconocidos desde esta diversidad étnica se asienten de manera temporal o definitiva.

Dada la autonomía de los resguardos indígenas, el acceso a ellos por parte de personas ajenas a la comunidad allí asentada deberá basarse en el principio de coordinación[44]. Esto significa que, a diferencia de cualquier otra entidad territorial existente en Colombia, el acceso a estos

---

[42] La territorialidad dinámica de los resguardos toma como referente este resultado previo de investigación: ROJANO, Wade y PERILLA, Juan. Diversidad cultural y saberes ancestrales en Colombia: el caso de la Asociación de Mujeres Indígenas Zenú. *Culturas Revista de Gestión Cultural,* Valencia, v. 10, n. 2, p. 142-159, 2023. https://doi.org/10.4995/cs.2023.20798

[43] Las dinámicas reguladoras en los territorios indígenas pueden ser comprendidas en esta referencia bibliográfica: VIANA, Andrée y ARIZA, Libardo. Entre dos mundos: pueblos indígenas y espacios de castigo en Colombia. *Revista de Estudios Sociales,* Bogotá D.C., n. 87, p. 25-39, 2024. https://doi.org/10.7440/res87.2024.02

[44] El principio de coordinación aplicado a los territorios puede ser comprendido en este fundamento bibliográfico: DOMÍNGUEZ, Rafael. El extractivismo y sus pliegues conceptuales. *Revista Territorios y Regionalismos,* Concepción, n. 4, p. 1-26, 2021. https://revistas.udec.cl/index.php/rtr/article/view/3320

espacios debe coordinarse con las autoridades, quienes pueden aprobar o no la posibilidad de estar en ese territorio autónomo. Entre otras razones, se busca garantizar las condiciones especiales de estos sujetos, protegiéndolos de influencias externas que se vean impertinentes desde sus usos y costumbres ancestrales[45]. En consecuencia, una vez establecido un resguardo indígena, la libertad de locomoción de las personas ajenas a él se ve limitada por los principios de autonomía y diversidad constitucionalmente contemplados. En consecuencia, se aclaran de esta manera los criterios que deberán ser tenidos en cuenta para determinar la competencia de la jurisdicción indígena para el caso concreto, consistentes en las personas auto reconocidas como indígenas y el territorio previsto para tal fin, los cuales serán diferentes a aquellas personas no indígenas o las entidades territoriales autónomas diferentes a los resguardos.

En este sentido, es posible establecer una relación de variables, en virtud de la cual los contextos en los que se adelanta una conducta que deba ser conocida jurisdiccionalmente debe considerar la calidad del sujeto que la comete, así como el tipo de entidad territorial de la cual se trate. Esto puede dar cuenta de cuatro panoramas contextuales, a saber: primero, un contexto en el cual la conducta sea adelantada por una persona no indígena en una entidad territorial no indígena; segundo, un contexto en el cual la conducta sea adelantada por una persona reconocida como indígena en una entidad territorial no indígena; tercero, un contexto en el cual la conducta sea adelantada por una persona no indígena en una entidad territorial indígena; y, cuarto, un contexto en el cual la conducta sea adelantada por una persona indígena en un resguardo indígena a manera de entidad territorial. Estas relaciones dan origen a cuatro tipos de contexto para determinar si aplicar la jurisdicción ordinaria o la indígena, lo cual puede verse gráficamente así:

[45] Se toma como fundamento de esta afirmación la siguiente investigación: FONSECA, Tania. La percepción de los pueblos indígenas amazónicos sobre los derechos humanos y la ley. *Vniversitas,* Bogotá D.C., v. 71, p. 1-15, 2022. https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj71.ppia

Tabla 1. contextos de coexistencia de jurisdicciones

	Sujeto no indígena	*Sujeto indígena*
Territorio no indígena	Contexto 1	Contexto 2
Territorio indígena	Contexto 3	Contexto 4

Fuente: elaboración propia.

En este panorama de contextos, el primero de todos es el que menos debate representa desde la dicotomía de los regímenes jurídicos ordinario e indígena, dado que se aplica de manera directa la jurisdicción ordinaria. Esto se justifica al considerar que el sujeto que no es indígena se rige por el principio de legalidad de los territorios diferentes a los indígenas, por lo cual está llamado a regirse por las normas generales. Se debe advertir que en estas variables solo se considera que el sujeto que haya cometido la conducta es no indígena, pues en el estado actual de las condiciones jurídicas no es relevante si el sujeto pasivo de la acción (incluyendo la víctima) es un indígena[46]. Por lo tanto, en el primer contexto aplicará la jurisdicción indígena sin debate alguno. Adviértase que el régimen jurídico ordinario e indígena se refieren a todo tipo de áreas del derecho, entre las cuales se encuentra el penal, el civil, el laboral, entre otras enmarcadas dentro del derecho constitucional.

No obstante, lo inequívoco de este primer criterio se problematizará en el segundo contexto, dado que aquella persona indígena que adelante una conducta que deba ser conocida por alguna jurisdicción en un territorio no indígena tendrá varios criterios de interpretación. En primer lugar, se debe aplicar la jurisdicción ordinaria, pues prima el factor territorial en el cual se adelantó la conducta. Así, por ejemplo, si un indígena comete un delito en un territorio no indígena, podrá ser conducido por las autoridades de ese territorio ante la jurisdicción ordinaria[47]. Pero allí se

[46] Sobre la calidad de indígena aplicable a estos casos se acoge el siguiente referente: ARIZA, Libardo. Legal Indigeneity: knowledge, legal discourse and the Construction of Indigenous Identity in Colombia. *Identities,* Londres, v. 27, n. 4, p. 403-422, 2018. https://doi.org/10.1080/1070289X.2018.1543484

[47] Al respecto se adopta el siguiente referente de investigación: ITURRALDE, Manuel y ARIZA, Libardo. Whipping and Jailing: The Kapuria Jail,

deberá verificar un segundo criterio, el cual consiste en si la conducta se encuentra reprochada en ambas jurisdicciones, es decir, tanto en la ordinaria como en la indígena. Si esto es así, la persona indígena, o su comunidad, podrán pedir a la autoridad de la jurisdicción ordinaria que le corra traslado a la jurisdicción indígena que conoce del caso[48]. Pero si la conducta solo está prevista por las normas ordinarias, no habrá posibilidad de pedir traslado a la jurisdicción indígena, porque no habría ningún criterio para establecer un análisis de ese caso en particular.

Ahora bien, en este segundo contexto se debe considerar, adicionalmente, un asunto de cosmovisión de la persona indígena en el marco de los mínimos constitucionales. Esto significa que, si un sujeto indígena adelantó una conducta reprochada por la jurisdicción ordinaria, pero esa conducta responder a la manera en que desde su diversidad étnica entiende la realidad, no podrá ser sancionada para garantizar la pluralidad constitucionalmente consagrada. Así, por ejemplo, puede que una persona indígena haya cometido un delito que solo está contemplado por la jurisdicción ordinaria fuera de su territorio, pero para efectos de su cosmovisión esa práctica corresponde a sus usos y costumbres ancestrales, pues no deberá ser sancionada[49]. El único condicionante es que esa práctica respete los mínimos constitucionales establecidos en la norma superior de 1991, dado que no se podrá avalar la afectación de derechos humanos o similares, independientemente que se trate de un asunto debatido durante tiempo atrás. En consecuencia, en el segundo contexto se aplicará de manera preferente la jurisdicción ordinaria, excepcionalmente la jurisdicción indígena y hay causales de exclusión

---

Indigenous Self-Government and the Hybridization of Punishment in Colombia. *Incarceration,* Londres, v. 2, n. 1, p. 1-15, 2021. https://doi.org/10.1177/2632666321994469

[48] El siguiente es el referente investigativo del tema objeto de análisis: BOCAREJO, Diana. Dos paradojas del multiculturalismo colombiano: la especialización de la diferencia indígena y su aislamiento político. *Revista Colombiana de Antropología,* Bogotá D.C., v. 47, n. 2, p. 97-112, 2011. https://doi.org/10.22380/2539472X.959

[49] Se puede considerar a manera de ejemplo la siguiente investigación: RODRÍGUEZ, César. Ethnicity.gov: Global Governance, Indigenous Peoples, and the Right to Prior Consultation in Social Minefields. *Indiana Journal of Global Legal Studies,* Indiana, v. 18, n. 1, p. 263-305, 2011.

de responsabilidad a favor de los indígenas si su cosmovisión ancestral valida su conducta en el marco de los mínimos constitucionales.

De una forma muy similar al segundo contexto opera el tercer contexto, dado que las personas que no sean reconocidas como indígenas y que adelanten una conducta reprochable en el territorio indígena, serán conducidos en un primer momento ante las autoridades indígenas. Allí, se deberá verificar si la conducta está reprochada por ambas jurisdicciones, caso en el cual será la persona involucrada la que solicite a la autoridad indígena que coordine con la autoridad ordinaria la posibilidad de trasladar su caso[50]. Así, no se trata de un asunto inmediato como en el segundo contexto, sino que se requiere una coordinación entre autoridades de ambas jurisdicciones para llegar a un acuerdo conjunto. Sin embargo, si la conducta solo es reprochable desde la jurisdicción indígena, ésta tendrá competencia exclusiva para gestionar el conflicto correspondiente. No obstante, la diferencia fundamental se da en cuanto al argumento de cosmovisión, dado que no es reconocido como tal para las personas no indígenas[51]. En realidad, la cosmovisión es un asunto relacionado con conocimientos ancestrales, por lo cual no es una causal de exclusión de responsabilidad para los sujetos no indígenas que actúen en territorios indígenas.

Este trato diferenciado en torno a las cosmovisiones que pueden tener los sujetos ha sido objeto de debate doctrinal, pero tiende a resolverse desde las acciones afirmativas para garantizar los derechos de grupos minoritarios históricamente asediados por decisiones estatales. Sin embargo, este argumento de respuesta aún puede seguir siendo afinado, para lo cual la coordinación entre las autoridades ordinarias y las indígenas resulta fundamental[52]. Sin embargo, donde no se presenta

---

[50] Al respecto se puede considerar esta investigación a manera de fundamento contextualizado: ROSAS, Emilie. Conflictos interétnicos en la subregión del Bajo Atrato (Chocó) y ruptura de procesos comunitarios. *Criterio Jurídico Garantista,* Bucaramanga, v. 9, p. 81-91, 2013.

[51] La cosmovisión puede ser entendida como una manera de comprender el contexto, tal como se indica en esta investigación: SIERDER, Rachel. The Challenge of Indigenous Legal System. Beyond Paradigms of Recognition. *The Brown Journal of World Affairs,* Brown, v. 18, n. 2, p. 103-114, 2012.

[52] La coordinación exigida para los territorios indígenas puede ser fundamentada en este tipo de investigaciones aplicadas: LLANO, Jairo. Derecho Internacional y Constitucional sobre consulta previa en proyectos viales en

mayor debate es en el cuarto contexto, dado que, si un sujeto indígena adelanta una actuación reprochable en el territorio indígena, el caso será gestionado desde la jurisdicción indígena. La única manera en que esto puede ser excepcionado se da en la medida en que el sujeto involucrado renuncie de manera definitiva a su condición de indígena, caso en el cual la jurisdicción indígena perderá toda su competencia y el sujeto deberá ser expulsado de manera definitiva del resguardo[53]. Es así como el criterio de jurisdicciones puede verse complementado gráficamente tal como se indica a continuación:

Tabla 2. criterios para dirimir conflictos de competencia en la coexistencia de jurisdicciones

	Sujeto no indígena	*Sujeto indígena*
Territorio no Indígena	Jurisdicción única: Ordinaria	Jurisdicción preferente: Ordinaria Jurisdicción subsidiaria: indígena
Territorio indígena	Jurisdicción preferente: Indígena Jurisdicción subsidiaria: ordinaria	Jurisdicción preferente: indígena Jurisdicción excepcional: ordinaria

Fuente: elaboración propia.

De esta manera es posible generar un criterio para superar los debates de competencia que se pueden generar en torno a cuál jurisdicción aplicar, cuando hay sujetos indígenas o no indígenas que adelantan actuaciones reprochables en territorios indígenas o no indígenas. Se debe reconocer que las normas del pluralismo jurídico que, desde una perspectiva antiformalista, pretenden garantizar los derechos de los grupos étnicos minoritarios son especialmente garantistas, pues no solo avalan la

Colombia. *Novum Jus,* Bogotá D.C., v. 15, n. especial, p. 353-382, 2021. https://doi.org/10.14718/NovumJus.2021.15.E.13

[53] Irazábal y Tovar (2014) p. 42.

diversidad normativa que puede existir, sino que también prerrogativas transversales para la inclusión de sus usos, costumbres y saberes ancestrales. La vinculación de criterios como el auto reconocimiento, el alcance dinámico de los resguardos indígenas y la valoración de su cosmovisión como criterio transversal de tratamiento afirmativo, lleva a materializar la reivindicación pretendida por la Constitución Política colombiana de 1991. Esta reivindicación otorga un pleno empoderamiento, que permite comprender desde diversos contextos la necesidad de coexistencia entre dos regímenes autónomos, no solo para crear sus normas, sino también para aplicarlas y juzgar conductas. Se consolida, entonces, un criterio hermenéutico para asegurar la dicotomía jurisdiccional, desde criterios dinámicos de inclusión antiformalistas propios de los nuevos alcances constitucionales colombianos.

Conclusiones

El ordenamiento jurídico colombiano ha estado conformado por sistemas jurídicos cuyas normas constitucionales superiores representan pugnas en sus diseños institucionales. Así, la Constitución Política colombiana de 1886 pretendió tener un alcance nacional, por primera vez, para unificar las condiciones de la sociedad en su conjunto. Sin embargo, esta unificación pretendió desconocer en gran medida las condiciones propias del contexto colombiano, desde una perspectiva negacionista de lo autóctono que pretendía imponer trasplantes iusteóricos provenientes de Europa. Se trató de una estrategia de aquellos criollos descendientes de españoles como consecuencia de un proceso de mestizaje, quienes tenían la aspiración de ser como el norte global del cual se consideraban parte. Sin embargo, estas estrategias eran lideradas por grupos políticos que se ubicaban en las élites del poder, generando significativas resistencias por parte del conglomerado social, representado por una amplia diversidad de grupos existentes en todo el territorio nacional. Así, se generaron fenómenos que aún están vigentes, como el de la consolidación de grupos al margen de la ley que en ocasiones implicaron graves afectaciones desde la violencia.

Como una forma de reivindicar este tipo de estrategias negacionistas con enfoque europeo, la Constitución Política colombiana de

1991 reemplazó el Estado de Derecho basado en el liberalismo clásico por un Estado de Derecho con enfoque social. En este sentido, se transformaba la iusteoría del formalismo imperante hasta ese momento, procurando por aplicar un antiformalismo que entendía que el derecho tiene una naturaleza abierta. Se trató de una innovación disruptiva para la realidad colombiana, dado que se dejaba atrás la aspiración de perfección mantenida hasta ese momento para las leyes creadas por el legislador tradicional y se avalaba la posibilidad de vincular múltiples fuentes para atender a las realidades cambiantes del contexto social. En este sentido, los operadores jurídicos no estaban llamados a repetir la ley desde prácticas miméticas, sino a construir ejercicios hermenéuticos auténticos que llevaran a consolidar posibilidades con impacto concreto en los casos que son gestionados desde la realidad. De esta forma, el contexto colombiano, desde su perspectiva jurídica, acogió la imperiosa necesidad de reivindicar la diversidad que había pretendido ser invisibilizada desde parámetros de normalidad excluyentes implementados hasta antes de la nueva norma superior.

Y fue en el marco de estas nuevas dinámicas constitucionales que el Estado colombiano reconoció expresamente el pluralismo jurídico, como la coexistencia de múltiples regímenes jurídicos en un mismo territorio nacional. Esto significa que las normas constitucionales son un marco de mínimos de obligatorio cumplimiento por parte de todos los sujetos, pero a nivel legal pueden darse diferentes jurisdicciones y con muy variadas fuentes del derecho. En consecuencia, en la actualidad coexisten, entre otros, el régimen jurídico ordinario y el régimen jurídico indígena. Ambos deben respetar los mínimos constitucionales, pero tienen autonomía para crear normas, gestionar su aplicación y juzgar aquellas conductas desde sus propias jurisdicciones. El asunto es que esta coexistencia genera debates en torno a la competencia para decidir uno u otro caso, dado que es novedoso considerar que pueden existir dos regímenes jurídicos para un mismo país. Por lo mismo, resulta imperioso acoger un criterio que permita comprender el alcance de competencia de cada uno de estos regímenes jurídico y, en particular, de sus jurisdicciones.

Para ello se deben tener en cuenta dos elementos de juicio fundamentales, el cual hace referencia a la calidad que tenga un sujeto como indígena y al territorio en el cual se adelante la conducta. Al respecto es importante considerar que la generalidad de la población no hace parte

de las comunidades indígenas, pues las comunidades indígenas están delimitadas a través de un registro declarativo con el que cuenta el Estado colombiano y sus integrantes se autoreconocen como indígenas con el aval de las autoridades de cada una de las comunidades respectivas. Y estas comunidades indígenas se asientan en territorios de manera permanente o transitoria, constituyendo resguardos en los cuales priman sus propias normas. En consecuencia, se tienen cuatro contextos de debate para la aplicación de las normas, según se trate de un sujeto indígena o no que adelante una actuación en un territorio indígena o no indígena. Para cada uno de estos contextos es posible formular criterios para aplicar las normas de una u otra jurisdicción, en el marco de las dinámicas antiformalistas del pluralismo jurídico.

El primer contexto corresponde a cuando un sujeto no indígena adelanta una conducta reprochable en un territorio no indígena, caso en el cual conocerá de manera exclusiva la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, el segundo contexto se da en aquel territorio no indígena en el cual una persona indígena comete una conducta reprochable, situación en la que conocerá de manera preferente la jurisdicción ordinaria. Pero si la conducta es reprochada por ambas jurisdicciones, se puede solicitar que conozca la jurisdicción indígena. En caso en que la conducta deba ser conocida exclusivamente por la jurisdicción ordinaria porque la indígena no reprocha la conducta cometida, podrá generarse una exclusión de responsabilidad si la actuación respondió a la cosmovisión de la persona involucrada. El tercer contexto es el caso inverso, en el cual una persona no indígena comete una conducta reprochable en el territorio indígena, pues tendrá preferencia la jurisdicción indígena y solo podrá conocer la ordinaria si hay coordinación entre las autoridades de ambos regímenes jurídicos. Por su parte, el último contexto implica la prevalencia de la jurisdicción indígena, si un indígena adelanta una conducta reprochable en un territorio indígena, lo cual se podrá excepcionar si la persona renuncia a su calidad de indígena y es expulsado de su resguardo.

Se presenta de esta manera un criterio hermenéutico para que sea posible la coexistencia de dos regímenes jurídicos que generan una dicotomía en el actual sistema jurídico colombiano, lo cual evidencia una marcada garantía de la diversidad y de la inclusión a la cual se comprometió la nueva norma constitucional a través de acciones

afirmativas. En este sentido, se responde la pregunta de investigación y se alcanzan los objetivos de este artículo, llevando a aceptar la hipótesis según la cual los lineamientos constitucionales requieren conjugar las normas jurídicas vigentes en la actualidad para vincular de manera dinámica condiciones de auto reconocimiento indígena con el territorio en el cual se adelantan las conductas que deben ser juzgadas, para asegurar un criterio jurídico objetivo que sirva de marco hermenéutico para determinar si es competente la jurisdicción ordinaria o la jurisdicción indígena en cada caso en particular. Esta validación se alcanzó a través de un enfoque hermenéutico crítico que con métodos cualitativos analizaron documentos concretos, llevando a que se consolide un criterio hermenéutico para la gestión de casos que planteen una pugna entre estas dos jurisdicciones y que cobre sentido de utilidad desde y para realidades específicas.

Referencias

ACOSTA, Alberto. Aporte al debate: el extractivismo como categoría de saqueo y devastación. *Forum for Inter-America Research,* Bielefeld, v. 9, n. 2, p. 25-33, 2016.

AMAYA, Ángela y RODRÍGUEZ, Santiago. Hacia un nuevo marco de protección de la biodiversidad en Colombia: consideraciones para una ley de biodiversidad ambiental. *Revista de Derecho Ambiental,* Santiago de Chile, v. 18, p. 307-343, 2022. http://dx.doi.org/10.5354/0719-4633.2022.68227.

ARBOLEDA, Paulo y JIMÉNEZ, Milton. Sustitución constitucional en Colombia: límites de reforma al poder constituyente derivado (función legislativa). *Cuestiones Constitucionales,* Ciudad de México D.F., n. 45, p. 437-449, 2021. https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2021.45.16670

ARIZA, Libardo. Legal Indigeneity: knowledge, legal discourse and the Construction of Indigenous Identity in Colombia. *Identities,* Londres, v. 27, n. 4, p. 403-422, 2018. https://doi.org/10.1080/1070289X.2018.1543484

ASENSI, Jhon. Crisis teórica, transiciones constitucionales. *Revista Derecho del Estado,* Bogotá D.C., n. 28, p. 9-35, 2012.

BAGNI, Silvia. Una exploración del pluralismo jurídico intercultural en la jurisprudencia de Bolivia, Colombia y Ecuador. *Revista Derecho del Estado,* Bogotá D.C., n. 58, p. 61-90, 2024. https://doi.org/10.18601/01229893.n58.03.

BAUTISTA, Juan. Formalismo, actiismo y discrecionalidad judicial. *Díkaion,* Chía, v. 29, n. 2, p. 336-351, 2020. https://doi.org/10.5294/dika.2020.29.2.1

BRACONNIER, Laetitia. Los derechos propios de los pueblos étnicos en el Acuerdo de Paz de agosto de 2016. *Derecho del Estado,* Bogotá D.C., n. 40, p. 113-126, 2018. https://doi.org/10.18601/01229893.n40.05.

BOCAREJO, Diana. Dos paradojas del multiculturalismo colombiano: la especialización de la diferencia indígena y su aislamiento político. *Revista Colombiana de Antropología,* Bogotá D.C., v. 47, n. 2, p. 97-112, 2011. https://doi.org/10.22380/2539472X.959

BUSSO, Hugo. Crítica al eurocentrismo como obstáculo epistemológico. *Perspectivas de la filosofía latinoamericana,* Lima, v. 5, n. 5, p. 59-80, 2019.

CABRERA, Lester. Geopolítica crítica: alcances, límites y aportes para los estudios internacionales en Sudamérica. *Foro Internacional,* Ciudad de México D.F., v. 60, n. 1, p. 61-95, 2020. https://doi.org/10.24201/fi.v60i1.2574

CALDERÓN, Jonathan. Etapas del conflicto armado en Colombia: hacia el posconflicto. *Latinoamérica Revista de Estudios Latinoamericanos,* Ciudad de México D.F., n. 62, p. 227-257, 2016.

CASTILLO, César. Reflexiones en torno a la cotidianidad e integralidad de los derechos humanos. *Novum Jus,* Bogotá D.C., v. 16, n. 1, p. 23-50, 2022. https://doi.org/10.14718/NovumJus.2022.16.1.2

CELY, Leonardo. El carácter especulativo de la iusteoría periférica. *Prolegómenos,* Bogotá D.C., v. 17, n. 34, p. 33-41, 2014. https://doi.org/10.18359/dere.793

CHACÍN, Ronald y FINOL, Lorayne. Neoconstitucionalismo y el constitucionalismo positivista: un debate no concluido en el Derecho. *Revista de Investigações Constitucionais,* Curitiba, v. 9, n. 2, p. 389-421, 2022. https://doi.org/10.5380/rinc.v9i2.83614

CHINCHILLA, Carlos. Propiedad privada y derechos adquiridos. *Revista Derecho del Estado,* Bogotá D.C., n. 41, p. 147-171, 2018. https://doi.org/10.18601/01229893.n41.06.

COLL, Alex. El derecho de interés público y la intersubjetividad de las relaciones socio-jurídicas: profanando el determinismo normativo-formalista. *Ius et Praxis,* Talca, v. 27, n. 2, p. 41-54, 2021. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122021000200041.

D'ANGELO, Alexandra. Restituir las tierras en el marco del posconflicto colombiano: una mirada al caso indígena Wiwa de la Sierra Nevada de Santa Marta. *Periferia,* Barcelona, v. 22, n. 2, p. 112-135, 2017. https://doi.org/10.5565/rev/periferia.618

DOMÍNGUEZ, Rafael. El extractivismo y sus pliegues conceptuales. *Revista Territorios y Regionalismos,* Concepción, n. 4, p. 1-26, 2021. https://revistas.udec.cl/index.php/rtr/article/view/3320

DURANGO, Gerardo. Derechos fundamentales de los pueblos indígenas: el caso del pueblo Embera Katío y la represa de Urrá. *Opinión Jurídica,* Medellín, v. 7, n. 14, p. 33-52, 2018.

FEO, Jordi. Jurisdicción especial indígena, derecho colombiano y normativa internacional. *Estudios socio-jurídicos,* Bogotá D.C., v. 21, n. 2, p. 387-416, 2019. https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.7543

GALBÁN, Liuba. Valores constitucionales: su relación y distinción con los derechos y principios para la resolución de casos en materia civil. *Revista de Derecho Privado,* Bogotá D.C., n. 46, p. 43-75, 2024. https://doi.org/10.18601/01234366.46.03.

GALIANO, Germán y GONZÁLEZ, Daniel. La integración del derecho ante las lagunas de la ley. *Díkaion,* Chía, v. 21, n. 2, p. 431-459, 2012. http://dx.doi.org/10.5294/dika.2012.21.2.5

GUAMÁN, Kleber. El positivismo y el positivismo jurídico. *Revista Universidad y Sociedad,* Cienfuegos, v. 12, n. 4, p. 265-269, 2020.

GUERRERO, Javier y SOLER, Sandra. Representación de los indígenas en las leyes generales de educación de Colombia. *Folios,* Bogotá D.C., n. 52, p. 71-86, 2020. https://doi.org/10.17227/folios.52-9559

ITURRALDE, Manuel y ARIZA, Libardo. Whipping and Jailing: The Kapuria Jail, Indigenous Self-Government and the Hybridization of Punishment in Colombia. *Incarceration,* Londres, v. 2, n. 1, p. 1-15, 2021. https://doi.org/10.1177/2632666321994469

LLANO, Jairo. Pluralismo, diversidad cultural, identidades, globalización y multiculturalismo. *Novum Jus,* Bogotá D.C., v. 10, n. 1, p. 49-92, 2016. https://doi.org/10.14718/NovumJus.2016.10.1.3

LLANO, Jairo. Relaciones interculturales entre comunidades indígenas, negras y campesinas del norte del Cauca. *Revista de Derecho,* Barranquilla, n. 53, p. 10-29, 2020. https://doi.org/10.14482/dere.53.343.001

LLANO, Jairo. Derecho Internacional y Constitucional sobre consulta previa en proyectos viales en Colombia. *Novum Jus,* Bogotá D.C., v. 15, n. especial, p. 353-382, 2021. https://doi.org/10.14718/NovumJus.2021.15.E.13

LLANO, Jairo y VELASCO, Nicole. El derecho al territorio indígena: protección internacional y reivindicaciones locales. *Novum Jus,* Bogotá D.C., v. 17, n. 3, p. 402-429, 2023. https://doi.org/10.14718/NovumJus.2023.17.3.14

LOPES, Henrique y DO RIO, Josué. Perspectivas críticas al Estado de derecho liberal. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas,* Medellín, v. 45, n. 123, p. 365-399, 2015.

MANCERO, Anita y MÚNERA, Óscar. Los Estados fallidos: una visión desde la Geopolítica. *URVIO Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad,* Quito, n. 22, p. 41-57, 2018. http://dx.doi.org/10.17141/urvio.22.2018.3081

NAVAS, Fernanda. El sur global y la realidad social de América Latina: hacia la construcción de nuevos paradigmas. *Novum Jus,* Bogotá D.C., v. 14, n. 2, p. 11-21, 2020. https://doi.org/10.14718/NovumJus.2020.14.2.1

NAVIA, Ángela. Pueblos indígenas en Colombia: entre el petróleo y la superviviencia étnica. *Diálogo Andino,* Arica, n. 60, p. 127-139, 2019. https://dx.doi.org/10.4067/S0719-26812019000300127

NOGUERA, Albert y CRIADO, Marcos. La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina. *Estudios Socio-Jurídicos,* Bogotá D.C., v. 13, n. 1, p. 15-49, 2011. https://doi.org/10.12804/esj

OCAMPO, Myriam. Territorialidades en transición: pobladores desplazados por la violencia del conflicto armado colombiano y la resignificación de su territorio. *Psicología USP,* Sau Paulo, v. 28, n. 2, p. 165-178, 2017. https://doi.org/10.1590/0103-65642017A001

ORTÍZ, Jorge. La identidad cultural de los pueblos indígenas en el marco de la protección de los derechos humanos y los procesos de democratización en Colombia. *Revista Derecho del Estado,* Bogotá D.C., n. 30, p. 217-249, 2013.

OSORIO, Carlos y SATIZABAL, Melania. El movimiento indígena como víctima del conflicto armado en Colombia y su apuesta por una paz desde una visión territorial. *Hallazgos,* Bogotá D.C., v. 17, n. 33, p. 197-219, 2020. https://doi.org/10.15332/2422409x.4369

PERILLA, Juan. El monismo impuro desde el bloque de constitucionalidad colombiano. In: RABINOVICH, Ricardo (org.). *Barajar y dar de nuevo: trabajos*

sobre temas de derecho, de sociología y de historia jurídicas. Salvador: Ed. Dois de Julho, 2016. p. 395-411.

PERILLA, Juan. El Estado retado desde el constructivismo antiformalista: legitimidad y convicción. *Criterios,* Bogotá D.C., v. 14, n. 1, p. 21-36, 2021. https://doi.org/10.21500/20115733.5669.

PERILLA, Juan. Los centennials como un reto antiformalista para las Facultades de Derecho. *Revista de Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho,* Santiago de Chile, v. 8, n. 1, p. 11-28, 2021. https://doi.org/10.5354/0719-5885.2021.61529

PERILLA, Juan. El misreading como posibilidad creadora de iusteorías en un contexto globalizado desde la trasnacionalidad. *Estudios de Derecho,* Medellín, v. 81, n. 177, p. 58-71, 2024. https://doi.org/10.17533/udea.esde.v81n177a3

PERILLA, Leonor. La ciudadanía y los otros en la primera mitad del Siglo XIX en Colombia. *Trabajo Social,* Bogotá D.C., n. 19, p. 45-63, 2017. https://doi.org/10.15446/ts.v0n19.67448

RAMÍREZ, Álvaro y LAUREANO, Daniel. Garantía de los derechos constitucionales de los pueblos indígenas en el multinacionalismo y neoconstitucionalismo. *Novum Jus,* Bogotá D.C., v. 11, n. 2, p. 19-51, 2017. https://doi.org/10.14718/NovumJus.2017.11.2.2

RODRÍGUEZ, Andrés. El Estado como proyecto en la Constitución de 1991. *Análisis Político,* Bogotá D.C., v. 34, n. 101, p. 47-67, 2021. https://doi.org/10.15446/anpol.v34n101.96559

RODRÍGUEZ, César. Ethnicity.gov: Global Governance, Indigenous Peoples, and the Right to Prior Consultation in Social Minefields. *Indiana Journal of Global Legal Studies,* Indiana, v. 18, n. 1, p. 263-305, 2011.

ROJANO, Wade y PERILLA, Juan. Diversidad cultural y saberes ancestrales en Colombia: el caso de la Asociación de Mujeres Indígenas Zenú. *Culturas Revista de Gestión Cultural,* Valencia, v. 10, n. 2, p. 142-159, 2023. https://doi.org/10.4995/cs.2023.20798

ROSAS, Emilie. Conflictos interétnicos en la subregión del Bajo Atrato (Chocó) y ruptura de procesos comunitarios. *Criterio Jurídico Garantista,* Bucaramanga, v. 9, p. 81-91, 2013.

RÚA, Carlos. La legitimidad en el ejercicio del poder político en el Estado Social de Derecho: una revisión desde el caso colombiano. *Ius et Praxis,* Talca, v. 19, n. 2, p. 85-122, 2013. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122013000200004

SIERDER, Rachel. The Challenge of Indigenous Legal System. Beyond Paradigms of Recognition. *The Brown Journal of World Affairs,* Brown, v. 18, n. 2, p. 103-114, 2012.

SILVA, Luis y CONTRERAS, Fernando. La doctrina de la sustitución de la Constitución en Colombia. *Estudios Constitucionales,* Santiago de Chile, v. 18, n. 1, p. 395-434, 2020. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002020000100395

URREGO, Jaime. Las luchas indígenas por el derecho fundamental a la salud propio e intercultural en Colombia. *Saúde en Debate,* Sao Paulo, v. 44, n. 1, p. 79-90, 2020. https://doi.org/10.1590/0103-11042020S106

VALENCIA, José. Gustavo Rojas Pinilla: dictadura o presidencia en la hegemonia conservadora en contra de la lucha popular. *El Ágora U.S.B.,* Medellín, v. 14, n. 2, p. 537-550, 2014.

VARGAS, Bryan y ARIZA, Rosembert. Liberación de la madre tierra: entre la legitimidad y los usos sociales de la ilegalidad. *Estudios Socio-Jurídicos,* Bogotá D.C., v. 22, n. 1, p. 203-231, 2020. https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.7641

VIANA, Andrée y ARIZA, Libardo. Entre dos mundos: pueblos indígenas y espacios de castigo en Colombia. *Revista de Estudios Sociales,* Bogotá D.C., n. 87, p. 25-39, 2024. https://doi.org/10.7440/res87.2024.02

VICTORIANO, Felipe. Estado, golpes de Estado y militarización en América Latina: una reflexión histórico política. *Argumentos,* Ciudad de México D.F., v. 23, n. 64, p. 175-193, 2010.

WALDRON, Jeremy. Control de constitucionalidad y legitimidad política. *Díkaion,* Chía, v. 27, n. 1, p. 7-28, 2018. https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/9023

Authorship information

Juan Sebastian Alejandro Perilla Granados. Doctor en Derecho (PHD), Magíster en Educación y en Derecho. Abogado de la Universidad de los Andes. Investigador senior reconocido por el Ministerio de Innovación, Ciencia y Tecnología de Colombia. Profesor invitado en la Facultad de Derecho de la Universidad Tecnológica de Bolívar (Cartagena). js.perilla117@gmail.com

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

Acknowledgement: This research was conducted within the framework of the Global Justice Research Group at the Universidad Tecnológica de Bolívar.

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.

Data Availability Statement: In compliance with open science policies, all data generated or analyzed during this study are included in this published article.

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

- Submission: 12/01/2025
- Desk review and plagiarism check: 03/07/2025
- Review 1: 28/07/2025
- Review 2: 30/07/2025
- Preliminary editorial decision: 23/08/2025
- Correction round return: 07/09/2025
- Final editorial decision: 18/09/2025

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 1 (CRG)
- Reviewers: 2

How to cite (ABNT Brazil):

PERILLA GRANADOS, Juan Sebastian A. Criterios hermenéuticos para la coexistencia entre la jurisdicción penal ordinaria y la jurisdicción indígena en Colombia. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 11, n. 3, e1152, set./dez. 2025. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v11i3.1152

License Creative Commons Attribution 4.0 International.

Invisibilización y revictimización: Desafíos en torno a la detección y protección de víctimas de formas mixtas de explotación en el norte de Chile [1]

Invisibility and Revictimization: Challenges in the Detection and Protection of Victims of Mixed Forms of Exploitation in Northern Chile

Romina Ramos[2]
Universidad de Tarapacá, Iquique, Chile
rramosr@academicos.uta.cl
https://orcid.org/0000-0002-5016-4156

Roberto Dufraix[3]
Universidad de Tarapacá, Iquique, Chile
rdufraixt@academicos.uta.cl
http://orcid.org/0000-0001-8411-2568

Hans Guthrie[4]
Universidad de Tarapacá, Iquique, Chile
hguthries@academicos.uta.cl
https://orcid.org/0009-0002-6222-5363

[1] Este artículo se elaboró a partir de los resultados obtenidos en una investigación pericial realizada a solicitud de la Defensoría Penal Pública de la I región de Tarapacá. Asimismo, los resultados de esta investigación forman parte de los proyectos Fondecyt Regular N°1240286 y Fondecyt de Iniciación N°11220308 y han sido financiados por el Programa Iniciativa Científica Milenio NCS2024_058. Agradecemos a la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo del Estado de Chile (ANID).

[2] Doctora en Modelos de Investigación en Ciencias Sociales por la Universidad del País Vasco y académica del Departamento de Ciencias Sociales de la Universidad de Tarapacá.

[3] Doctor en Derecho por la Universidad del País Vasco y académico de la Escuela de Derecho Iquique de la Universidad de Tarapacá.

[4] Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia y académico de la Escuela de Derecho Iquique de la Universidad de Tarapacá.

Resumen: Este artículo analiza el caso de una mujer venezolana que, en un contexto de explotación sexual, fue coaccionada por sus tratantes para traficar armas entre dos regiones del norte de Chile. A través de una metodología cualitativa con enfoque interseccional, exploramos los factores que influyeron en su doble victimización -tanto por la explotación sexual, como por su instrumentalización para traficar armas- y examinamos la respuesta del sistema penal chileno frente al caso. A partir de lo anterior, concluimos que nos encontramos en presencia de una modalidad de la trata de personas en la que se superponen la explotación sexual y criminal (formas mixtas de explotación) y que, en el ámbito del sistema penal, existen importantes deficiencias en materia de detección oportuna de víctimas, lo que contribuye a su revictimización y dificulta su acceso a la justicia. Este estudio exploratorio enfatiza la necesidad de adoptar un enfoque interseccional y diferenciado en la persecución de delitos vinculados a la criminalidad organizada que se oriente a proteger a las víctimas de todas las manifestaciones de trata de personas.

Palabras claves: trata de personas; explotación criminal; género; migración; encarcelamiento.

Abstract: *This article analyzes the case of a Venezuelan woman who, in a context of sexual exploitation, was coerced by her traffickers into smuggling weapons between two regions in northern Chile. Using a qualitative methodology with an intersectional approach, we explore the factors that contributed to her dual victimization—both through sexual exploitation and her instrumentalization in arms trafficking—and examine the response of the Chilean criminal justice system to the case. Based on this analysis, we conclude that various forms of exploitation (mixed forms of exploitation) overlap in northern Chile and that the criminal justice system exhibits significant deficiencies in the timely identification of human trafficking victims. These shortcomings contribute to victims' revictimization and hinder their access to justice. This exploratory study highlights the need to adopt an intersectional and differentiated approach in the prosecution of crimes related to organized crime, ensuring the protection of victims of all forms of human trafficking.*

Keywords: *Human trafficking; criminal exploitation; gender; migration; incarceration.*

Introducción

El crimen organizado, como muchos otros conceptos genéricos, es conocido porque su definición sigue siendo esquiva (Zabyelina, 2023) y resulta insuficiente para garantizar un adecuado nivel de comprensión en los debates públicos y científicos (Lavorgna y Sergi, 2016). A partir de lo anterior, el debate conceptual ha sido tradicionalmente asociado a estructuras jerárquicas, redes ilícitas y actividades transnacionales dominadas por hombres. Sin embargo, los estudios feministas en seguridad han demostrado que esta perspectiva no solo invisibiliza el rol que ocupan las mujeres en tales organizaciones, sino que además tiende a reproducir las lógicas que atribuyen al hombre la capacidad de pensar y decidir y a la mujer el rol de ejecutar u obedecer (Ramos et al., 2016; UNODC, 2022). A partir de ahí, se ha argumentado que, para comprender mejor el funcionamiento de estas estructuras criminales complejas, resulta imprescindible explorar cómo reproducen desigualdades sociales preexistentes y cómo se utilizan la vulnerabilidad de las mujeres para expandir sus operaciones (CIDH, 2023). Este artículo aspira a contribuir en este sentido.

En el marco del delito de trata de personas[5], la explotación criminal constituye un fenómeno que, durante el último tiempo, ha ganado presencia en diversas regiones del mundo. Según el *Global Report on Trafficking in Persons* (2022, p. 38), mientras que en el 2016 las víctimas de explotación criminal detectadas representaban el 1% del total, en el 2020 dicho porcentaje alcanzó un 10%, quedando situado el fenómeno entre las cuatro manifestaciones de trata de personas más reportada a nivel global, con 36.488 víctimas detectadas en 86 países del mundo.

Por su parte, la explotación criminal es un fenómeno delictivo que consiste en compeler a otra persona para que cometa delitos, sea mediante coacción, engaño o abuso de una situación de vulnerabilidad (Villacampa y Torres, 2016). En el delito de trata, dicho fenómeno puede manifestarse

[5] De acuerdo con el Índice Global de Crimen Organizado, 2023, el delito de trata de personas es el segundo de mayor impacto a nivel mundial con un puntaje de 5,82 con un aumento en +0,39 puntos en relación con la medición del 2021 (el primero corresponde al delito financiero con una puntuación de 5,98) (Jiménez, 2024)

durante la explotación, como cuando una víctima de trata sexual es obligada a clonar tarjetas de crédito (Global Report on Trafficking in Persons, 2024), o bien como una de las finalidades del delito de trata de personas, lo que ocurriría cuando, por ejemplo, una persona es engañada mediante una falsa oferta de empleo para que interne drogas en el país de destino.

La legislación chilena no prevé expresamente la explotación criminal como finalidad del delito de trata de personas[6], ni forma parte de las estadísticas oficiales disponibles al respecto[7]. No obstante, es posible encontrar una incipiente literatura que apunta a evidenciar su existencia en el norte de Chile (Dufraix et al., 2024), una zona fronteriza donde convergen flujos migratorios irregularizados y dinámicas propias de la criminalidad organizada transnacional (Liberona et al., 2021; Álvarez y Gómez, 2022; Ramos y Tapia, 2024). De esta manera, la pregunta que guía este estudio es: ¿Cuáles son los factores fenomenológicos, atravesados por categorías interseccionales como género, clase, nacionalidad y condición migratoria, en la configuración de una doble victimización por explotación sexual y criminal, y de qué manera las brechas estructurales y procesales del sistema penal obstaculizan su reconocimiento y detección oportuna como víctima?

A partir de lo anterior, este artículo busca contribuir al conocimiento del fenómeno de la explotación criminal en Chile, enfocándose en el análisis de un caso de una mujer de nacionalidad venezolana de 18 años que, mediante una falsa oferta de empleo, es obligada a ejercer la prostitución y, en ese contexto, a traficar armas y municiones entre dos regiones del norte de Chile. El objetivo del artículo es explorar, desde una perspectiva interseccional, los factores fenomenológicos que influyeron en

---

[6] El delito de trata de personas se encuentra contenido en el artículo 411 quáter del Código Penal chileno (disponible en https://bcn.cl/2f6m7). Esta norma castiga con reclusión mayor en cualquiera de sus grados a quien capte, traslade, acoja o reciba personas "para que sean objeto de alguna forma de explotación sexual, incluyendo la pornografía, trabajos o servicios forzados, servidumbre o esclavitud o prácticas análogas a ésta, o extracción de órganos". Sin perjuicio de ello, últimamente se ha argumentado que la explotación criminal bien puede ser comprendida en el ámbito de la fórmula "trabajos o servicios forzados" (Navarro y Dufraix, 2025).

[7] Para más información, ver: http://tratadepersonas.subinterior.gov.cl/datos-estadisticos/

su doble victimización (por explotación sexual y criminal), y las brechas existentes en el ámbito del sistema penal que dificultaron su detección oportuna como víctima de explotación. Para tales efectos, el artículo se estructura en tres partes. En la primera, ofrecemos una contextualización sobre la base de las relaciones entre género, migración y explotación criminal. En la segunda parte, se analiza el caso de estudio aplicando el enfoque de la interseccionalidad, evidenciando cómo la persona afectada fue victimizada por la organización criminal y cómo respondió el sistema penal frente al caso. Finalmente, concluimos advirtiendo la existencia de formas mixtas de explotación en el norte de Chile y reflexionando en torno a los desafíos que ellas representan para el sistema penal.

I. Género y movilidad humana

Chile ha implementado una política migratoria sobre la base de lo que se conoce como una migración "segura, ordenada y regular" (Dufraix et al., 2020). Por un lado, ha generado una serie de medidas de control y restricción en el ingreso y permanencia de ciertos extranjeros considerados como sujetos de riesgo para la seguridad del Estado (Stang et al., 2020; Andrade y Cociña, 2024). Por otro, desde una perspectiva discursiva, la Administración chilena ha diseñado un estrategia comprometida con la protección de las víctimas de trata de personas y tráfico de migrantes, es decir, de los segmentos de la población migrante más vulnerables (Ramos et al., 2021). Esta relación es interesante porque, más allá de los resultados, permite justificar, legitimar y profundizar el control de la movilidad debido al 'noble' propósito que supone proteger a las víctimas de trata o tráfico. En la literatura, esta relación entre el discurso protector y la consecuente restricción de la movilidad, es conocida como una estrategia de control "con rostro humano" (Domenech, 2013).

Debido a ello, las medidas implementadas, lejos de contener los flujos migratorios 'no deseados', aumentan el peligro del proceso migratorio y la vulnerabilidad de los migrantes, pero en ningún caso los detiene (Ramos y Tapia, 2019; Alvites y De Marchi, 2022). En este marco, los estudios críticos de frontera, dan cuenta que las políticas de cierre y desplazamiento fronterizo hacia las comunidades de origen, generan un efecto contrario a lo que desean "combatir" (Domenech, 2017). En

definitiva, se trataría de una mirada selectiva de las migraciones que, justificada en la idea de protección, en la práctica ha conllevado a facilitar amplios espacios de discrecionalidad de los agentes de control migratorio, lo que se traduce en rechazos en la frontera o la aplicación selectiva de mecanismos de exclusión hacia las comunidades migrantes (Quinteros, 2016; Girao, 2024).

A modo de contexto, es relevante señalar que, desde 2019, el norte chileno ha sido escenario de un constante tránsito migratorio irregular, principalmente de origen venezolano, que se ha visto afectado por la aplicación de medidas de control de la movilidad[8] (Dufraix et al., 2020). Lo anterior, además, se vio influenciado por el cierre de fronteras terrestres provocado en el marco de la pandemia de COVID-19, circunstancia que tendió a incrementar con fuerza los ingresos por pasos no habilitados. En efecto, según la Policía de Investigaciones de Chile (2024), los ingresos por pasos no habilitados alcanzaron cifras históricas de más de 90.000 personas entre 2020 y 2022. En 2023 hubo 44.235 ingresos y hasta octubre de 2024 la cifra disminuyó a 24.494[9].

En este contexto de desplazamiento forzado (Brumat, 2021), la violencia que experimentan las mujeres en el tránsito migratorio constituye un factor predominante a la hora de analizar la movilidad internacional, donde el género y la división sexual del trabajo han producido nuevas desigualdades y diversos tipos de violencias (Leiva et al., 2016). De hecho, estudios feministas se han enfocado en problematizar cómo el ámbito laboral ha sido clave para entender la construcción genérica del mundo y el papel subordinado de la mujer en este (Díaz y Marroni, 2017), lo que, por cierto, también permite explicar el rol que adopta la mujer en el ámbito del crimen organizado (Ramos et al., 2016).

De esta manera, la literatura ha dado cuenta que las mujeres también se ven forzadas a migrar por razones de violencia de género

---

[8] Aunque es importante atender un punto central en la crisis humanitaria que se relaciona con las consecuencias de las normativas restrictivas de los diversos países del hemisferio sur (Brumat, 2021), que obligó a miles de migrantes en tránsito de origen venezolano a construir rutas migratorias irregulares en el contexto de América Latina y el Caribe (Gandini et al., 2024).

[9] Policía de Investigaciones de Chile. Respuesta acceso a la información pública. Ley de transparencia, noviembre, 2024 No AD010T0026566.

(Balla, 2024; Cueva y Vázquez, 2024). Vivencias que experimentan tanto en las comunidades de origen y en las rutas de tránsito migratorio, así como en las sociedades de destino. Debido a lo anterior, es importante atender las variables de género en el tránsito migratorio y considerarlas como uno de los factores determinantes de la vulnerabilidad de mujeres migrantes (López y Wessel, 2017:Liberona, 2021).

En este ámbito de estudio, por ejemplo, Liberona et al. (2024) han problematizado la noción de "densidad del tránsito", que se refiere a una experiencia subjetiva *densa* que consiste en una movilidad que es irregularizada y que recurre a diversas estrategias informales para concluir un proyecto migratorio. Esta noción logra captar, en términos teóricos, las trayectorias migratorias que evidencian tensiones entre los derechos humanos de los/as migrantes y las políticas gubernamentales de control (Agier, 2010). Es un tránsito que está constituido por dimensiones sociales, políticas y económicas, que se plasman en estrategias de movilidad clandestina y que requieren de una importante capacidad de agencia ante la pluralidad de actores que, muchas veces, explotan la vulnerabilidad de las mujeres migrantes (Muriel y Álvarez, 2019).

Esta comprensión, por lo tanto, nos permite indagar en las formas de violencia de género que la literatura ya ha documentado en los casos de experiencias de mujeres migrantes irregulares en contextos de desplazamiento forzado (Peraza, 2024). Entre estas formas de violencia se encuentran, por ejemplo, la posibilidad de sufrir abusos sexuales o de ser explotadas sexualmente para satisfacer los costos asociados a la facilitación de su ingreso al país (Hernández, 2024). De hecho, se ha documentado que la situación irregular de las personas migrantes constituye diversos riesgos que las convierten en caldo de cultivo para prácticas explotadoras típicas de la trata de personas (Dufraix et al., 2020), o bien, "en blanco de situaciones de vulnerabilidad y desprotección, afectando en mayor medida a mujeres, niños/as y pobres" (Derechos Humanos y Migración Internacional, 2015: 3).

II. Género y explotación sexual

La Ley N° 20.507, que tipificó el delito de trata de personas, se basa en los Protocolos complementarios de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, ratificada por

Chile, y establece penas de entre cinco años y un día y diez años de privación de libertad para los tratantes, además de multas. Asimismo, incorpora diversas formas de explotación, incluyendo el trabajo forzado, la servidumbre y la esclavitud, y adopta mecanismos de investigación propios de la lucha contra el narcotráfico, como la cooperación eficaz y la intervención de agentes encubiertos.

Aunque la adopción de estas medidas legislativas representó un avance, persisten diversas dificultades en su aplicación. Una de ellas dice relación con los estereotipos de género que giran en torno a las mujeres extranjeras que ejercen la prostitución. La influencia de estos estereotipos se manifiesta de diversas formas y puede impactar en diversas etapas del proceso penal. Puede incidir, por ejemplo, en la identificación (o no) de la condición de víctima de una persona, en la forma en la que el sistema de persecución penal gestiona los casos que influye, incluso, en las decisiones de absolución o condena de los tratantes (Dufraix y Ramos, 2022).

Lo anterior es relevante en el ámbito de la trata sobre todo cuando se considera que, en buena parte del mundo, la manifestación del delito más reportada es la trata sexual. En Chile, según los datos disponibles desde la entrada en vigor de la Ley N° 20.507 hasta 31 de diciembre de 2023[10], se han formalizado 73 investigaciones por trata de personas, con un total de 405 víctimas. De estas, el 69,9% correspondieron a trata con fines de explotación sexual y el 30,1% a explotación laboral. De los 51 procesos penales que han concluido, 29 resultaron en sentencias condenatorias: 17 por trata sexual y 12 por trata laboral. En total 243 víctimas eran mujeres, lo que representa el 60% del total de casos registrados. Estos datos confirman no solo su mayor exposición a la trata sexual, sino también la manera en que el género constituye un eje estructurante de la victimización (Tamarit, 2013). En consecuencia, los datos evidencian un sesgo de género tanto en las dinámicas de captación y explotación, como en la forma en que los casos son investigados y judicializados, configurando un campo fértil para que diversos estereotipos influyan en la calificación penal, en la credibilidad otorgada a los testimonios y en los desenlaces judiciales.

[10] Ministerio del Interior y Seguridad Pública (2024). Informe de la Mesa Intersectorial para la trata de personas en Chile. Disponible: http://tratadepersonas.subinterior.gov.cl/datos-estadisticos/

Pero lo relevante no está exclusivamente ahí, sino en la cifra que se oculta como consecuencia, precisamente, de la influencia de los estereotipos (Cook y Cusack, 2010; Poggi, 2019; Quinteros, Dufraix y Ramos, 2019;; Portas, 2021). En términos concretos, cuando la víctima es una mujer migrante en situación irregular que ejerce la prostitución, se tiende a asumir que su participación en el comercio sexual es voluntaria y, a partir de ahí, se descarta rápidamente que pueda ser víctima de trata de personas. Esta percepción, influenciada por construcciones culturales sobre una "víctima ideal" (Christie, 1986; Dufraix y Ramos, 2022), invisibiliza la experiencia de muchas víctimas, dificulta su acceso a mecanismos de protección y justicia, y las estigmatiza como potenciales criminales (Zúñiga, 2018; Trillo y Carlin, 2019)[11].

De hecho, la literatura ya ha puesto de manifiesto que la aplicación de la ley, especialmente de la penal, suele realizarse sobre la base de diversos estereotipos (Abadía, 2012; Arensburg y Pujal, 2014), definidos como "un conjunto de creencias, expectativas y prejuicios sobre los roles y posiciones sociales, actitudes, tendencias, gustos de quienes pertenecen a un grupo por el solo hecho de pertenecer a tal grupo" (Poggi, 2019: 287). En esta línea, Cook y Cusack sostienen que las características y los roles asociados al género se construyen como una alteridad "sobre la base a oposiciones donde se sitúa a las mujeres en una situación desfavorable" (2010: 23). En suma, el sistema de justicia penal tiende a generar "daños colaterales" (Dottridge, 2017), ignorando un número significativo de casos de trata de personas y favoreciendo, indirectamente, la impunidad de redes criminales transnacionales altamente rentables (Quinteros et al., 2019).

---

[11] Si bien es cierto que las mujeres se hallan más expuestas a ser víctimas del crimen organizado, no es menos verdad que en ocasiones su propia agencia es la que le lleva a involucrarse en actividades delictivas, ya sea ejerciendo funciones logísticas u ocupando posiciones de liderazgo, aunque casi siempre mediadas por condiciones estructurales de vulnerabilidad y desigualdad (Observatorio Colombiano de Crimen Organizado, 2020; Sampó, 2017 b). En el caso de las maras en Centroamérica, por ejemplo, las mujeres han sido a la vez víctimas de violencia y agentes que reproducen dinámicas de coerción (Sampó, 2017 b). Esta pluralidad de roles obliga a matizar la mirada y considerar que la relación entre género y crimen organizado se manifiesta en un amplio espectro que incluye explotación y agencia condicionada.

III. Género, explotación criminal y cárcel

En general, uno de los principales problemas que trae consigo el no reconocimiento de una víctima de explotación criminal dice relación con su encarcelamiento, sobre todo cuando se trata de mujeres. Un estudio realizado por la Organización de Estado Americanos (OEA) y la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM) en 2014, describió cómo el uso de la cárcel, en el ámbito del tráfico de drogas, ha afectado desproporcionadamente a las mujeres, quienes suelen ser "detenidas por realizar tareas de bajo nivel, pero de alto riesgo (distribución de drogas a pequeña escala o por transportar drogas), como una manera de enfrentar la pobreza o, a veces, por la coacción de una pareja o familiar" (2014:4). A lo anterior, cabe sumar que, en el caso de mujeres extranjeras privadas de libertad, las brechas de género -y la violencia institucional- tienden a incrementarse (Alonso, 2021) particularmente por tres motivos: por la ausencia de redes de apoyo, por la falta de arraigo (González, 2021) y por los roles de cuidado.

Desde esta perspectiva, entonces, adquiere especial relevancia la aplicación de un enfoque de género en la judicatura. En efecto, la literatura ha sostenido que la interpretación judicial de las diversas clases de violencia que sufren las mujeres se encuentra atravesada por la negación de sus derechos (Di Corleto, 2017), lo que, además, termina por producir otra clase de violencia encadenada: la violencia institucional (Daich y Varela, 2014). Según Yanira Zúñiga, cuando los tribunales transforman las violencias reiteradas y diversas que sufren las mujeres en fenómenos puntuales, descontextualizados, banalizados y resituados en el universo de las relaciones privadas, no sólo desposeen simbólicamente a las mujeres de sus cuerpos, "también perpetúan prácticas estatales discriminatorias e instauran barreras de acceso a la justicia no previstas en los enunciados legales" (2018: 238). A partir de lo anterior, se ha constatado que los obstáculos que enfrentan las mujeres para acceder a la justicia pueden ser particularmente críticos, precisamente porque constituyen formas de discriminación combinadas (Tamarit, 2013).

La vulnerabilidad de las mujeres migrantes es un factor clave que el crimen organizado aprovecha para fortalecer sus redes y operaciones (Martínez et al., 2024; Sampó y Troncoso, 2024). Según Shelley (2012), la explotación de personas vulnerables no solo facilita actividades

criminales como el tráfico de drogas, armas y personas, sino que también asegura la invisibilidad y la sostenibilidad de estas operaciones. En este sentido, Hagan y McCarthy (1997) destacan que la vulnerabilidad económica y la marginalidad constituyen importantes oportunidades para el crimen organizado, pues facilitan el control de los sujetos objetos de explotación.

Además, las zonas fronterizas representan áreas especialmente críticas para diversas manifestaciones de violencia. Sampó (2017a) señala que las dinámicas de frontera, caracterizadas por la movilidad y el menor control, crean ambientes propicios para que el crimen organizado opere con mayor libertad y menos restricciones. En estas áreas, las víctimas pueden ser sometidas a la voluntad del crimen organizado, lo que disminuye aún más su capacidad para buscar ayuda y denunciar a sus victimarios.

La explotación criminal de mujeres puede darse (y se da) de múltiples formas. En el norte de Chile, por ejemplo, se han detectado casos de mujeres captadas por organizaciones criminales para internar drogas al país (Dufraix et al, 2024; 2025). Estos hallazgos se hallan en línea con lo evidenciado en el ámbito internacional. En España, por ejemplo, Villacampa y Torres (2012) realizaron 45 entrevistas en profundidad a mujeres extranjeras en prisiones de Cataluña, condenadas o en prisión preventiva por delitos compatibles con la explotación en un proceso de trata. Como resultado, las autoras identificaron que algunas mujeres en prisión habrían cometido delitos mientras eran explotadas en un proceso de trata, lo que evidencia una doble victimización: primero por la trata y luego por la falta de identificación como víctimas.

Estos antecedentes permiten sostener que las mujeres, del mismo modo que en el ámbito de la explotación sexual, se hallan más expuestas a ser víctimas de explotación criminal. Como ya hemos dicho, el problema radica en la multiplicidad de victimizaciones que sufren las personas afectadas, tanto por la organización criminal que las sometió, cuanto por el Estado que no las identificó como tales y encarceló.

IV. Metodología

Esta investigación ha sido diseñada con un enfoque exploratorio y descriptivo (Valles, 1999), especialmente, considerando las situaciones

y circunstancias que podrían ser relevantes para la comprensión del fenómeno de la explotación criminal en el contexto chileno.

Para el diseño de la investigación, no solo se han considerado aspectos formales provenientes de las teorías y las reglas de la metodología de investigación (Hernández Sampieri et al., 2018), sino también las características y limitaciones que presenta el caso de estudio en particular. Por una parte, es imposible obviar que existen dificultades fácticas para realizar cualquier tipo de observación directa y participante sobre un hecho ocurrido en el pasado, como el que está siendo materia de investigación. Por otra, resulta necesario considerar las múltiples barreras que existen al momento de entrevistar a una mujer privada de libertad.

En consecuencia, el presente trabajo buscó incorporar al menos dos de los tres elementos básicos que identifica Valles (1999) en la investigación social (observación, documentación y conversación). Así, frente a la imposibilidad de aplicar la observación respecto del hecho, este trabajo ha considerado el análisis de documentos y conversaciones que nos permitieron alcanzar la conclusión que adelantamos en la introducción de este trabajo. Los principios que guían este trabajo se fundamentan en la profundidad del análisis, cuyo objetivo es, lejos de generalizar a partir de los casos concretos, procurar la comprensión de los fenómenos sociales (Taylor y Bogdan, 1987).

Este enfoque es utilizado para el análisis fenomenológico de situaciones complejas y multidimensionales, como es el caso objeto de estudio. El diseño metodológico de este estudio permite explorar un fenómeno altamente complejo y subrepresentado en la literatura académica: el cruce de género, migración y explotación en el contexto de la criminalidad organizada (Izcara, 2022). A través de un enfoque cualitativo, se busca no solo describir un caso específico, sino también contribuir a una comprensión más profunda de las dinámicas de exclusión y control. Asimismo, el enfoque interseccional permite revisar cómo las dinámicas de género y migración posicionan a la mujer imputada en una situación de vulnerabilidad extrema, que se convierte en el marco desde el cual ella interactúa con la criminalidad organizada.

La naturaleza del fenómeno estudiado exige un enfoque *cualitativo experimental*. Según Yin (1994), el estudio de caso es una estrategia de investigación adecuada cuando se exploran fenómenos contemporáneos

en profundidad y dentro de su contexto real, especialmente, en situaciones donde las fronteras entre el fenómeno y el contexto no están claramente definidas. El término "experimental", a efectos de este estudio, no se define desde un enfoque cuantitativo clásico, sino desde la exploración sobre cómo la combinación de categorías analíticas no estudiadas previamente en conjunto para el caso chileno (género, migración y explotación criminal) pueden revelar patrones fenomenológicos. Así, el estudio de caso permite la producción de conocimiento contextualizado, cuya finalidad es relevante en áreas donde las generalizaciones tradicionales resultan insuficientes (Flyvbjerg, 2004).

Lo "experimental" en este estudio responde a la intención de tensionar categorías analíticas tradicionales mediante una exploración profunda de sus interrelaciones en un contexto empírico. No se trata de un experimento controlado, sino de un diseño. Según Stake (1995), en casos intrínsecos y experimentales, el caso no solo ilustra una problemática, sino que permite generar nuevas hipótesis y preguntas. Flyvbjerg (2004) argumenta que los casos atípicos o extremos (como el de una mujer migrante involucrada en actividades ilícitas) tienen un valor pedagógico y heurístico particular, desafiando categorías preexistentes y contribuyendo al desarrollo teórico. Este caso experimental, por tanto, se aborda como un caso "crítico" (*critical case*) en términos de Yin (2018), seleccionado por su potencial significativo para ampliar marcos conceptuales en torno a la criminalidad y la victimización de mujeres migrantes. De esta manera, el objetivo no es reconstruir la totalidad de la experiencia individual tras el caso, sino extraer de él los elementos y categorías analíticas que explican las dinámicas que giran en torno a la doble victimización que experimentan las mujeres migrantes cuando no son reconocidas como tal por el sistema de justicia penal.

Las técnicas utilizadas fueron la revisión documental exhaustiva de documentos judiciales relativos al caso de objeto de estudio y la entrevista semiestructurada a la imputada[12]. El análisis de la información recolectada

[12] El acceso a los relatos constituyó parte integral de una pericia realizada en el marco de un encargo institucional efectuado por la Defensoría Penal Pública de la Región de Tarapacá. Dicho proceso pericial, desarrollado con fines de análisis técnico y especializado, permitió la recopilación y sistematización de testimonios relevantes para la comprensión del caso, en conformidad con los

se realizó desde un enfoque interseccional que permitió examinar cómo múltiples dimensiones de identidad y opresión (género, etnia, clase social, estatus migratorio) interactúan y configuran las experiencias de las mujeres en contextos de explotación. Este enfoque es esencial para entender las complejidades del caso, ya que reconoce que la victimización no puede ser explicada de manera aislada, sino como resultado de la intersección de diversas formas de discriminación y desigualdad.

Por otra parte, el análisis de los discursos se realizó mediante un proceso de codificación y categorización. Inicialmente, se identificaron temas y patrones recurrentes en la información que fueron codificados y organizados en categorías temáticas. Posteriormente, se realizó un análisis más profundo de estas categorías, buscando relaciones y conexiones entre ellas. Este proceso permitió desarrollar una comprensión de los factores fenomenológicos que influyeron en el involucramiento de la acusada en actividades delictivas. Las preguntas realizadas buscaban incursionar en los factores que influyeron en su victimización. En particular, indagamos en dos categorías analíticas: (i) su contexto previo a la detención y (ii) las circunstancias que motivaron su involucramiento en el delito. Finalmente, este estudio se llevó a cabo respetando principios éticos fundamentales[13]: Se protegieron los datos personales en el análisis de sentencias y bases de datos oficiales; y se adoptó una perspectiva crítica y situada, evitando sesgos que pudieran reforzar discursos estigmatizantes sobre las poblaciones migrantes.

V. El caso

Según consta en los antecedentes del caso[14], la imputada era una joven venezolana de 18 años al momento de su detención (abril de 2023), con situación migratoria irregular, e imputada por el delito de porte ilegal de armas de fuego y municiones. Una vez detenida por este

estándares metodológicos y procedimentales propios de este tipo de intervenciones judiciales.

[13] Comité Ético Científico de la Universidad de Tarapacá. Constancia de aprobación N°24/2024.

[14] Información obtenida a través del Poder Judicial de Chile https://juris.pjud.cl/busqueda?Sentencias_Penales

delito fue puesta en prisión preventiva. En este contexto, en diversas oportunidades manifestó, por sí misma o por medio de su defensora, que había sido obligada a cometer dicho delito por una organización criminal que la forzaba, bajo amenaza, a ejercer la prostitución. Luego de un año y dos meses (aproximadamente) de prisión preventiva, la acusada fue puesta en libertad sobre la base de un acuerdo sostenido entre ella y la fiscalía. Este acuerdo consistió en que la primera debía informar cualquier cambio de su domicilio al ente persecutor y a autorizar la destrucción de las armas y municiones encontradas en su poder (suspensión condicional del procedimiento del artículo 238 del Código Procesal Penal chileno).

A partir de lo anterior, para conocer los factores fenomenológicos que influyeron en su doble victimización, se consideró necesario indagar interseccionalmente su dimensión familiar, migratoria y de género, todo ello con el fin de comprender en profundidad su contexto de origen, su proyecto migratorio y su privación de libertad. De esta manera, adherimos a las recomendaciones de la Comisión Interamericana de las Mujeres (2022) sobre priorizar el enfoque interseccional en la recopilación y análisis de la información, a fin de visibilizar realidades y necesidades de los colectivos de mujeres que se encuentran particularmente impactadas por la privación de libertad. Bajo este enfoque, a continuación, se exponen los principales hallazgos obtenidos.

a) *Comunidad de origen y proyecto migratorio*

En la entrevista personal, la mujer imputada relata que fue en Venezuela donde creció junto a su madre y sus hermanos. Con su padre, quien fallece cuando ella era menor de edad, no mantuvo vínculo. En ese momento, fue trasladada hacia otro país junto con su madre y hermanos y, en ese contexto, la madre fue diagnosticada con una enfermedad terminal. Para cubrir sus gastos médicos, siendo menor de edad, comenzó a trabajar como vendedora ambulante. Por el mismo motivo, decidió viajar a Perú y es allí donde un familiar le comunica que tendría mejores opciones laborales en Chile.

Respecto al ámbito educacional, indica que, pese a que su desempeño escolar era bueno, no terminó sus estudios debido a las dificultades que tenía para conciliarlos con el trabajo. Respecto a su vinculación con redes sociales, la entrevistada indica que no ha sostenido

amistades en el tiempo producto de sus constantes cambios de domicilio. Afirma que su red familiar es la que ha estado más presente desde su infancia. En cuanto a sus relaciones sentimentales, la acusada señala que su orientación sexual es hacia personas de su mismo sexo. No obstante, relata que se inició sexualmente con varones, específicamente cuando llegó a Chile, país donde fue obligada a que ejercer el comercio sexual.

Al indagar en su proyecto migratorio, la entrevista se dirige a conocer su experiencia del tránsito, lo que permite identificar diversas expresiones de violencia. Como se mencionó, la entrevistada señala que, debido a la enfermedad de su madre y la oferta laboral de un familiar, decide trasladarse hacia Perú. Este viaje lo realiza en bus sola siendo menor de edad, por lo que debe solicitar apoyo de adultos desconocidos para declarar a las autoridades fronterizas que viajaba con un adulto responsable. En principio, el familiar le colabora con alojamiento, pero después declara que arrienda una habitación sola donde permanece durante un año. En este tiempo, se dedica a la venta ambulante de café y alimentos. Es en este tercer país, y a través de su familiar, que la imputada recibió una oferta laboral para, nuevamente, trasladarse de país e ir a trabajar en una agencia de modelos en Chile.

A partir del análisis de los relatos obtenidos, respecto a la trayectoria previa a la imputación del delito, se observa cómo los diversos tipos de violencia que ha experimentado en su comunidad de origen y en el tránsito migratorio fueron configurando una situación de vulnerabilidad dada por su condición de pobreza; por su falta de acceso a salud y educación; y por la pérdida de redes de apoyo, lo que se profundizó durante su privación de libertad.

El proyecto migratorio de la imputada, según su relato, estuvo marcado principalmente por necesidades económicas. Así, es importante reiterar que es un familiar quien le facilita un contacto para trasladarse a Chile, país donde se encontraría la referida agencia de modelos. Además, indica que le entregaron un documento de identidad falso en el que aparece como mayor de edad. La entrevistada, además, sostiene que la persona era de confianza, puesto que era un familiar directo. Finalmente, ingresa a Chile eludiendo el control migratorio.

Cabe destacar que durante todo el trayecto la entrevistada pensaba que iría a trabajar como modelo a una agencia ubicada en una ciudad

del norte de Chile. Es decir, se reconoce que en el caso de la acusada existen diversas categorías simultáneas de vulnerabilidad (género, clase social, etc.,) que reflejan "las múltiples posiciones que construyen la vida cotidiana de las mujeres y sus relaciones de poder" (Almeda, 2017:157).

De acuerdo con lo anterior, se identifica que la trata con fines de explotación sexual de la que fue víctima se realizó mediante un engaño en el que participó directamente un familiar de su confianza. Esta circunstancia se halla en línea con lo evidenciado por la literatura. En efecto, uno de los métodos más recurrentes que usan los tratantes para someter a sus víctimas es la oferta de empleo fraudulenta, sustentada mediante promesas de trabajo en sectores como la hostelería o el modelaje. Esta táctica es particularmente efectiva en contextos de crisis económica y desigualdad de género (Villacampa, 2017).

b) *El contexto de la explotación sexual*

Según los relatos de la entrevistada, el viaje a Chile se desarrolló con normalidad. Comenta, de acuerdo con las preguntas, que desde que salió del país donde se encontraba dejó de tener contacto con el familiar que le ofreció trabajar en la agencia de modelaje, pero que esta situación no le pareció sospechosa. Cuando llegó a Chile, la entrevistada señala lo siguiente:

> *"Entré a una casa larga con varias habitaciones y ahí una señora me dijo que tenía que comprar ropa y me llevaron a una peluquería. En la casa aún no me daba cuenta de lo que estaba pasando así que fuimos a una peluquería y a comprar ropa y en la peluquería me encontré con una amiga y ella llorando me preguntó qué hacía ahí. Mi amiga es venezolana y nos conocemos de la infancia. Yo le dije que venía a modelar en una agencia y mi amiga me dijo que no. Recién ahí me di cuenta en qué me había metido"*
>
> (Entrevista personal, 22 de abril de 2024, cárcel del norte de Chile)

Al volver a la casa, le informan que, producto del viaje realizado, adquirió una deuda por un monto de 2 millones 500 mil pesos chilenos, suma que debía pagar ejerciendo la prostitución. En ese contexto, la entrevistada indicó que no sabía que se tendría que dedicar a la prostitución

ni que tendría que pagar los gastos asociados a su viaje. Por estos motivos, se niega a pagar la deuda. Sin embargo, le indican que, de no pagarla, su vida correría peligro. Según relata la entrevistada, esta amenaza se realiza con objetos que identifica como pistolas y "bombas" [granadas]. Lo anterior se aprecia en el siguiente relato:

> *Me llevan a esa casa e inmediatamente debo comenzar a trabajar haciendo eso [prostitución]. El horario era desde las 2 pm hasta las 6 am. Intenté escapar dos veces, pero me alcanzaron y me golpearon y me llevaron otra vez a la casa. No quería seguir haciendo eso, me dolían los ovarios, me quise escapar una segunda vez y me volvieron a golpear. Además me amenazaron que, si lo intentaba, le harían daño a mi amiga. También fui golpeada por algunos clientes.*
>
> (Entrevista personal, 22 de abril de 2024, cárcel de Chile)

De esta manera, el relato de la entrevistada ilustra cómo, en un contexto de migración forzada por razones económicas y familiares, quedó expuesta a una organización criminal dedicada a la trata de personas. Su historia refleja la forma en la que las mujeres jóvenes en situación de precariedad son particularmente vulnerables a redes de trata que operan bajo el engaño y la coerción (Izcara, 2022). La construcción de la deuda, y el uso de la violencia física y psicológica, evidencian un mecanismo de control que transforma a las víctimas en sujetos subordinados dentro de una estructura criminal que explota su cuerpo y su capacidad de desplazamiento.

En este contexto, y dado que la entrevistada se negaba a ejercer el comercio sexual, le obligan a trasladarse hacia otra ciudad de Chile con la finalidad de llevar consigo armas y municiones. Señala que este cometido le fue impuesto bajo amenaza, que en ningún momento ella pudo elegir o decidir si viajaba o no, pero que le prometieron que si cumplía la tarea la deuda se daría por pagada. Durante el viaje, señala que recibe amenazas como la siguiente:

> *"Si se escapan, las matamos a ustedes y a sus familias".*
>
> (Entrevista personal, 22 de abril de 2024, cárcel de Chile)

En suma, según el análisis de los relatos y la revisión documental, es posible afirmar que la explotación sexual inicial de la acusada no solo constituyó una forma extrema de violencia de género, sino que también sirvió para seguir instrumentalizando a la víctima, coaccionándola para el tráfico de armas. Esta superposición de explotaciones pone en evidencia cómo estas redes criminales se dedican simultáneamente a la realización de diversos delitos y reflejan lo conveniente que resulta someter a una mujer especialmente vulnerable. Así, la experiencia relatada por la entrevistada muestra cómo las redes de trata combinan engaño, endeudamiento y violencias como mecanismos de sometimiento que reproduce lo señalado por Villacampa (2016), sobre la deuda como estrategia para transformar la explotación en una obligación contractual fraudulenta. En este sentido, la narrativa evidencia la articulación entre género, migración y complejidad criminal; el hecho de ser mujer, joven y precarizada, tiende a invisibilizar su calidad de víctima para el sistema penal, ya que su condición migratoria irregular y su vinculación forzada a actividades ilícitas operan en su contra al momento de reclamar protección.

c) *La respuesta del sistema penal frente al caso*

En línea con lo anterior, pero ahora con el objetivo de analizar la respuesta del sistema penal frente al caso, los hallazgos son los siguientes:

Según consta en la página web del Poder Judicial de Chile, la imputada declaró en reiteradas ocasiones que había sido obligada a traficar armas por una organización criminal que, al tiempo del hecho, la explotaba sexualmente. Sobre esta base, su defensa presentó múltiples solicitudes de revisión de la prisión preventiva, pero todas fueron rechazadas. Asimismo, la defensa presentó múltiples recursos de cautelas de garantías[15], pero con

[15] La cautela de garantías es un mecanismo cautelar que se puede accionar en cualquier etapa del procedimiento ante el juez de garantía competente, cuando se estimare que el imputado no está en condiciones de ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales consagradas en la Constitución Política, en las leyes o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. el tribunal adoptará, de oficio o a petición de parte, las medidas necesarias para permitir dicho ejercicio (Art. 10 Código Procesal Penal de Chile).

idéntico resultado. El 23 de octubre de 2023 el Ministerio Público decidió el cierre de la investigación y dedujo acusación en contra de la imputada. En su acción, el órgano persecutor solicitó la aplicación de la pena de 5 años de presidio menor en su grado máximo por el delito consumado de posesión o tenencia de arma de fuego prohibida y de 3 años de presidio menor en su grado medio por el delito de tenencia ilegal de municiones.

El 27 del mismo mes y año se requirió su traslado a otra región de Chile para su participación de una diligencia decidida por el Ministerio Público, consistente en un reconocimiento de domicilio respecto del principal investigado en un delito de trata de personas con fines de explotación sexual en la que ella (la imputada) tenía oficialmente la calidad de víctima.

La audiencia de preparación de juicio oral fue reprogramada en múltiples ocasiones, llevándose a cabo finalmente el 3 de junio de 2024. El 10 de junio de 2024, ante el juez de garantía que conocía del caso por tráfico de armas, se realizó una "audiencia intermedia", en la que el tribunal aprobó la suspensión condicional del procedimiento en contra de la imputada. A esta se le impusieron como condiciones fijar domicilio en Chile e informar al Ministerio Público de cualquier cambio, y de autorizar la destrucción de las armas y municiones decomisadas. Ese mismo día, la imputada recuperó su libertad.

Estos datos fueron recogidos, como hemos dicho arriba, de la página web del Poder Judicial. Aunque tuvimos acceso a la carpeta investigativa en nuestra calidad de peritos de la causa, por razones de reserva no estamos facultados para plasmar aquí lo que observamos. Y, precisamente por este motivo, el presente análisis se realiza única y exclusivamente sobre la base de la documentación de la causa disponible para el público en general.

A diferencia de los tribunales, el Ministerio Público no tiene obligación legal de fundamentar las decisiones que adopta, por lo que no es posible conocer, al menos en fuentes oficiales, esos motivos. Ello no impide, sin embargo, inferirlos inductivamente (en el sentido de Atienza (2013:177-178)). En el caso en estudio, la mujer fue imputada y acusada como autora de dos delitos previstos en la ley de armas. No obstante, incluso después de acusarla formalmente, el Ministerio Público decidió proponer la suspensión condicional del procedimiento, lo que puede ser

interpretado como un cambio radical sobre la teoría del caso sostenida por el persecutor penal. En este cambio pudo haber influido el hecho que el propio Ministerio Público le reconoció a la imputada la condición de víctima de trata de personas para explotación sexual, aunque en una investigación diferente y llevada a cabo en una fiscalía de otra ciudad. De esta situación se pueden derivar varios problemas –que ameritan investigaciones posteriores–, vinculados con la vigencia efectiva de los derechos de las víctimas de trata de personas y con la forma en la que el Ministerio Público gestiona las investigaciones a su cargo.

Sobre el primer aspecto, la imputada tenía razón sobre su condición de víctima de dicho delito, y sus constantes declaraciones sobre ese aspecto, que no fueron oídas oportunamente, restringió indebidamente sus derechos. Por un lado, le provocó una importante revictimización, cuya evitación es un deber jurídico para un sistema penal que esté realmente preocupado por la preservación de la dignidad de las personas. Por otro, al haber estado sometida a prisión preventiva (y, por tanto, encerrada) por un poco más de un año, su libertad personal se afectó. El problema es la falta de fundamento fáctico suficiente que autorizara dicha restricción de libertad, ya que su condición de víctima no fue atendida en la investigación por tráfico de armas (en la que se le atribuyó la condición de imputada); pero, paralelamente, el mismo Ministerio Público sí tenía antecedentes de que su verdadero estatus era el de víctima de trata, aunque en una investigación diferente.

Vinculado con esto último, y con relación al segundo grupo de problemas detectados, está la forma en la que el Ministerio Público gestiona los casos. Esto se relaciona con una cuestión orgánica, que es la capacidad que tienen los fiscales para compartir información entre distintas investigaciones; y con una de cultura jurídica, que consiste en la inercia persecutora que puede presentarse y que actúa como un obstáculo para una identificación oportuna de la condición de víctima en el delito de trata de personas. Estos problemas son sensibles y requieren atención en general; pero con especial intensidad cuando, en casos como el analizado en este artículo, ellos conducen al desconocimiento de derechos fundamentales.

Esta constatación conecta con el problema general del trabajo: cómo el sistema penal, en lugar de ofrecer protección, reproduce dinámicas

de revictimización. Como se observa, la respuesta institucional revela la incapacidad del sistema penal para reconocer de manera oportuna la condición de víctima en contextos de trata. De hecho, se reconoce que la ausencia de fundamentación clara en las decisiones procesales debilita la legitimidad de la persecución penal (Atienza, 2013), lo que, a efectos de este estudio, impactó en una revictimización prolongada. Así, es posible identificar cómo la política criminal en este ámbito se aleja de los estándares internacionales de protección a víctimas de trata.

V. Conclusiones

En primer lugar, es posible concluir que, en el norte de Chile se han dado casos en los que la explotación sexual se superpone con la explotación criminal, confirmándose, en consecuencia, el surgimiento en dicha zona de las denominadas "forma mixtas de explotación". Hasta este estudio, solo se habían detectado casos de mujeres extranjeras que fueron captadas o reclutadas para cometer un delito de tráfico de drogas (trata de personas con fines de explotación criminal).

En segundo lugar, el caso analizado permite reafirmar que la vulnerabilidad multidimensional de las mujeres migrantes en situación irregular las deja expuestas a múltiples victimizaciones y formas de violencia. El abandono, las urgencias económicas y los roles de cuidado que pesan sobre las mujeres las convierten en "presas fáciles" del crimen organizado y del control penal del Estado.

En tercer lugar, es posible concluir que, en el ámbito del sistema penal chileno, existen deficiencias importantes en materia de detección oportuna de víctimas de trata. En este sentido, los estereotipos vinculados a la migración irregular, el género y la pobreza, así como el desconocimiento que tienen los operadores del sistema respecto de nuevas modalidades de explotación, pueden dificultar e incluso impedir que las víctimas de formas mixtas de explotación (en el caso, explotación sexual y criminal) sean oportunamente reconocidas.

Finalmente, este estudio sugiere la necesidad de que la respuesta estatal frente a la complejidad criminal, incorpore una perspectiva de género transversal. En nuestra opinión, ello implica repensar las estrategias

de control, problematizando tanto las categorías analíticas sobre las cuales se procesan los delitos y se resuelven los conflictos, como las decisiones que suelen adoptarse en el marco de la persecución penal.

Bibliografía

ABADÍA, Gloria. Usos y abusos del sistema penal. Su uso como forma de emancipación femenina: un estudio de caso del delito de trata de personas en Colombia. *Revista de Estudios Sociales, n*. 42, pp. 104-117. 2022. https://doi.org/10.7440/res42.2012.10

ALMEDA, Elisabet. Criminologías feministas, investigación y cárceles de mujeres en España. *Papers: Revista de Sociología*, 102(2), pp. 151-181. 2017. https://doi.org/10.5565/rev/papers.2334

AGIER, Michel. *Managing the undesirables. Refugee camps and humanitarian government*. Polity Press. 2010.

ALONSO, Alicia. Las reglas de Banngkok y su importancia para enfrentar la discriminación de las mujeres privadas de libertad. En: *Criminología Feminista*, pp. 15-35. García y Villegas (ed). Santiago: Lom Ediciones. 2021.

ÁLVAREZ, Gonzálo, & GÓMEZ, Giovana. Fuerzas armadas en orden interno. *European Review of Latin American and Caribbean Studies*, (114), pp. 115-135. 2022. https://doi.org/10.32992/erlacs.10917

ANDRADE, Marcos, & COCIÑA, Martina. Respuesta del Estado chileno a la crisis migratoria y de refugiados venezolana (2018-2022). *Migraciones Internacionales*, *15*. 2024. https://doi.org/10.33679/rmi.v1i1.2857

ARENSBURG Svenska, & PUJAL, Margot. Aproximación a las formas de subjetivación jurídica en mujeres víctimas de violencia doméstica. *Universitas Psychologica*, vol.13, N°4, pp. 1429-1440. 2014. https://doi.org/10.11144/Javeriana.UPSY13-4.afsj

ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta. 2013.

BALLA, Magdalena. Impacto de la migración en la violencia de género: un estudio de mujeres migrantes en Ecuador". *Sur Academia: Revista Académica-Investigativa de la Facultad Jurídica, Social y Administrativa*, 11(22), pp. 97–106. 2024. https://doi.org/10.54753/suracademia.v11i22.2292

BRUMAT, Leiza. Gobernanza migratoria en Suramérica en 2021: respuestas a la emigración venezolana durante la pandemia. *Análisis Carolina*. 2021. Disponible

en: https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/72605/AC-12.2021.pdf?sequence=1

CHRISTIE, Nils. The ideal victim. En Fettch, Ezgat A. (ed.), *From Crime Policy to Victim Policy*, Londres. 1986.

COOK, Rebecca, & CUSACK Simone. *Gender stereotyping: transnational legal perspectives*. University of Pennsylvania Press. 2011. Disponible en: https://www.law.utoronto.ca/utfl_file/count/documents/reprohealth/estereotipos-degenero.pdf

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Norte de Centroamérica Impacto del crimen organizado en mujeres, niñas y adolescentes*. CIDH, 2023. Disponible en: https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/2023/NorteCentroamerica_Mujeres_ES.pdf.

CRENSHAW, Kimberle. Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color. *Stanford Law Review*, 43(6), pp. 1241-1299. 1991. https://doi.org/10.2307/1229039

DE MARCHI, Bianca, & ALVITES, Angélica. El muro invertido: las zanjas en el límite fronterizo de Chile con Bolivia. *Geopolítica(s)*, 13(2), pp. 355-384. 2022. https://doi.org/10.5209/geop.83407

DI CORLETO, Julieta. Igualdad y diferencia en la valoración de la prueba: estándares probatorios en casos de violencia de género, Julieta Di Corleto (compiladora), *Género y Justicia Penal*, pp. 409-433. 2017.

DÍAZ, Leticia, & MARRONI, María da Gloria. Abuelas en la migración. Migración circular, servicios de cuidados y reunificación familiar en una localidad del occidente michoacano. *Relaciones. Estudios de historia y sociedad*, vol. 38, n 151, pp. 263-295. 2017.

DOMENECH, Eduardo. Las migraciones son como el agua: Hacia la instauración de políticas de "control con rostro humano". La gobernabilidad migratoria en la Argentina. *Polis. Revista Latinoamericana*, n°35, pp. 119-142. 2013 https://doi.org/10.4067/S0718-65682013000200006

DOMENECH, Eduardo. Las políticas de migración en Sudamérica: elementos para el análisis crítico del control migratorio y fronterizo. *Terceiro Milênio: Revista Crítica de Sociologia e Política,* N°1, pp. 19-48. 2017

DUFRAIX, Roberto; CONCHA, Nury, & VARELA, Francesca. ¿Traficantes o víctimas? Explorando los vínculos entre tráfico de drogas transfronterizo y la trata de personas con fines de explotación criminal en Tarapacá (Chile) Cárcel

y excluidos sociales en América Latina. Adultos mayores, discapacidad, género, migración, diversidad sexual, coordinado por Miguel Ángel Mansilla y Roberto Dufraix. Editorial RIL. 2024.

DUFRAIX, Roberto, CONCHA, Nury, & Del SOLAR, María José. Explotación criminal en el norte de Chile: El caso de las mujeres extranjeras que operan como "correos humanos" del narcotráfico. *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, 59, pp. 145–168, 2025.

DUFRAIX Roberto, & RAMOS Ramos. La "víctima ideal" del delito de trata de personas en el sistema penal chileno. *Política criminal*, *17*(34), pp. 795-818. 2022.

DUFRAIX, Roberto, RAMOS, Romina, & QUINTEROS, Daniel. "Ordenar la casa": securitización y producción de irregularidad en el norte de Chile. *Sociologias*, 22, pp. 172-196. 2020. https://doi.org/10.1590/15174522-105689

DOTTRIDGE, Mike. Collateral damage provoked by anti-trafficking measures. En: Piotrowicz R, Rijken C & Uhl BH (eds.) *Routledge Handbook of Human Trafficking*. Routledge, New York. 2017.

GANDINI, Luciana, ÁLVAREZ, Soledad, & FELDMANN, Andreas. Más allá del Darién. Economía Política de la Migración en Tránsito por el Corredor Migratorio Región Andina-Centroamérica. *REMHU: Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, 32. 2024. https://doi.org/10.1590/1980-85852503880003223

GIRAO, Fabiola. Derecho penal de emergencia y control migratorio en Chile (Retroceso y violación de derechos fundamentales en las recientes propuestas de reforma a la Ley de Migración y Extranjería). *Revista de Ciencias Sociales (Valparaíso)*, (84), pp. 11-42. 2024. https://doi.org/10.22370/rcs.2024.84.4098

GLOBAL REPORT ON TRAFFICKING IN PERSONS. *United Nations Office on Drugs and Crime*. 2022. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2022/GLOTiP_2022_web.pdf

GLOBAL REPORT ON TRAFFICKING IN PERSONS. *United Nations Office on Drugs and Crime*. 2024. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2024/GLOTIP2024_BOOK.pdf

GONZÁLEZ, Ignacio. *Neoliberalismo y Castigo*, Madrid: Bellaterra Ediciones. 2021.

FLYVBJERG, Bent. Cinco malentendidos acerca de la investigación mediante los estudios de caso. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas (REIS)*, *106*(1), pp. 33-62. 2004.

HAGAN, John, & MCCARTHY, Bill. *Mean Streets: Youth crime and homelessness*. Cambridge University Press. 1997.

HERNÁNDEZ-SAMPIERI, Roberto, FERNÁNDEZ, Carlos, & BAPTISTA, María del Pilar. *Metodología de la investigación*. México: McGraw-Hill Interamericana. (4), pp. 310-386. 2018.

HERNÁNDEZ, Alma. Violencia sexual contra mujeres migrantes en tránsito por México: contextos, actores y estrategias de afrontamiento. *Sociedades y Desigualdades*, 1(1), pp. 55-85. 2024.

IZCARA, Simón. Causas del encarcelamiento de mujeres migrantes por el delito de trata de personas: estereotipos de género y políticas criminales. *Revista Guillermo Ockham* [online] (20), pp.161-174. 2022.

JIMÉNEZ, Luis. COT (Crimen Organizado Trasnacional)–El orden del caos en la instrumentalización migratoria. Estudio jurídico penal para el abordaje del Crimen Organizado Trasnacional. *Desafíos actuales del Derecho penal y la Política criminal en Alemania y Latinoamérica*, p. 115. 2024. Disponible: https://www.uniatlantico.edu.co/wp-content/uploads/2024/12/Desafi%CC%81os-actuales-del-Derecho-penal-y-la-Poli%CC%81tica-criminal-en-Alemania-y-Latinoame%CC%81rica.pdf#page=116

LAVORGNA, Anita, & SERGI, Anna. Serious, therefore organised? A critique of the emerging "cyber-organised crime" rhetoric in the United Kingdom. *International Journal of Cyber Criminology*, 10(2), 170–187. 2016.

LEIVA, Sandra, & ROSS, César. Migración circular y trabajo de cuidado: Fragmentación de trayectorias laborales de migrantes bolivianas en Tarapacá. *Psicoperspectivas*, (N°3), pp. 56-66. 2016. https://doi.org/10.5027/psicoperspectivas-Vol15-Issue3-fulltext-766

LIBERONA Nanette, RAMOS, Romina; PIÑONES, Carlos & CORONA, Marioly. En tránsito por el norte de Chile: Desplazamiento forzado de población venezolana bajo el control fronterizo y sanitario durante la pandemia por Covid-19 (2020-2021). *The Journal of Latin American and Caribbean Anthropology*, 29(2), pp, 147-158. 2024. https://doi.org/10.1111/jlca.12718

LIBERONA, Nanette, SALINAS, Sius-geng. G., VELOSO, Karen, & ROMERO, Mileska. Tipología de cuerpos traficados desde América del Sur y el Caribe hacia Chile. Antípoda. *Revista de Antropología y Arqueología*, (44), pp. 167-193. 2021. https://doi.org/10.7440/antipoda44.2021.08

LÓPEZ, Andrés, & WESSEL, Jana. Migración Haitiana en tránsito por Ecuador. Comentario Internacional. *Revista del Centro Andino de Estudios Internacionales*, (17), pp. 19-32. 2017.

MARTÍNEZ, María Teresa, GONZÁLEZ María & CASTRO, Alberto. El crimen organizado y su impacto en la movilidad humana en Ciudad Juárez". *Enseñanza e Investigación en Psicología Nueva Época*, vol. 6, no Migraciones, pp. 140-151. 2024.

MURIEL, Martha., & ÁLVAREZ, Soledad. Excluir para proteger, *Estudios sociológicos* (37), pp. 689-726. 2019.

NAVARRO, Roberto, & DUFRAIX, Roberto. Tipicidad de la criminalidad forzada como forma de explotación del delito de trata de seres humanos en el derecho chileno. *Ius et Praxis*, 31(2), 128-147. 2025.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. "Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional". 2014. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ProtocolTraffickingInPersons_sp.pdf

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, COMISIÓN DE MUJERES. *Enfoque de género en materia de mujeres privadas de libertad*. 2022. Disponible en: https://www.oas.org/es/cim/

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADO AMERICANOS. COMISIÓN INTERAMERICANA DE MUJERES. *Mujeres y drogas en América Latina, un diagnóstico en construcción*. 2014. Disponible en: https://www.oas.org/es/cim/docs/womendrugsamericas-es.pdf

UNODC. ORGANIZED CRIME AND GENDER. Issues relating to the United Nations Convention against transnational organized crime. Vienna: United Nations Office On Drugs And Crime, 2022. Disponible en: https://sherloc.unodc.org/cld/uploads/pdf/Issue_Paper_Organized_Crime_and_Gender_1.pdf.

PERAZA, Elena. El dramático peregrinar de las mujeres migrantes en tránsito por el estado de Sinaloa, México: experiencias antes, durante y después de la pandemia de Covid 19". *Revista Internacional de Estudios Migratorios (RIEM)*, vol. 14, no 2, pp. 7-32. 2024. https://doi.org/10.25115/riem.v14i2.10018

POGGI, Francesca. *Sobre el concepto de violencia de género y su relevancia para el Derecho*. 2019. Disponible en: https:/rua.ua.es/dspace/handle/10045/99650

PORTAS, C. "Estereotipos de género en la investigación penal" [tesis de grado inédita] Memoria de prueba para optar al Grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de derecho, Universidad de Chile, Santiago. 2021.

QUINTEROS, Daniel. ¿Nueva "crimigración" o la vieja economía política del castigo? Dos aproximaciones criminológicas para entender el control punitivo

de la migración en Chile. *Astrolabio* (17), pp. 81-113. 2016. https://doi.org/10.55441/1668.7515.n17.16176

QUINTEROS, Daniel, DUFRAIX, Roberto, & RAMOS, Romina. *Human Trafficking Cases in Chile: Challenges for Reducing the "Dark Figure"*. The Palgrave International Handbook of Human Trafficking, pp, 1151-1164. 2019.

RAMOS, Luciana, SAUCEDO, Irma & SALTIJERAL, María Teresa. Crimen organizado y violencia contra las mujeres: discurso oficial y percepción ciudadana. *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 78, n.4, pp. 655-684. 2016.

RAMOS, Romina & TAPIA, Marcela. Entre humanitarismo y seguridad: la reorganización del control fronterizo en Chile (2010-2022). *Estudios Fronterizos*, (25), 18. 2024. https://doi.org/10.21670/ref.2418154

RAMOS, Romina, BRANDARIZ, José Ángel, & DUFRAIX, Roberto. *Heterogeneous borders: Migrant workers in Northern Chile*. Elgar Handbook, pp. 62-85. 2021.

RAMOS, Romina & TAPIA, Marcela. *Una mirada heterogénea del espacio fronterizo: el caso de la frontera tarapaqueña (Chile)*. *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, (N°122), pp. 187-210. 2019. https://doi.org/10.24241/rcai.2019.122.2.187

SAMPÓ, Carolina. Una primera aproximación al crimen organizado en América Latina: definiciones, manifestaciones y algunas consecuencias. El Crimen Organizado en América Latina, pp. 23-40. 2017.

SAMPO, Carolina. El rol de las mujeres en las maras: una aproximación a la violencia que sufren e infringen. *Si Somos Americanos*, 16(2), pp. 127–142. 2017. https://doi.org/10.4067/S0719-09482016000200005

SAMPÓ, Carolina. Trata de personas con fines de explotación sexual: Aproximación a su relación con la prostitución y la conducta del consumidor/cliente. *Derecho & Sociedad*, pp. 259-272. 2020.

SAMPÓ, Carolina & TRONCOSO Valeska, El tren de Aragua: La transnacionalización del crimen organizado a través del tráfico de migrantes". *Universidad Nacional de Colombia; Análisis Político*, 37(108), pp. 146-176. 2024.

SHELLEY, Louise. *Human trafficking: a global perspective*. Cambridge University Press. 2012.

SCARPA, Silvia. *Trafficking in human beings: modern slavery*. Oxford University Press on Demand. 2008.

STANG, Fernanda, LARA, Antonia, & ANDRADE, Marcos. Retórica humanitaria y expulsabilidad: migrantes haitianos y gobernabilidad migratoria en Chile.

Si Somos Americanos, 20(1), pp. 176-201. 2020. https://doi.org/10.4067/S0719-09482020000100176

TAMARIT, Josep. Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad. *Dret. Revista para el Análisis del Derecho* (Nº1), pp. 1-31. 2013. Disponible en: http://www.indreirt.com/pdf/940.pdf

TAYLOR, Steve, & BOGDAN, Robert. *Introducción a los Métodos Cualitativos de Investigación. La búsqueda de significados*. Barcelona: Editorial Paidós, 1987.

TRILLO, Verónica & CARLIN, John. El derecho penal como herramienta de castigo contra las mujeres que se apartan de su rol: ¿Buenas o malas madres?. *Derechos en Acción*, (N°13), pp. 487-499. 2019. https://doi.org/10.24215/25251678e347

U.S. DEPARTMENT OF STATE. *Trafficking in Persons Report*. 2019. Disponible: https://www.state.gov/wp-content/uploads/2019/06/2019-Trafficking-in-Persons-Report.pdf

U.S. DEPARTMENT OF STATE. *Trafficking in Persons Report*. 2023. Disponible: https://www.state.gov/reports/2023-trafficking-in-persons-report/

VALLES, Miguel. *Técnicas Cualitativas de Investigación Social*. Madrid: Editorial Síntesis, 1999.

DAICH, Deborah, & VARELA, Cecilia. Entre el combate a la trata y la criminalización del trabajo sexual: las formas de gobierno de la prostitución". *Delito y sociedad*, vol. 23, N°38, pp. 63-86. 2014.

VILLACAMPA, Carolina. La trata de seres humanos para explotación criminal y la cláusula de exención penal. Congreso Jurídico Internacional sobre formas contemporáneas de esclavitud. Veinte años después del Protocolo de Palermo. Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica, Organización Internacional del Trabajo PE, pp. 177-203. 2023. Disponible en: https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/190901/Carolina%20Villacampa%20Estiarte.pdf?sequence=1

VILLACAMPA, Carolina. & TORRES, Nuria. Trata de seres humanos para explotación criminal: ausencia de identificación de las víctimas y sus efectos. *Estudios penales y criminológicos*, (36), pp. 771-829. 2016. Disponible en: https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/44721-trata-seres-humanos-explotacion-criminal-ausencia-identificacion-victimas-y-sus

VILLACAMPA, Carolina & TORRES, Nuria. Mujeres Víctimas de Trata en Prisión en España. *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3(8), pp. 411-494. 2012. Disponible en: http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2012-8-5120&dsID=Documento.pdf

VILLACAMPA, Carolina. Protección jurídica y asistencia para víctimas de trata de seres humanos. *Revista General de Derecho Penal*, 27. 2017.

VILLACAMPA, Carolina. (2011) *El Delito de Trata de Seres Humanos. Una Incriminación Dictada desde el Derecho Internacional*. Navarra: Aranzadi.

YIN, Robert. *Case Study Research: Design and Methods*. Sage Publications, Thousand Oaks, CA. 1994.

ZABYELINA, Yuliya. Revisiting the concept of organized crime through the disciplinary lens of economic criminology. *Journal of Economic Criminology*, 1, Article 100017. 2023. https://doi.org/10.1016/j.jeconc.2023.100017

ZÚÑIGA, Yanira. Cuerpo, género y derecho. Apuntes para una teoría crítica de las relaciones entre cuerpo, poder y subjetividad. *Ius et Praxis*, 24(3), 209-254, 2018.

Authorship information

Romina Ramos. Doctora en Ciencias Sociales de la Universidad del País Vasco, España y académica del Departamento de Ciencias Sociales de la Universidad de Tarapacá. Sus investigaciones se centran en la criminología de la movilidad, el crimen organizado transnacional y las políticas de control fronterizo. Ha desarrollado una perspectiva crítica sobre la criminalización de la migración irregular, analizando el uso del derecho penal en el tráfico ilícito de migrantes y la ineficiencia de las políticas criminales asociadas. Es autora de artículos y capítulos en revistas y editoriales internacionales, y participa en redes de investigación interdisciplinarias en Chile, Europa y América Latina. Actualmente es Directora Alterna del Núcleo Milenio en Complejidad Criminal (ANID-Chile. rramosr@academicos.uta.cl

Roberto Dufraix Tapia. Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad Arturo Prat (Chile) y Doctor en Derecho por la Universidad del País Vasco (España). Académico de la Escuela de Derecho de la Universidad de Tarapacá (Chile). Sus principales líneas de investigación incluyen la criminología de fronteras, la trata de personas y el tráfico de migrantes, áreas en las que ha liderado y participado en diversos proyectos de investigación locales, nacionales e internacionales. Finalmente, es miembro fundador de la Sociedad Chilena de Criminología, miembro activo de la European Society of Criminology, e integrante del Consejo Editorial Internacional (International Editorial Board) del prestigioso blog académico Border Criminologies de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oxford (Reino Unido). rdufraixt@academicos.uta.cl

Hans Guthrie. Doctor y Máster en Derecho por la Universidad de Valencia, España y académico de la Escuela de Derecho Iquique de la Universidad de Tarapacá. Sus investigaciones se centran en la regulación de las actividades económicas, y la utilización de las nuevas tecnologías en los mercados. En este contexto, ha desarrollado trabajos referents al lavado de activos, y utilización de activos virtuales por parte de organizaciones criminales. hguthries@academicos.uta.cl

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

Acknowledgement: Este artículo se elaboró a partir de los resultados obtenidos en una investigación pericial realizada a solicitud de la Defensoría Penal Pública de la I región de Tarapacá. Asimismo, los resultados de esta investigación forman parte de los proyectos Fondecyt de Iniciación N°11220308 y Fondecyt Regular N°1240286 y ha sido financiado por el – Programa Iniciativa Científica Milenio – NCS2024_058. Agradecemos a la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo del Estado de Chile (ANID) y a Roberto Navarro, académico del Departamento de Derecho de la Universidad de Tarapacá, por su colaboración en la revisión del manuscrito finalizado y corrección ortográfica.

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.

- *Romina Ramos*: conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Roberto Dufraix*: conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Hans Guthrie*: conceptualization, 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.
- *Data Availability Statement*: In compliance with open science policies, all data generated or analyzed during this study are included in this published article.

Editorial process dates
(http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies)

- Submission: 22/03/2025
- Desk review and plagiarism check:
- Review 1: 22/04/2025
- Review 2: 27/04/2025
- Preliminary editorial decision: 09/09/2025
- Correction round return 1: 22/09/2025
- Preliminary editorial decision 2: 26/09/2025
- Correction round return 2: 27/09/2025
- Final editorial decision: 27/09/2025

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 1 (MAV)
- Reviewers: 2

HOW TO CITE (ABNT Brazil):

RAMOS, Romina; DUFRAIX, Roberto; GUTHRIE, Hans. Invisibilización y revictimización: Desafíos en torno a la detección y protección de víctimas de formas mixtas de explotación en el norte de Chile. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 11, n. 3, e1201, set./dez. 2025. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v11i3.1201

License Creative Commons Attribution 4.0 International.

The Statute of Limitations in 21st Century: Between Public and Individual Interests in the Criminal Justice System

Extinção da Punibilidade pela Prescrição no Século 21: Entre os Interesses Públicos e Individuais no Sistema de Justiça Penal

Kacper Oleksy[1]
University of Warsaw – Warsaw, Polônia
k.oleksy@wpia.uw.edu.pl
https://orcid.org/0000-0001-6386-6985

Abstract: This article attempts to analyse the statute of limitations – a common institution in continental criminal laws – within the framework of the dynamics between public and individual interests in the criminal justice systems. With the Polish legal system as a benchmark and a comparative look at selected other jurisdictions, this article presents the discussions on justifications and legal character of the statute of limitations, trying to define its role within the criminal law and process, given its ability to extinguish criminal liability and prosecution's powers. This paper aims to present the statute of limitations as a polyphonic institution, with various motives behind its existence and different manners in which it influences the criminal proceedings, arguing that it is the search of a middle ground between the public and individual interest, as well as between failure to adjudicate and eternal prosecutions (both viewed as unjust), that shapes the statute of limitations in contemporary criminal law.

Keywords: extinction of crime; statute of limitations; public interest; prosecution; individual rights.

Resumo: *Este artigo busca analisar o instituto da prescrição – uma instituição comum aos ordenamentos jurídicos penais de tradição continental – no contexto*

[1] PhD and Master of Law, University of Warsaw, Faculty of Law and Administration. Assistant professor at the University of Warsaw, Poland.

da dinâmica entre interesses públicos e individuais nos sistemas de justiça penal. Tomando o sistema jurídico polonês como parâmetro e estabelecendo um olhar comparativo sobre jurisdições selecionadas, o artigo apresenta o debate acerca das justificativas e da natureza jurídica da prescrição, procurando definir o seu papel no direito penal e processual penal, dado o seu poder de extinguir a punibilidade e o exercício da ação penal pelo Estado. O trabalho pretende apresentar a prescrição como um instituto polifônico, com diversas razões subjacentes à sua existência e múltiplas formas de influência sobre o curso do processo penal, sustentando que é justamente a busca de um ponto de equilíbrio entre o interesse público e o interesse individual, bem como entre a inércia estatal na persecução penal e a eternização dos processos (ambos considerados injustos), que conforma a prescrição no direito penal contemporâneo.

Palavras-Chave: *extinção da punibilidade; prescrição penal; interesse público; persecução penal; direitos individuais.*

1. Introduction: Passage of Time and Extinction of Criminal Liability

"There is a time for everything"[2] – states one of the most influential biblical texts in Western culture. The passage of time, a phenomenon of both natural and cultural significance, touches upon all human and social activities, institutions and concepts. Criminal law is no exception, and the statute of limitations is its response to the question of the relation between the crime, its fundamental object of interest, and time as an unrelenting, all-consuming and ubiquitous force of the universe. Statute of limitations demands that "there is time" to stop prosecution of an offence, if a certain period lapses from its commission. It is therefore one of the reasons for the extinction of criminal liability, regardless of the exact terms used in a particular national legal system to classify and describe it[3]. Even if the

[2] Ecclesiastes, 3:1.

[3] In Polish criminal proceedings, statute of limitations is named as procedural obstacle (*przeszkoda procesowa*); in French criminal process scholarship, it is described as reason extinguishing (*cause d'extinction*) the legal public action to prosecute (*action publique*); in Austria, it is one of the grounds

criminal justice system is able to establish the facts of the case, to detain the suspect and to fully complete its procedures, there comes a time when the court is unable to pronounce the judgement on the merits of the case. It can be observed however, paradoxically, that without proper fact-finding on the timeline of a crime, it would be impossible to decide whether the statute of limitations period has expired.

Yet the statute of limitations in criminal matters is a commonplace legal concept, at least in continental systems of law, although common law jurisdictions, while not having such a fixed concept, are no stranger to the idea that passage of time influences the courts' ability to judge certain past cases[4]. Without a doubt there is a prevalent and underlying notion that "the time for" prosecution does not (in general) extend itself into eternity, for different reasons. On the other hand, time-barred prosecutions are often perceived as failures of justice, or even the denial of justice to society or crime victims in particular. As it would be later discussed, some crimes are therefore exempt from the general rules of the statute of limitations, or there are regulations allowing the agents of prosecution or courts to gain more time, in order to decide on the guilt of the accused rather than on the time that has flown since the alleged crime happened.

The purpose of this paper is to discuss the topic of criminal law's statute of limitations in the light of complex interactions between three dimensions in which statute of limitations as a legal institution may be perceived: (1) its justification (rationale), (2) its legal character and particular regulation and (3) its role in the criminal justice system. This scheme proposes a logical chain of questions on why at all extinguish the criminal liability due to the passage of time, how to regulate statute of

for abolishment (lifting) of a penalty (*Strafaufhebungsgründe*); in Italy, it is named as reason for extinction of crime (*causa di estinzione del reato*).

[4] E.g. in England, it is not a separate legal concept; there are several exceptions in the statutory law, but in general "time never runs against the Crown" (*nullum tempus occurit regi*); the "delay of justice" (meaning significant and unmotivated passage of time between offence and prosecution) may be invoked as a defence by the defendant – see Banasik Katarzyna, *Przedawnienie w prawie karnym w systemie kontynentalnym i anglosaskim* [Statute of limitations in criminal law of continental and common law systems], Warszawa: Wolters Kluwer, 2013, p. 689, 715.

limitations, and what roles are effectively played by this legal concept in the real enforcement of justice. First, I will explore the issue of how European scholars of criminal law justify the existence of statute of limitations, by applying chiefly the Polish legal doctrine's approach to this issue and its tradition of distinguishing four groups of motives in this regard. Next, this paper will provide a concise and comparative analysis of the legal character and regulation of statute of limitations in selected European jurisdictions. This will allow for a less strictly text-of-law-based consideration on the roles of the statute of limitations in the criminal justice system, i.e. how they are perceived in the dynamics of criminal process, given their individual, social, and even political importance. A distinction between public and individual interests in criminal procedure as competing, yet sometimes cooperating forces, will serve as a framework for analysing the roles of the statute of limitations. Finally, by means of the hermeneutical circle, I would like to return to the issue of justifications for the statute of limitations and discuss their validity and relationships with functions placed upon statute of limitations in criminal justice systems.

2. Justifications of Statute of Limitations in the Views of European Jurists

Polish doctrine's approach to the issue of justifications for the statute of limitations distinguishes between four groups of theories in this regard[5], although it was also observed that these justifications are made *post factum*, as the existence of a statute of limitations, at least in continental legal systems, is a given[6]. Therefore, a particular justification cannot be construed as automatically determining the legal character of the statute of limitations, although a link between these two issues

[5] First proposed by Kazimierz Marszał in his work *Przedawnienie w prawie karnym* [Statute of limitations in criminal law], Warszawa: PWN, 1972, p. 51; in recent literature, adopted also by Marek Kulik in his book *Przedawnienie karalności i przedawnienie wykonania kary w polskim prawie karnym* [Statute of limitations on punishability of an act and on execution of a sanction in Polish criminal law], Warszawa: C.H.Beck, 2014, p. 31 et seq.

[6] Kulik Marek, *Przedawnienie karalności*...op.cit., p. 29.

cannot be disregarded[7]. In this chapter, I will purposefully not discuss *in extenso* different arguments against the statute of limitations, as well as invoke critiques of the arguments for the statute of limitations, as some of them would appear in further parts of this article.

The first group of theories consists of extra-legal justifications. They are all appealing to rationales that are not connected with specific legal regulations. It was argued that, in fact, they are not strictly extra-legal, but are rather based on highly general principles of law or criminal policy[8]. Usually, such theories state that the passage of time has healing and conciliating properties: the crime and harm resulting from it are naturally forgotten or even forgiven, so the need to prosecute a crime, stemming from the experience of injustice, may dim and eventually disappear. As Marek Kulik points out, there had been several representatives of these theories in German and Austrian legal doctrine, although he draws particular attention to the theory of Otto Lagodny, who claimed that the statute of limitations is rooted in the right to privacy as envisaged in Article 8 of the European Convention on Human Rights ("ECHR"). According to Otto Lagodny, this human right consists i.a. of a freedom from criminal prosecution – because without limitation on prosecution, certain people would remain eternally under the threat of punishment, which can unproportionally disrupt their attempts to settle down in private life[9].

The metaphors of "healing" are also present in French doctrine – Yves Jeanclos calls the statute of limitations as "penal healing (of a wound)" (*cicatrisation pénale*), seeing the rationale behind it as to avoid the reopening of painful wounds of different kinds, that the time has "cauterised". This author also observes that the statute of limitations is a middle ground between the truth-seeking functions of criminal process

---

[7] Marszał Kazimierz, *Przedawnienie*...op.cit., p. 77-80.

[8] Marszał Kazimierz, Uzasadnienie przedawnienia w teorii prawa karnego [Justification for statute of limitations in the theory of criminal law], *Państwo i Prawo*, vol. 11, 1964. p. 736.

[9] Kulik Marek, *Przedawnienie karalności*...op.cit., p. 31-33; Lagodny Otto, „Was wäre ohne die Norm?" – Zur Rekonstruktion selbstverständlicher Rechte, In: Wöhle Claudia, Augeneder Silvia, Urnik Sabine (ed.), *Rechtsphilosophie. Vom Grundlagenfach zur Transdisziplinarität in den Rechts – Wirtschafts – und Sozialwissenschaften*. Festschrift für Michael Fischer, Frankfurt a. M. 2010, p. 121 et seq.

and maintenance of social peace[10] (implying, that after a certain time, returning to a particular criminal case may undermine this peace). Other French authors highlight that the passing of time makes it pointless to revive long-forgotten issues, as society no longer wishes for a retribution for such crimes[11]. Such disappearance from public memory, as a foundation for statute of limitations, is even called a "major law of forgetting" (*grand loi de l'oubli*)[12] or even a right to be forgotten (*droit à l'oubli*)[13]. Accordingly, a prominent Polish scholar of criminal law in the first half of the 20th century, Juliusz Makarewicz, evoked the issues of forgetting and leniency that time brings in regard to a crime committed[14]. Even the Polish word for statute of limitations, *przedawnienie*, suggests its relationship with something that transpired a long time ago – its etymological root lies in the adjective *dawny*, which means "ancient, old-time".

The second group of theories is comprised of those rooted in procedural law or procedural issues of criminal cases. These theories are mostly connected with the notion of legal action of the prosecution, as a competence (executed under obligation or at discretion – depending on whether a particular criminal justice system is based on the principle of legality or principle of opportunity[15]) to accuse an individual before a criminal court. The statute of limitations is therefore explained as a situation where the prosecution agent waived his right to prosecute or delayed the use of this right to the point where the legal action should be considered extinct. Such an approach is present in French doctrine (although not exclusively – multiple other justifications for statute of

---

[10] Jeanclos Yves, *Droit pénal européen. Dimension historique*, Paris: Ed. Economica, 2009, p. 474-475.

[11] Pradel Jean, *Procédure pénale*, Paris: Éditions Cujas, 2019, p. 254.

[12] Guinchard Serge, Buisson Jacques, *Procédure pénale*, Paris: LexisNexis, 2019, p. 817.

[13] Raschel Evan, Le droit à l'oubli en matière pénale: peut-on oublier une infraction?, In: Caire Anne-Blandine, Lantero Caroline (ed.), *Dossier: "Le droit à l'oubli", Actes du colloque de Clermont Ferrand du 25 mars 2015*, La Revue du Centre Michel de L'Hospital [éd. électronique], n° 8, 2016. (hal-01398760), p. 48.

[14] Kulik Marek, *Przedawnienie karalności*...op.cit., p. 33.

[15] This issue, as it will be observed, is also correlated with the statute of limitations.

limitations are presented therein), and in some views it is an approach that shaped the French jurisprudence regarding the statute of limitations the most[16]. Jean Pradel enumerates such reasons by saying that too late prosecutions demonstrate the criminal justice's impotence to act swiftly and without delay, which may be disturbing for society, as well as states that a certain lapse of time when prosecution remains inactive should be treated as society's loss of right to prosecute due to negligence[17] - which connects the idea of the statute of limitations with an ancient maxim *vigilantibus iura scripta sunt*.

Another trend among procedural theories is the one appealing to the issues of evidence. It is based on the premise that the passing time brings the disappearance of evidence: witnesses forget the events, material evidence can be effaced or even completely lost. Criminal proceedings based on such evidence may turn out to be pointless and would possibly undermine the criminal justice system's reputation. Marek Kulik cites several representatives of such an approach among German legal scholars[18]. There are also Polish representatives of such a view[19]. In France, this argument has been recently put into question, as the reform of statute of limitations in 2017 was motivated also by the fact that with human lives becoming longer, appearance of technical developments that aid in preserving memories, as well as usage of scientific methods in evidence gathering activities of the police, the argument of "forgetting the facts" is no longer justified and loses its practical importance[20].

The third group of theories seeks to root the justification of the statute of limitations in substantive criminal law. These theories most often evoke the preventive functions of criminal law, applied both to the general public and individuals (especially offenders). In this first aspect (general prevention), proponents of these theories argue that with passing

---

16 Varinard André, La prescription de l'action publique: une institution à reformer. In: *Le droit penal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Paris: Éditions Cujas, 2006, p. 606.

17 Pradel Jean, *Procédure*...op.cit., p. 254; same arguments invoked in Guinchard Serge, Buisson Jacques, *Procédure*...op.cit., p. 817.

18 Kulik Marek, *Przedawnienie karalności*...op.cit., p. 37.

19 Gardocki Lech, *Prawo karne* [Criminal law], Warszawa: C.H.Beck, 2011, p. 212.

20 Guinchard Serge, Buisson Jacques, *Procédure*...op.cit., p. 818.

time and forgetting a criminal offence, potential criminal prosecution and sentencing would not achieve their goals to educate society and deter potential offenders from committing a crime, as without memory of a criminal offence, no one would understand why the proceedings are even conducted. The performance of rituals of justice before a clueless audience is therefore irrational and serves no legitimate purpose. These theories are present in the German doctrine of criminal law, as well as in Polish literature on this subject[21]. Such substantive law's justifications are also predominant in Austrian legal doctrine[22].

In the second aspect (individual prevention), authors representing this theory invoke the fact that the time not only heals, but also – changes people. Even if someone committed a criminal offence in the past, the fact that their action remained hidden or not investigated for years is usually a sign of their compliance with legal norms, and therefore – a lack of need to rehabilitate them[23]. Some authors even say that the extended period in which an offender lived under the threat of prosecution might have served as a kind of penance in itself, therefore initiation of criminal proceedings would not be just, as it may be perceived as a repeated sanction for the same illegal behaviour[24]. Again, such views are present in German[25],Polish[26] and Austrian[27] doctrine of criminal law, although many of these authors join both general and individual aspects of prevention in justifying the statute of limitations. Such an approach cannot be, however, surprising, as discussion on the statute of limitations in all contexts of crime prevention

---

21 Kulik Marek, *Przedawnienie karalności*...op.cit., p. 45-46.

22 Banasik Katarzyna, *Przedawnienie*...op.cit., p. 105 et seq.

23 In some legal systems, the applicability of statute of limitations is even conditioned on offender's compliance with law during the statute of limitations period, e.g. Austria and Kazakhstan (see Kulik Marek, *Przedawnienie karalności*...op.cit., p. 720, 729).

24 Pradel Jean, *Procédure*...op.cit., p. 254; Kulik Marek, *Przedawnienie karalności*... op.cit., p.47, 51.

25 Kulik Marek, *Przedawnienie karalności*...op.cit., p. 47-52.

26 Wróbel Włodzimierz, Zoll Andrzej, *Polskie prawo karne. Część ogólna* [Polish criminal caw. General part], Kraków: Wyd. Znak, 2013, p. 578.

27 Stutzenstein Sarah, *Die Verjährung im österreichischen Strafrecht Theoretische Grundlagen und Entwicklung unter besonderer Berücksichtigung von systemischem Unrecht*, Vienna: Vienna University Press, 2022, p. 19.

was present in a text that founded contemporary, humanitarian philosophy of criminal law – Cesare Beccaria's *On Crimes and Punishments*[28] (although Beccaria seems to be very cautious in his views on which crimes may be time-barred and which should never be "forgotten").

The search for links between basic ideas behind a particular system of criminal law and the rationale for the statute of limitations is present in Austrian legal doctrine, where it has been observed that there always was a direct correlation between a particular author's theory of punishment and the same author's justification for the statute of limitations[29]. "The justification for the statute of limitations is, in a sense, the mirror image of the justification for punishment"[30]: the more retributive the theory, the less appreciative of the statute of limitations (as in the radical view, the sheer passage of time cannot efface the injustice that resulted from a crime)[31]. It is argued that the current regulation of the statute of limitations in Austrian criminal law is derived from the consideration of general prevention and individual prevention issues, with the former playing the main role[32]. These foundations of the statute of limitations have not, however, been extensively discussed by the Austrian doctrine in recent decades, especially in comparison to the 19th-century debates on this subject[33].

The last group of theories finds the justifications for statute of limitations in both procedural and substantive law grounds. This approach is quite often represented in the literature and indeed, the list of authors mentioned in literature in this regard (German and Polish) is the longest in comparison to previously discussed groups of theories[34]. Such tendency – to justify the existence of the statute of limitations by different premises – is visible also in the cited French sources, where notably Jean Pradel presents rationales from almost all groups. The fact

---

[28] Beccaria Cesare, *On Crimes and Punishments and Other Writings*, Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 76 et seq.

[29] Stutzenstein S., *Die Verjährung*...op.cit., p. 19.

[30] Ibidem, p. 275.

[31] Ibidem p. 333.

[32] Ibidem, p. 347-348; see also a detailed discussion p. 258-265.

[33] Ibidem, p. 276.

[34] Kulik Marek, *Przedawnienie karalności*...op.cit., p. 58-60.

that the representatives of many aforementioned theories, while showing preference for a certain justification, do not deny the significance of others, proves yet again that the question of why prosecution should become time-barred does not determine the answer to the question of the manner (type of legal norms) through which this goal is eventually achieved in a given legal system.

3. The Legal Character of Statute of Limitations in Polish Criminal Law and Selected European Jurisdictions

3.1. The Mixed Nature of Statute of Limitations in Polish Criminal Law

While the discussion on justifications for statute of limitations may seem as a rather philosophical exercise (yet absolutely fundamental in terms of whether such institution should exist), a discussion in this chapter – regarding the legal character (nature) of this institution – has direct, practical influence on the application of criminal law. The determination whether we deal with a procedural institution, or rather a substantive one, or maybe even one permeating both fields of criminal law, may help to answer questions regarding the effect of legislative changes regarding statute of limitations, as well as applicability of constitutional standards for the protection of individuals' rights in the scope of the criminal law system.

As the previous chapter suggests, the majority of Polish criminal law scholars see the justification for statute of limitations in different groups of premises. It does not however mean that the dominant view attributes to this institution a mixed nature, although I would argue that such a view seems most correct. Another widespread view though is that the statute of limitations is a substantive law institution (with, of course, procedural relevance)[35]. Such opinions are well-founded in the contents

[35] On these two views as competing – Sakowicz Andrzej, Wprowadzenie do rozdziału XI [Introduction to chapter 11]. In:, Królikowski Michał, Zawłocki Robert (ed.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do artykułów 1-116* [Criminal Code. General Part, Commentary to Articles from 1 to 116], Warszawa: C.H.Beck, 2021.

of Polish criminal law. The statute of limitations is regulated in the Polish Criminal Code ("Polish CC")[36], which can be treated as indicative of its substantive character (as this code establishes the general principles of criminal liability and sets out the types of criminal offences). The wording of relevant articles allows for a conclusion that there are, in fact, two types of statute of limitations: one (Article 101) applicable to the general ability to punish an offender (*przedawnienie karalności*) and the other (Article 103) to the ability to execute a punishment pronounced by a final and binding judgment of a court (*przedawnienie wykonania kary*). The following remarks will be dedicated mainly to the first "type" of statute of limitations, which decides whether a certain act is punishable or not and therefore is connected with the concept of extinction of criminal liability, suggesting the substantive character of this regulation. Another argument in this regard is that the Polish Criminal Code of 1932 used a different set of terms – it spoke of inadmissibility of initiating criminal proceedings (*przedawnienie ścigania*) and inadmissibility of pronouncing a judgement in ongoing proceedings (*przedawnienie wyrokowania*), if a certain period of time has lapsed since the criminal offence was committed. It prompted scholars commenting on the Criminal Code of 1932 to attribute to the statute of limitations a procedural nature[37]. The subsequent change of terminology (first in the Criminal Code of 1969, maintained in the current Polish CC), cannot therefore, it is argued, be treated as an ignorable word-play of the legislature and should be attributed some deeper meaning and effect. Moreover, Article 101 (as well as previous regulations in this regard) stipulates a gradation of periods of the statute of limitations with respect to the types of criminal offences: the more severe (in terms of type and extent of sanction) the offence, the longer the period for statute of limitations. In this light, statute of limitations may be seen as dependent on the gravity of the offence itself[38], and

---

[36] Consolidated text published in Dziennik Ustaw [Journal of Laws] of 2024, item 17.

[37] Kulik Marek, *Przedawnienie karalności*...op.cit., p. 78; Śliwiński Stanisław, *Polski proces karny przed sądem powszechnym. Zasady ogólne* [Polish criminal process before a common court. General principles], Warszawa: PWN, 1959, p. 110.

[38] Marszał Kazimierz, *Przedawnienie*...op.cit., p. 82.

therefore strictly linked to the substantive law 's determination on which human activities should be considered criminal and how severely they should be punished.

All Polish doctrine considerations regarding the substantive nature of statute of limitations do not, however, deprive it of its procedural relevance. Some authors would just point out to the fact that it has such relevance, while others would directly see procedural elements in its construction[39]. First and foremost, the statute of limitations is invoked as one of the so-called procedural obstacles, whose existence does not allow for an initiation of the criminal proceedings or requires them to be discontinued, as envisaged in Article 17 paragraph 1 item 6 of the Polish Code of Criminal Procedure ("Polish CCP")[40]. The mixed nature of the statute of limitations is mainly invoked by authors concentrated on criminal procedure rather than criminal substantive law[41], although such a view is also presented by the courts, in some judgements of the Constitutional Tribunal of Poland and the Supreme Court of Poland[42]. Marek Kulik is also a representative of this view, but with a different justification. He states that, as it was highlighted above, it is, according to the Polish CC, a twofold institution, consisting of inability to punish and the inability to execute a punishment. In this first element, it has purely substantive character (as argued before), while in the second – purely procedural, because it influences only the enforcement phase of criminal proceedings[43]. On the other hand, while the view that the statute of limitations is an entirely procedural institution is rather marginal in Poland, it was a scholar concentrated in his scientific activity on

---

39 Kulik Marek, *Przedawnienie karalności*...op.cit., p. 81-82.

40 Consolidated text published in Dziennik Ustaw [Journal of Laws] of 2025, item 46.

41 Bieńkowska Beata (in:) Kruszyński Piotr (ed.), *Wykład prawa karnego procesowego* [A lecture on criminal procedure], Białystok: Temida, 2012, p. 104; Janusz-Pohl Barbara, (in:) Wiliński Paweł (ed.), *Polski proces karny* [Polish criminal process], Warszawa: Wolters Kluwer, 2022, p. 427; Dudka Katarzyna, Paluszkiewicz Hanna, *Postępowanie karne* [Criminal proceedings], Warszawa: Wolters Kluwer, 2024, p. 449.

42 Judgement of the Constitutional Tribunal of 25 May 2004, SK 44/03; judgement of the Supreme Court of 10 March 2004, II KK 338/03.

43 Kulik Marek, Przedawnienie karalności...op.cit., p. 103, 105.

criminal substantive law who has offered several interesting arguments supporting such a view[44].

It seems that while the origins of the statute of limitations in Polish criminal law lie, at least in the current contents of the codes and views of the majority of legal scholars, in substantive law, its significance in criminal justice comes forward in procedural context. Mere finding that crimes under Polish law are, in general, subject to the statute of limitations understood as loss of ability to punish such crimes, would not explain much as to how such finding influences the legal situation of an individual. It is the procedural result of the statute of limitations that gives it a profound impact on the criminal process.

3.2. Austria – an Example of the Substantive Nature of Statute of Limitations

In Austrian criminal law, the statute of limitations is defined primarily in substantive law terms. The Austrian Criminal Code – *österreichisches Strafgesetzbuch* ("öStGB"), to describe the statute of limitations, uses the notion of *Verjährung der Strafbarkeit,* which can roughly be translated as "prescription of criminal liability" (§ 57 of öStGB). It clearly indicates that when the statute of limitations period is reached, one of the fundamental premises for criminal liability is lost – and although it cannot be construed as depriving a certain act of its criminal (illegal) character *ab initio*, it renders such an act unpunishable *ex post*. Katarzyna Banasik points out that this legal institution is treated, by Austrian scholars, as a substantive law institution, although there are authors who confirm its procedural significance and therefore speak of a double nature (*Doppelnatur*) of the statute of limitations, especially in the context of treating the statute of limitations as an important element that rationalizes and economizes the principle of legality in prosecution[45].

---

[44] Vachev Valeri, Charakter prawny przedawnienia karalności w polskim prawie karnym [The legal nature of the statute of limitations in Polish criminal law]. *Studia Iuridica,* vol. 93, 2022, p. 248 et seq.

[45] Stutzenstein S., *Die Verjährung*...op.cit., p. 276-277.

Even so, this substantive law component remains more important[46]. As the Austrian Supreme Court of Justice (*Oberster Gerichtshof*) has put it, "the question of the statute of limitations does not concern a procedural obstacle to prosecution, but rather a substantive ground for acquittal"[47].

To further explain this, a quick journey into the past may be in order. The predecessor of öStGB, the *Strafgesetz* of 1852, placed the statute of limitations among the circumstances that extinguish the crime (§ 223 – "*Das Verbrechen erlischt: (...)*"), such as death of the perpetrator, execution of the punishment or parole – all of them eliminating the substantive rationale behind criminal liability, like existence of its subject or punishment to be served. Moreover, the effect of the statute of limitations was applicable only if the perpetrator met several conditions that are linked rather with substantive law, e.g. he did not profit from the crime, he was able to compensate damages and he did not commit any other crime during the period of the statute of limitations (§ 229 of *Strafgesetz* of 1852). It has been pointed out that these features of the Austrian statute of limitations set it apart from contemporary regulations in Germany or later, after 1918, in Poland (despite mutual influences between these legal systems in this period)[48]. Such a regulation also proves that in general, there had been in Austria a persistent reluctance towards this institution, and its applicability remained, until after the First World War, quite limited[49].

This historical overview and past emphasis put on the substantive aspect of statute of limitations may explain the mechanism provided by § 58 section (2) of öStGB, according to which the commission of another criminal offence during the run of the limitation period for a previous crime prolongs this limitation period until the moment when

---

[46] Banasik Katarzyna, *Przedawnienie*...op.cit., p. 116-118.

[47] OGH Rechtssatz no. RS0118545 and judgements cited therein, i.a. judgement of 27 January 2004, case no. 14Os129/03 and judgement of 12 June 2025, case no. 14Os32/25z.

[48] Wasik Izabela, Instytucja przedawnienia w austriackim Kodeksie karnym z 1852 r. [The institution of the statute of limitations in the Austrian Criminal Code of 1852], *Annales Universtitatis Mariae Curie-Sklodowska*, Sectio G, vol. LXXII, 1, 2025, p. 201.

[49] Stutzenstein S., *Die Verjährung*...op.cit., p. 17.

the limitation period for the new crime also expires, under one condition: the new criminal offence is committed on the basis of the same "harmful propensity" (*Schädliche Neigung*). In light of the above-discussed § 229 of the *Strafgesetz* of 1852, such regulation cannot be surprising. § 71 of öStGB defines that the criminal offences are based on the same "harmful propensity" if they are committed against the same legal interest (legal goods), are based on the same reprehensible motives or the same "lack of character" (i.e. vice that manifests itself in repetitive condemnable behaviour)[50]. Under such a mechanism, the statute of limitations period serves as a *sui generis* probation period for an offender; therefore, it strives (in a way) to accomplish the rehabilitation functions of criminal law.

3.3. France – an Example of the Procedural Nature of Statute of Limitations

The French example illustrates that the statute of limitations in regard to the crime itself can be made a purely procedural issue. The whole institution is defined from the perspective of *action publique* – a legal action, executed by the prosecutor in the public interest, that initiates the criminal proceedings[51]. Article 6 of the French Code of the Criminal Procedure *(Code de Procedure Pénale*, "CPP") states that the *action publique* aimed at imposing sanction extinguishes, i.a., by the expiration of the statute of limitations period (*prescription*). Several next articles, starting from Article 7, provide fixed periods of the statute of limitations for all types of criminal offences under French law (*crimes, délits, contraventions*), as well as reasons for interruption or suspension of the statute of limitations. The interruption reasons are quite important, as their character is strictly procedural – in general, they consist of different activities of the prosecutor, the police, the *partie civile* (civil party – generally the victim) or courts that aim at conducting the proceedings, gathering the evidence, establishment of the facts or finding the suspect, as well as pronouncing judgements (even not final) – save

[50] Banasik Katarzyna, *Przedawnienie*...op.cit., p. 366-367.

[51] Pradel Jean, *Procédure*...op.cit., p. 248-249.

for purely administrative, technical activities[52]. It has been an issue of many judgements of the French Court of Cassation (*Cour de cassation*) for past decades, generally adopting a broad interpretation of this regulation in order to narrow down the circumstances in which inactivity of the prosecutorial authority allows a criminal offence to become time-barred[53]. André Varinard commented on this case law, observing that while the number of procedural activities that do not interrupt the run of the statute of limitations is limited, their character indicates, somehow *a contrario*, that those which cause interruption must represent a clear intention to advance the procedure[54] (which rhymes with the justification for the statute of limitations characteristic for France – that this institution is rooted in the prosecution's *désintéressement* in pursuit and indictment).

Every such interruptive activity effectively cancels the period of the statute of limitations that has already run and renews it for the original period. It is observed that in such cases prosecution of some criminal offences may become *de facto* never time-barred[55]. As to the nature of the statute of limitations, it is regulated by a legal norm that belongs to *ordre public*, which in the French legal system stands for rules of peremptory character (*ius cogens*), that cannot be waived or changed by the will of individuals. Therefore, the offender cannot "renounce" the statute of limitations and demand a trial regardless; the court has to consider it *ex officio*, even if the parties do not invoke it; and the statute of limitations as a factor extinguishing the *action publique* can be invoked at any stage of the proceedings, even before the *Cour de cassation*[56]. Another argument supporting the procedural character of the statute of limitations in French criminal law stems from the attention given by the jurisprudence to the issue of the starting point of the statute of limitations period. Even though the text of law provides clearly that it runs from the day the offence was committed, a *contra legem* case law has arisen, regarding

---

52 Pradel Jean, *Procédure*...op.cit., p. 267.

53 See numerous judgements cited by A. Varinard, *La prescription*...op.cit., p. 607-610.

54 Ibidem, p. 610.

55 Gunchard Serge, Buisson Jacques, *Procédure*...op.cit., p. 838.

56 Pradel Jean, *Procédure*...op.cit., p. 272.

the so-called *infractions clandestines*, i.e. "hidden" offences, according to which if it was impossible (especially due to the perpetrator's activities) to detect an offence, the statute of limitations period would start when it became possible. While such an approach is hotly debated[57], there is no doubt that the reason behind it is procedural: if the prosecution was objectively not able to know that an offence might have happened, it was not able to conscientiously express its will to prosecute or lack thereof. Such observations reinforce the notion of the statute of limitations as a procedural institution in the French criminal justice system.

3.4. Comparative Observations

This brief overview of the nature of statute of limitations in three European legal systems shows that there is no unanimous approach to this issue in continental law systems. Even broader comparisons would prove such conclusions[58]: some of the European systems perceive it as a substantive law institution, others as a procedural one, and some others as having a mixed nature. While there is some correlation between the character of justifications made for the statute of limitations in a particular legal system and the views on its legal nature, such a link is not something automatic or obligatory. Moreover, even if the emphasis is put on some types of justifications or arguments regarding the nature of the limitation period, it does not result in exclusion of other justifications or unawareness of the significance of the other aspects of this institution (especially when the statute of limitations is viewed as a substantive law issue, no one denies its procedural impact). In the light of such conclusions, one would argue that the preferences for a particular approach come from national legal traditions or differences in the manner in which statute of limitations is regulated and remain

---

[57] Varinard A., *La prescription*...op.cit., p. 617 et seq.; Danet J., La préscription de l'action publique, un enjeu de politique criminelle, *Archives de politique criminelle* 2006/1 n° 28, p. 83-85.

[58] See notes prepared by Directorate General for Library, Research and Documentation of the Court of Justice of the European Union on limitation rules: https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2024-04/ndr_limitation_rules_in_criminal_matters_en.pdf [access: 28.09.2025].

purely symbolic, having eventually little leverage on the real cases where the statute of limitations should be applied.

This would be however a misconception, since the treatment of the limitation period as either procedural or substantive law regulation results in different outcomes when we look at either legislative impact or jurisdictional impact on the statute of limitations period. By "legislative impact" I will understand here the situation when legislative power amends the laws regarding statute of limitations in general manner (usually by prolonging the statutory periods), while by "jurisdictional impact (prolongation, interruption, suspension)", I will understand here the situations, generally provided by law, that influence the statute of limitations run in specific cases and result from procedural or factual activities or events occurring in or accompanying specific criminal proceedings. It is connected with one of the main differences between substantive and procedural law in criminal matters, regarding the possible retroactive application of amended laws. In general, it is prohibited to apply retroactively substantive criminal laws, while procedural criminal laws are applied immediately to pending proceedings in accordance with the *tempus regit actum* principle[59].

Looking back at the above-discussed national solutions, let us start inversely with the last one, i.e. the French procedural example. Legislative impact on the statute of limitations periods is ruled by Article 112-2 of the Criminal Code (*Code Pénal*), according to which laws regarding statute of limitations for *action publique* are immediately applicable to criminal offences committed before their entry into force, provided that the limitation period has not run yet. It is a clear manifestation of the *tempus regit actum* principle, stemming directly from the procedural nature of the statute of limitations in French criminal law[60]. The same may be said about

[59] Pietrzykowski Tomasz, *Wsteczne działanie prawa i jego zakaz* [Retroactive application of law and its ban], Kraków: Zakamycze, 2004, p. 274; also see paragraph 144 of the Judgement of European Court of Human Rights of 22 June 2000 in case of Coëme and others v. Belgium, application no. 32492/96 and others.

[60] But, as far as the French example is concerned, the legislative activity of prolonging certain statute of limitations period or the way it is calculated, has met critique in legal science – as André Varinard puts it, these activities are not reasonable and are rather the result of "members of parliament acting

the jurisdictional impact – as it was previously mentioned, interruption reasons are purely procedural, and the fact that their occurrence causes the limitation period to run anew also differentiates it from substantive approach to statute of limitations, where the periods are fixed on the statutory level and cannot be so drastically changed by merely procedural activity (they rely more on the essence of the offence committed rather than the manner in which it is prosecuted). In the French example, as discussed, such activities may not only effectively prolong the limitation period, but even result in a practical lack of limitation period. The suspension is also defined in procedural terms – its reasons are those, of law or of fact, that make the *action publique* temporarily unenforceable (Article 9-3 of CPP).

The Austrian substantive example provides a quite different picture, even if in regard to legislative impact, its functioning is quite similar. Usually, a new law rules the statute of limitations period, unless it has already expired. Austrian doctrine emphasises however that e.g. if a new law mitigates sanctions for a particular offence, a shortened period of limitation resulting from such moderation can be retroactively applied to the benefit of the offender[61]. The discrepancy in comparison to France manifests itself when discussing the jurisdictional impact. The causes of such impact, resulting in effective prolongation or suspension of the statute of limitations, generally stem from substantive law. Examples include a situation when the offence's effect appears sometime after the perpetrator's act – the period between them is not counted for the purposes of the statute of limitations period (§ 58 section (1) of öStGB). Also, as previously discussed, the commission of a new criminal offence hampers time-barring of a previous criminal offence (§ 58 section (2) of öStGB). In case of crimes against minors, the statute of limitations is not effectively running until the victim reaches certain age (§ 58 section (3) item 3 of öStGB). Procedural issues, regarding i.a. immunities to

under the influence of emotions provoked by certain news in media" – Varinard André, *La prescription*...op.cit., p. 629).

[61] Banasik Katarzyna, *Przedawnienie*...op.cit., p. 230-231 and Austrian literature cited therein.

prosecution or some procedural activities, have only secondary importance (§ 58 section (3) item 1 of öStGB).

In Polish criminal law, legislative impact – in general, prolongation of statute of limitations periods – is considered acceptable, provided that these periods were not reached before the new law entered into force[62] (I will discuss this issue in detail in chapter 4), which can be contributed to the procedural aspects of the statute of limitations. The jurisdictional impact is, however, very limited and illustrates rather substantive character of this regulation. While legal obstacles to conduct criminal proceedings suspend the running of limitation period (Article 104 of Polish CC), the only reason for prolongation is the initiation of the criminal proceedings during the basic period of limitation, which adds in general 10 years to the limitation period (Article 102 § 1 of Polish CC). Polish criminal law does not recognise any reasons for interruption of the statute of limitations period. It runs only in periods provided strictly in the Polish CC regulation, which is, as discussed previously, an argument for its substantive character, linked with the evaluation of the gravity of an offence to which a certain period of limitation is assigned.

For the conclusion of this part, I would like to make an observation stemming from the comparison of the exact periods provided in the discussed national regulations (although only major, basic periods – without going into too much detail, especially the offences that are not time-barred, like war crimes or crimes against humanity). If we take into account the regulations of Articles 7-9 of CPP in France, § 57 of öStGB in Austria and Article 101 of Polish CC, it can be observed that while Polish periods of statute of limitations seem longest (even 40 years since the offence was committed), they function within a system where there are the least options to interrupt or suspend their run, so the lengthy periods compensate somehow for inability to stop them in majority of cases.

---

[62] See judgement in the case no. SK 44/03 (footnote no. 42); also, Polish Supreme Court case law starting with judgement of 19 August 1999, I KZP 25/99; later also invoked in i.a. judgement of 26 October 2017, II KK 192/17.

4. Roles of Statute of Limitations in the Public-Individual Interests Dynamics in Criminal Justice

4.1. Proposal of Analytical Framework

Having explored the justifications and nature of the statute of limitations in several legal systems, I would like to turn now to its roles. The discussion of this topic should begin by proposing an analytical framework within which these roles may be perceived. I argue that the dynamics between public and individual interests in the criminal justice system may usefully serve as such a framework. It is an underlying issue in most discussions regarding the criminal process. Many authors define criminal process – its notion, models, principles and categories – through the lenses of public-individual interests' distinction. Even if they are not directly evoked, they echo through their analyses.

To present a few examples, let us start with Herbert Packer's influential paper on *Two Models of Criminal Process*, where the distinction between Crime Control Model and Due Process Model lies i.a. in different sets of interests protected within these models: the first one seeks to protect public order, while the other is symbolized by primacy of the individual and limitation on official power[63]. Similar ideas are present when adversarial and inquisitorial categories, understood as "opposing interests or values within criminal process", are discussed[64]. The controversy whether criminal law belongs to the public or private law sphere is also intrinsically connected with the debate on what interests are predominantly protected by the norms of criminal law[65]. The view of criminal process as a search for equilibrium between public and individual interest is deeply rooted in French legal doctrine, dating back at least to Faustin Hélie's treatise of

[63] Packer Herber, Two Models of Criminal Process, *University of Pennsylvania Law Review* 1964, vol. 113, no. 1, p. 9, 16.

[64] Langer Màximo, The Long Shadow of the Adversarial and Inquisitorial Categories. In: Dubber Markus D., Hörnle Tatiana (ed.), *Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford University Press, 2014, p. 897.

[65] Dubber Markus D., Paradigms of Penal Law. In: Dubber Markus D., Hörnle Tatiana (ed.), *Oxford Handbook*...op.cit., p. 1019.

1866[66]. In France, it is seen as a classic observation, even trivial[67], although its implications are profound and the aim to reconcile these interests is seen as a Herculean task of the criminal process. In Polish doctrine, the tension between public and individual interests in criminal process is a common theme, e.g. in discussions regarding the adversarial principle[68] or the role of the prosecutor as representative of public interest in criminal proceedings[69]. Recently in Polish doctrine, the criminal process has been redefined by Paweł Wiliński as an instrument of solving conflict caused by alleged commission of a crime, which requires an analysis of specific relationships between interests represented in criminal proceedings[70].

Therefore, if one tries to associate statute of limitations with different interests that are at play in criminal proceedings, it may lead one to the following results. From the perspective of individual interests, the statute of limitations may be seen as something generally harmonised with the interests of the defendant, while simultaneously running against the interests of a victim. From the perspective of public interest, statute of limitations may be perceived chiefly as an instrument of the state's criminal policy (i.e. the way the state chooses to deal with delinquency). Let us delve now into these very general (and possibly challengeable) statements.

4.2. Individual Interest Perspective

4.2.1. Right of the Offender (Defendant)

The observation that the statute of limitations run is beneficial for the offender is quite obvious – it eventually leaves him free from

---

66 Guinchard Serge, Buisson Jacques, *Procédure*...op.cit., p. 3-4; F. Hélie, *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, Paris: Henri Plon 1866, p. 4.

67 Pradel Jean, *Procédure*...op.cit., p. 18.

68 See many publications collected in the tome: Wiliński Paweł (ed.), *Kontradyktoryjność w polskim procesie karnym* [Adversarial principle in Polish criminal process], Warszawa: Wolters Kluwer, 2013.

69 Olszewski Radosław, Role prokuratora w postępowaniu karnym [Roles of the prosecutor in criminal proceedings], *Prokuratura i Prawo* 2014, No. 1, p. 52.

70 Wiliński Paweł, *Zarys teorii konfliktu w prawie karnym* [An outline of the theory of conflict in criminal law], Warszawa: Wolters Kluwer 2020, p. 168 et seq.

criminal prosecution and liability. The question remains whether such a benefit is just a factual, natural result of the existence of the discussed legal institution, or rather the offender can claim that it is his right to have his potential criminal liability extinguished after a certain amount of time, therefore, the statute of limitations serves as a legal guarantee – protection from prosecution and punishment. This question arises mainly when the issue of admissibility of prolongation of periods of limitation is analysed, as perception of statute of limitations as an individual right (or at least its expectancy) would serve as an argument against such prolongations.

The discussion on these issues in Polish doctrine has been triggered mainly by several rulings of the Polish Constitutional Tribunal regarding legislative changes to the statute of limitations periods. One of these important decisions[71] assessed the constitutionality of Article 15 of the Criminal Code Implementing Provisions Act[72], according to which the offences committed before the Polish CC entered into force (in 1998) are subject to the periods of limitation provided by this code, unless the period applied under the previous code has already run. The Tribunal stated – contrary to the arguments of the complainant – that the statute of limitations is not subject to the protection of the *nullum crimen sine lege* principle enshrined in Article 42 paragraph 1 of the Polish Constitution ("Constitution")[73]. Until the period of the statute of limitations expires, the offender cannot claim any guarantees regarding the ban on retroactivity of criminal regulation. The statute of limitations cannot be, according to the Tribunal, viewed as an acquired right of the offender, of which the prolongation deprives him. The statute of limitations periods are viewed, by the Tribunal, as an element of criminal policy. The Tribunal also stated that the Constitution does not require the subordinate laws to introduce statute of limitations and its existence is rather a matter of legal tradition and practicality than a constitutionally relevant issue – pointing out to the fact that common law systems does not recognize such institution at all and that the statute of limitations

[71] Abovementioned judgement in case no. SK 43/03.

[72] Dziennik Ustaw [Journal of Laws] of 1997, No. 88, item 554, as amended.

[73] Dziennik Ustaw [Journal of Laws] of 1997, No. 78, item 483, as amended.

prolongation does not violate Article 7 of ECHR, according to European Court of Human Rights ("ECtHR") case law[74].

This and other rulings in this regard were criticised, although by minority of authors. The majority of them, as well as established case-law of the Polish Supreme Court, agreed with these views. Marek Kulik convincingly argued against this dominant[75] set of opinions, pointing out several issues that were overlooked by the Tribunal, the courts and the doctrine. First, he criticised the view that the Constitution is practically silent on the issue of statute of limitations. Articles 43 and 44 of the Constitution are devoted only and directly to this legal institution – the first one states that liability for crimes against humanity and war crimes is not time-barred, while the second introduces a suspension of the statute of limitations for crimes committed by public officials or on their orders and not prosecuted for political reasons. Moreover, these two provisions are in the chapter of the Constitution devoted to personal rights and freedoms. These observations produce two conclusions. First, if the statute of limitations was not a "given", a standard feature for all criminal offences, Articles 43-44 of the Constitution would be superfluous, because creation of regulations establishing exceptions would be illogical if the principle (of criminal offences becoming time-barred) did not exist. Second, since these regulations are placed among others regarding fundamental human rights, also in the context of criminal law and criminal process (the said Article 42, preceding them, enshrines not only the *nullum crimen sine lege* principle, but also presumption of innocence and defence rights), they cannot be construed out of this context. Moreover, Marek Kulik highlights the importance of Article 2 of the Constitution for this issue, wrongly deprecated by the Tribunal and other opinions on this matter. Article 2 enshrines the rule of law principle, from which many specific principles stem in the Tribunal's case law[76], i.a. the principle of protection of citizens' trust in public authorities. According to the cited author, the prolongation of statute of limitations period would be, in general,

---

[74] See abovementioned judgement in Coëme and others v. Belgium.

[75] Kulik Marek, *Przedawnienie karalności*...op.cit., p. 147.

[76] Garlicki Leszek, *Polskie prawo konstytucyjne* [Polish constitutional law], Warszawa: Liber, 2012, p. 61 et seq.

contrary to this principle, which creates on the part of an individual a sense of comfort and safety that their legal situation would not undergo unexpected changes. Prolongation of the statute of limitations introduces such a change, though[77]. Even the wording of ECtHR's *Coeme and others v. Belgium* judgement, treated as an argument for not extending the *nullum crimen* protections to the changes of statute of limitations, may create doubts: this judgment states that the statute of limitations is a "right of an offender not to be prosecuted or tried after the lapse of a certain period of time". Such statement may be thus construed as meaning that it is eventually a right when the period has run; therefore, one may argue that it should be treated as an expectancy of right, when the limitation period is still running.

These arguments may be further supplemented by the fact that Polish doctrine often treats statute of limitations as an institution of substantive criminal law (or having a mixed nature, with substantive aspect being dominant) and as such should be subject to the same guarantees as other substantive regulations of criminal liability. Therefore, justifications for the prolongation of limitation periods, drawn from the sources which treat statute of limitations as a procedural institution (i.e. ECtHR case law), are incoherent with the views on the substantive character of this institution.

In contrast, in France, where the procedural character of the statute of limitations is not questioned, the *droit à l'oubli*, while invoked in this context, is rather in retreat. It is argued that in the case of unpunished crimes, where statute of limitations plays its role in the ability to prosecute, many regulations of French criminal procedure are aimed at postponing the moment when *action publique* becomes time-barred[78]. It is convincingly observed that in modern society, with a significant role of the media, many technologies that aid human memory and (as it was previously mentioned) evidence-gathering activities of criminal justice authorities, as well as strong pro-victim movements, the "right to forget" (or to be forgotten) is no longer viable[79]. Therefore, the perception of statute of limitations as a

---

[77] Kulik Matek, *Przedawnienie karalności*...op.cit., p. 140.

[78] Raschel Evan, Le droit...op.cit., p. 48, 54-58.

[79] Danet Jean, La prescription...op.cit., p. 86.

right of the offender cannot be maintained in the French legal system.A similar view on the obsolete nature of the "forgetting" argument in the contemporary era has been expressed in Austrian doctrine[80].

Nevertheless, the perception of the statute of limitations as an individual right may be, as it was already discussed, rooted in Article 8 of ECHR, as well as – in the Polish legal system – in Article 47 of the Constitution (also enshrining the right to privacy). Some additional, although not decisive, arguments in this regard may be drawn from these ECtHR judgments that point out to the procedural aspect of Article 8, indicating that lengthy proceedings may affect one's private life[81]. It bears some resemblance to the idea, presented among justifications for statute of limitations, that remaining under threat of accusation for an unspecified time would also be detrimental to one's privacy – both in individual and familial aspects. However, if we turn again to the Austrian (and German) literature, doubts have been expressed as to whether the perpetrators are entitled to legal certainty, i.e., whether their confidence that they will not be prosecuted long after the offence is committed is worthy of protection at all[82]. Austrian Supreme Court of Justice consistently confirms, as it was previously stated, that the statute of limitations is ruled by the law applicable at the time when the judgement is passed, unless under earlier legislation its period has already expired and the perpetrator acquired "a right to immunity from prosecution"[83]. Therefore, the law on the statute of limitations may be changed between the time the offence was committed and the time when it is judged, and the perpetrator cannot claim that such a change deprives him of any "acquired" rights, save for the situation that the offence became time-barred before the legislative change. Such views were also upheld as constitutional and consistent with ECHR by the Austrian Constitutional Tribunal (*Verfassungsgerichtshof*)[84].

---

80 Stutzenstein Sarah, *Die Verjährung*...op.cit, p. 279.

81 ECtHR Judgement of 22 April 2010 in case of Macready v. Czech Republic, application no. 4824/06.

82 Stutzenstein Sarah, *Die Verjährung*...op.cit, p. 282.

83 OGH Rechtssatz no. RS0072368, OGH Rechtssatz no. RS0116876.

84 VfGH judgement of 21 June 2021, case no. VfGH G368/2020.

One reservation must be however made regarding the perspective of the defendant's right. It is imaginable that in some cases, statute of limitations as procedural obstacle (reason extinguishing the crime) would not allow the defendant to prove their innocence. Since in all examples analysed, it serves as a reason to discontinue the proceedings, the expiry of the statute of limitations period would result in the deprivation of the defendant of a possibility (or even a right) to be declared innocent by the court based on merits. The decision to discontinue the proceedings after lapse of the statute of limitations period is based solely on the fact that regardless of the proven facts and other premises for one's criminal liability, an amount of time that has passed since the hypothetical criminal event with which one is charged, forbids ruling on the merits. Obviously, such an outcome weakens the reputational aspect of presumption of innocence for the defendant (even if in purely legal terms it remains intact), because the decision in his case is commonly viewed as impotence of justice rather than fair and unequivocal adjudication of the criminal case.

In Poland, the courts have been using the following solution to this problem – if the facts of the case and applicable laws at the moment of adjudication allow for an acquittal, the court should pronounce the defendant not guilty even if the statute of limitations period has already run[85]. It is justified by the procedural importance of the presumption of innocence and its axiological impact on the social relations of the defendant. The courts argue that while statute of limitations expiry is a procedural obstacle that cannot be removed, so the proceedings should be in general deemed inadmissible in such a situation, the fact that the case has been resolved as to the merits demands a ruling on merits (although only to the benefit of the defendant). I would add to these arguments that due to the perception of statute of limitations in the Polish legal system as substantive (or of mixed nature), it can be argued that if it is proven that there had been no criminal offence, then no statute of limitations period could have been running, since this period starts with the actual commission of a crime. If the court established that such an act (meaning not only the existence of factual activity, but also its legal relevance)

[85] See e.g. judgement of the Polish Supreme Court of 27 January 2011, I KZP 27/10.

did not happen, no period of limitation has since been running and thus there is no expiry of such statute of limitations that may be treated as procedural obstacle to ruling on merits.

4.2.2. Limitation on Victim's Interests

The perspective of individual interest, as much as one can be traditionally tempted to equate it with the situation of the offender in criminal proceedings, has its important reverse – the situation of the victim. Victims' interests in the criminal process are now widely recognised, leading to assessment that victims possess "considerable power" within criminal justice systems[86]. The idea that the victim's rights and dignity must be taken into account is expressed in regulations of criminal process – e.g. in Polish CCP, Article 2 paragraph 1 item 3 states that one of the aims of the code is to take into account the victim's interests and to treat victim with dignity, while in France, the Preliminary Article of the CPP states that the judiciary shall make sure that the victim is duly informed and his rights are guaranteed during the entire course of the criminal proceedings. Similar guarantees are provided by the Austrian *Strafprozeßordnung* (§ 10). In such a context, the fact that the statute of limitations period has expired, must also be seen as a limitation of the victim's interest in criminal proceedings. While it may not influence the victim's ability to seek compensation for damages resulting from crime (because usually the civil aspect of the victim's situation resulting from crime can be brought before a civil law court), it makes it impossible to satisfy the victim's potential penal, purely retributive or preventive (i.e. when the victim seeks protection from the offender) expectations[87].

Statute of limitations has therefore two faces in regard to the individual interest – it benefits the offender, but acts to the detriment of the victim. This issue has been most strikingly observed in case of crimes

---

[86] Kirchengast Tyrone, *The Victim in Criminal Law and Justice*, Palgrave Macmillan 2006, p. 228.

[87] About these two aspects of the victim's situation, two purposes of their activity in criminal proceedings, see Casorla Francis, Les victimes, de la réparation à la vengeance?, *Revue pénitentiaire et de droit pénal* 2001, no. 1.

against minors (especially different forms of sexual harassment) and the impossibility to pursue these crimes due to the passage of time. The prosecution's or the victim's inaction in these cases usually results from the fact that such crimes are generally committed secretively, victim is too young to know how to react and frequently lives under the perpetrator's threat (the perpetrator is e.g. a member of the family or someone with power over a minor, like a teacher or priest). The experience of impotence in prosecuting and convicting such offenders led to changes in statute of limitations for such crimes in many jurisdictions, where their period is usually made related to the victim's age – to allow them, after reaching adulthood and legal autonomy, to seek justice. Article 101 paragraph 4 of the Polish CC states that the statute of limitations for i.a. grave offences against life and limb of a minor or offences against sexual freedom of a minor cannot expire before the minor turns 40. Articles 7 and 8 of the French CPP prolong the general limitations period for *crimes* and *délits* in case where they are committed against a minor and stipulate that these periods start from the date when the victim reached the age of majority (adulthood).§ 58 section 3 item 3 of öStGB states that the statute of limitations period does not run until the victim of a criminal offence against life and limb, against liberty or against sexual integrity and self-determination reaches the age of 28, if the victim was a minor at the time of the commission of the offence.

Another example, probably of lesser practical importance but of absolutely fundamental significance as to the legitimacy of criminal justice, is the non-application of the statute of limitations to war crimes and crimes against humanity. It is a matter of constitutional regulations (as discussed), as well as international law[88] – and such exception to the general rule of time-barring of criminal offences is made i.a. in the interest of the victims of these atrocious crimes. These regulations may therefore be seen as a manner in which this negative, from the victim's rights perspective, character of the statute of limitations, is dampened.

[88] See UN Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity of 1968, which is treated just as a declaration of international customary law in this regard "since times immemorial" (Kulik Marek, *Przedawnienie karalności*...op.cit., p. 515).

4.3. Public Interest Perspective – Instrument of the State's Criminal Policy

The public interest perspective sees the statute of limitations periods as an instrument of the state's criminal policy. It can be argued that if we define the criminal policy as the sum of the state's legislative policy in the creation of criminal law, the policy of prosecution and the policy of influencing the manner in which the courts apply criminal sanctions[89], the statute of limitations periods form an important ingredient thereof. They determine how long the state authorities will take an interest and undertake activities in prosecuting and adjudicating criminal offences. Some offences will not become time-barred at all, while others will not be prosecuted after a short period of time. The distribution of these periods (or lack thereof) reflects the state's axiology behind the criminal law, hierarchy of interests, as well as utilitarian aspects of capable prosecutions. It rhymes with the previously discussed assumptions on the admissibility of prolongation of the statute of limitations period – the already cited ruling of the Polish Constitutional Tribunal in case no. SK 44/03 states that the decision in this regard, albeit not entirely discretionary, is an element of the state's criminal policy, rather unrestrained by the Constitution[90]. It is, as it has been said earlier with reference to Austrian doctrine, also linked with such an important choice in shaping the criminal policy as the choice between the principle of legality and the principle of opportunity (discretion) in prosecution.

The idea that the statute of limitations is an important element of criminal policy has been expressed on the grounds of all three legal systems that are mainly discussed in this paper. It has been named "an issue" of criminal policy[91] and proposed amendments are suggested as

---

89 Gardocki Lech, Prawo...op.cit., p. 5.

90 "The statute of limitations should be regarded as an instrument of criminal policy, shaped by the legislator, first and foremost, with criminal policy considerations in mind".

91 Danet Jean, *La prescription*...op.cit., passim; for Polish doctrine see Soćko Michał, Istota i kryminalnopolityczne znaczenie przedawnienia w prawie karnym [The nature and criminal-political significance of limitation in criminal law], *Studia Iuridica Lublinensia*, 2012, 17.

reforms of "legal policy"[92]. As with all instances of state policing, it is not an issue that the state has such an instrument, it is the matter of how such an instrument is used – which aims it serves and how it interacts with people's lives. I would like to discuss here a few different examples when the legislature's influence on statute of limitations regulation and enforcement was a clear representation of current criminal policy; one may argue that it was just general politics (and in the first example – even political drama) invading the field of criminal policy.

In the case no. P 32/06 of the Polish Constitutional Tribunal[93], the Tribunal was seized to decide whether the provisions of an Act of 3 June 2005 amending the Polish CC are constitutional. The said act prolonged periods of limitation for a class of criminal offences, as well as changed from 5 to 10 years the period by which the period of limitation is extended, in case the proceedings were initiated in the basic period of limitation. New periods applied to all pending statute of limitations periods. The draft of the said amendment was proposed by a group of 20 members of the Sejm (lower chamber of the Polish Parliament), adherents of the political party *Prawo i Sprawiedliwość* (Law and Order). This political party has built its position (and was since in power twice, recently ousted from government in 2023 general elections) i.a. on the slogans of fighting common crime with severe measures, bringing to justice the officials of the communist regime in Poland and also ostracizing those democratic opposition politicians who participated in 1989 transformation reforms and allegedly – in the views of this political group – betrayed the ideals of the Solidarity movement. As the legislative motives stated, "This amendment is a response to the paresis of the Polish justice system. The statute of limitations for many crimes, including those of a serious and scandalous nature, urgently requires a prompt parliamentary response"[94].

This phrase clearly shows that the prolongation of statute of limitations was intended here as an instrument of combating protraction of proceedings (which remains to this day a major problem of the Polish

---

[92] Stutzenstein Sarah, *Die Verjährung*...op.cit., p. 369-370.

[93] Judgement of 15 October 2008, P 32/06.

[94] See legislative motives in the Sejm's Paper no. 3785 (Sejm of the 4th term): https://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/wgdruku/3785 [access: 22.03.2025]

system of justice), i.e. a clear element of criminal policy. Regardless of reasonableness of such solution to this problem (because, as Constitutional Tribunal formidably observed, extended periods of limitation allow for slower proceedings, as they will no longer require rush on the part of prosecution and courts[95]), it is the remainder of the motives that requires further discussion: "It should be stressed that the urgency of this legislation is also dictated by the need to save the so-called FOZZ affair from the threat of the statute of limitations. The court's efforts to reach a verdict may be thwarted at the final stage of the judicial proceedings (...) It would be an unquestionable scandal encumbering anyone who did not support the proposed amendment, if the statute of limitations periods for the biggest scandal in Polish democracy were to be reached before the eyes of the whole country (...)"[96].

Some explanations may be in place before delving into this issue in the discussed context of the public interest perspective. The FOZZ affair was indeed a major scandal at the beginning of the Polish transformation in 1989-1991. FOZZ (which stands in Polish for Foreign Debt Operations Fund) was a public fund created to handle Poland's foreign debt that arose during communist times. The money entrusted to FOZZ for its statutory tasks was subsequently embezzled by their management officers. Polish State Treasury lost – according to the indictment against the management – hundreds of millions of Polish zloty (in contemporary currency). The proceedings in this case were protracted – while the indictment act was first sent to court in 1993, in 2005 the verdict was still not pronounced. The public opinion was indeed indignant about these proceedings. No doubt therefore that this case was a failure of the Polish criminal justice system, even if eventually the main perpetrators were convicted in 2005. Does it, however, justify (or more precisely – did it justify almost 20 years ago) a prolongation of the statute of limitations? While the general argument invoked in the draft of the amendment, albeit debatable, might have had some legitimacy from the perspective of criminal policy battling

---

[95] See judgement in the case no. P 32/09; similar observations, in regards to the effectiveness of proceedings, has been made by Stutzenstein Sarah, *Die Verjährung*...op.cit., p. 276-277.

[96] See legislative motives – footnote no. 94.

the protraction of proceedings, the idea that general norms of law are changed for a purpose of a single case is unacceptable, as contrary to axiomatic features of law in continental tradition as a set of general (common) and abstract norms. These motives are also a clear infringement of the separation of powers and the rule of law – because it is not for the legislative power to "save" specific criminal cases adjudicated by courts from anything, as such "saving" would intrinsically mean interference with judicial power's exclusive competence to solve specific legal disputes. Moreover, the rhetorical aspect of the argument regarding the FOZZ affair is purely populist: the members of parliament behind the draft amendment appeal to the general public and pre-emptively accuse anyone opposing their proposal as complicit in allowing the statute of limitations to be reached, and therefore in helping the perpetrators to go unpunished.

Hence, it may be surprising that the Constitutional Tribunal found said regulations constitutional, even though it recognised and criticised the abovementioned motives of the amendment as unacceptable. The Tribunal did not however find that they had influenced in any way the normative side of the regulation, which was – in its essence – admissible in the light of the previous judicial decisions of the Tribunal regarding statute of limitations. This is, in my view, not convincing: the mere fact that the said law applied generally does not change the fact that its creation was based on a single case of the criminal justice system's dysfunction, a case which had a profound political connotation and served as a tool in political battles of that time. The Tribunal abandoned the real, substantive side and effects of the contested regulation for its formal admissibility. This case exists therefore as a dangerous precedent for such legislative interventions, which may be presented as all-encompassing, but in fact tailor-made to serve a particular purpose or particular case. And, from the specific perspective of the statute of limitations, this case shows that statute of limitations may be used as an instrument of criminal policy pursuing in fact goals of current political struggles, often unrelated to criminal law issues. This Polish example is probably not exceptional: it was previously observed (see footnote no. 60) that André Varinard viewed almost all changes made in the recent two decades in the French statute of limitations as incidental and ill-considered legislature's responses to single cases, without any plan and reasonable idea behind them.

While this example may be treated as some extreme negative instance of public interest's impact on statute of limitations, where the public interest is purposefully confounded with a specific party's political agenda, there is a more recent example of changes in the statute of limitations, used to achieve acceptable and legitimate purposes of criminal or even general policy. This example is related to the COVID-19 pandemic which prompted the legislatures of many countries to influence the running of limitation periods in this extraordinary situation. Disruptions of the system of justice caused by lockdowns and quarantines resulted in delays or even temporary inability to conduct proceedings, with a risk of statute of limitations expiring when authorities were unable to act. Pandemic such as COVID-19 is an event that may be treated as force majeure, although the influence of force majeure on the limitation period depends on a particular jurisdiction. In the French criminal process, any factual obstacle of insurmountable character, that may be equated with force majeure, is a reason suspending the run of the limitation period (Article 9-3 of CPP). In the face of the pandemic, however, this regulation was considered insufficient. According to Articles 2 and 3 of the Ordonnance on the Changes of the Rules of Criminal Proceedings based on the State of Necessity in Face of COVID-19 Pandemic Act[97], the periods of limitation run has been suspended from 12 March 2020 until one month after the state of sanitary urgency declared on the territory of France was expired (which in practice meant 10 August 2020). *Cour de cassation* was even seized on the matter of interpretation of these provisions, when the party filing a cassation appeal argued that this suspension applied only to statute of limitations periods expiring during the suspension period and not to those that were supposed to expire afterwards. The Court rejected such an argument and stated that this suspension applied to all statute of limitations periods[98].

In Polish criminal law, there is no equivalent of Article 9-3 of CPP in relation to force majeure; therefore the suspension effect during

[97] Ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation de règles de procédure pénale sur le fondement de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19.

[98] Judgement of the Court of cassation of 7 June 2023, case no. 22-86.644.

pandemic required specific legislative changes. Polish Sejm introduced Article 15zzs to the Act of 2 March 2020 on Specific Solutions Regarding Prevention, Counter-action and Combating COVID-19, Other Infectious Diseases and Crises Caused by Such Diseases[99]. According to this provision, the run of deadlines defined by procedural laws or fixed by courts in criminal proceedings was suspended during a state of epidemic emergency or state of epidemic[100]. On 16 May 2020, this provision was repealed. Then, on 22 June 2021 (i.e. almost a year after the most serious phase of the pandemic), Sejm introduced to the said Act Article 15zzr[1], according to which during the state of epidemic emergency or a state of epidemic declared due to COVID-19 and for a period of 6 months after their revocation, the statute of limitations in criminal matters shall not run. Such regulation was however subsequently declared unconstitutional by Polish Constitutional Tribunal, according to which such provision was unacceptable from the perspective of the principle of protection of trust in public authorities – it did not set in any way maximum deadline for suspension, and the mechanism envisaged in this provision was an oddity, as the very content of a criminal law regulation was decided by administrative acts of the Minister of Health, who introduces and abolishes state of epidemic or epidemic emergency. Moreover, the whole regulation was introduced over a year after the period when the courts and prosecutor's offices were in fact most influenced by lockdowns, and it was not in any way demonstrated that the pandemic had been since disturbing the criminal justice system to the extent that required such suspension of periods of limitation[101].

These COVID-19 examples of influencing periods of limitation may be, from the perspective of public interest, seen as legitimate interventions of public authorities, justified by this truly extraordinary situation, whose global impact remains unprecedented in known human history. The necessity to allow proper functioning of the criminal justice system in these circumstances would seem appropriate and admissible.

---

[99] Dziennik Ustaw [Journal of Laws] of 2020, item 374, as amended.

[100] Both are special administrative regimes introduced by Ministry of Health during epidemics; the state of epidemic emergency is less severe in terms of restraints and limits placed upon the society.

[101] Judgement of the Polish Constitutional Tribunal of 12 December 2023, P 12/22.

However, as the cited ruling of the Polish Constitutional Tribunal shows, such intervention in the statute of limitations regulation, has its boundaries – stemming from factual needs, proper legislation rules and requirements of *nullum crimen* principle to base criminal laws on fixed statutory regulations and not discretionary acts of executive power.

The last topic that comes to mind in the context of a public interest perspective on statute of limitations, is the issue of transitional justice, although discussing it in detail would require another paper and I would like to make only a few remarks in this regard. Defined as "self-conscious contingent construction of a distinctive conception of justice associated with periods of radical political change after past oppressive rule"[102], transitional justice in the field of criminal liability is *per se* connected to the issue of the statute of limitations. Prosecution of wrongdoings of a previous regime is often possible only many years after they were committed. Periods of limitation may therefore have expired or near their end, which basically leaves perpetrators of such wrongdoings unpunished. Perception of such a situation is clear – it is an injustice, therefore the legitimacy and reputation of "transitional justice" becomes tarnished, whereas it is in the public interest to maintain these features of a new order in a particular country. It provokes, obviously, a conflict between "competing claims of justice and legality"[103], as prolongation or even reanimation of expired periods of limitation may be perceived as retroactive application of criminal law and therefore also deprive the new government of its credibility as protagonists of the rule of law. Such action is however absolutely in accordance with the previously discussed interest of the victims of offences committed by the old regime.

In this context, the Austrian struggle with the statute of limitations of Nazi crimes must be mentioned first (although the general manner of Austria's dealing with the period of Nazi rule remains highly controversial). The regulations adopted after many debates in the 1960s, in which different values and perceptions of what is just were invoked, introduced no

[102] Teitel Ruti, *Globalizing Transitional Justice. Contemporary Essays*, Oxford University Press 2014, p. xii.

[103] Posner Eric A., Vermeule Adrian, Transitional Justice as Ordinary Justice, *Harvard Law Review*, January 2004, vol 117, no. 3, p. 797.

statute of limitations for most serious Nazi crimes, although the cases of perpetrators involved in, as Hannah Arendt dubbed it, "bureaucracy of murder", were not covered by these regulations. The confrontation with the Nazi past through criminal proceedings in Austria met many obstacles, although the issue of the statute of limitations was not the only problem[104]. Poland, due to its experience of a transition from a satellite state of the USSR, ruled by the communist party, into a democracy ruled by law in 1989, also faced several issues of transitional justice. The solution was to introduce a regulation (stemming from Article 4 paragraph 1a and Article 2 of the Act on Institute of National Remembrance – Commission for the Prosecution of Crimes against Polish Nation[105]), according to which the statute of limitations period for the so-called communist crimes (i.e. acts committed by functionaries of the communist state between 1917 and 1990, involving the use of repression or other forms of violations of human rights against individuals or groups of people or in connection with such use, constituting offences under the Polish criminal law in force at the time when they were committed) started to run anew on 1 August 1990. It is visible that while recreating the ability to prosecute the crimes after transition, these legal regulations do not criminalise acts that were not already punishable under the criminal law at force when they were committed. It may be therefore seen as an imperfect, but necessary compromise between legality and justice.

5. Conclusion. Justifications Revisited: A Polyphonic Statute of Limitations?

To sum up, I will look again at the justifications for statute of limitations, because even if it is true that they are made *ex post*, they still influence the perceptions of this legal institution and the way it works and performs its roles in the criminal justice system. Starting again with extra-legal justifications, it can be now seen that this manner of justification opens the door to influencing the statute of limitations

[104] Stutzenstein Sarah. *Die Verjährung*...op.cit., p. 355 (a conclusion of earlier chapters devoted to this issue).

[105] Dziennik Ustaw (Journal of Laws) of 1998, No. 155, item 1016, as amended.

periods for extra-legal reasons that are dubious. If one agrees that the existence of statute of limitations may be attributed to healing properties of time and fading memory, others may say something totally contrary (that the memories are not so easily fading and that the lack of justice festers and poisons the victim's life). To allow extra-legal issues to decide on the existence of this institution is to allow them to influence possible prolongations – which, as it was shown, may stem from either legitimate and reasonable premises (COVID-19) or totally political, partisan and populist spectacles (the FOZZ affair prolongation). It may therefore be – in a longer perspective – tricky to seek the justification for the statute of limitations outside of the legally relevant framework. Nevertheless, the issue of memory brought up in this context seems especially important in the contemporary era – as it was stated, the role of media and memory-preserving technologies seems to diminish the significance of "forgetting" justification. There are, however, defenders of this justification and their arguments cannot be overlooked – in particular when they describe social and psychological dangers resulting from contemporary hypermnesia and disappearance of a healthy ability to "let things go"[106]. Leaving an offence unpunished need not always be legitimised by mercy or forgiveness, but sometimes can become an act of just freeing oneself (or a group of people) from the ghosts of the past.

Intra-legal justifications are less prone to abuse, due to their interference with the entirety of a particular legal system. The choice between substantive law or procedural law justifications seems to be more a function of tradition and other elements of a system. There is no obvious advantage of one over the other. It cannot be overlooked however that there is a correlation between the nature of the statute of limitations and a principle governing the criminal prosecution in a particular country. In France, the procedural justification (and character, for that matter) of the statute of limitations is connected with the opportunity principle (Article 40-1 of CPP) which is a procedural solution to the question of which offences are practically prosecuted. While the French prosecutor cannot pursue time-barred offences,

[106] Hardouin Le Goff Caroline, Défense de l'oubli, *Les Cahiers de la Justice* 2016/4 N° 4, passim.

the lack thereof is not sufficient for the exercise of *action publique*. In Poland and Austria, with the legality principle in prosecution (Article 10 of the Polish CCP and § 2 of the *Strafprozeßordnung*), the statute of limitations is, with its substantive aspect, strictly connected with the ability to engage in the prosecution of a criminal offence. It can also be observed that substantive law justifications and the character of statute of limitations is more coherent with the perception of this institution as a right of the offender. The procedural justifications and character allow more freedom for the public interest to emerge as an impactful factor on how the statute of limitations is changed and applied. Those different choices seem equally reasonable and legitimate, especially if we realise that they cannot be perceived as some separate issues, without the context of their respective legal systems.

The overview of the statute of limitations justifications, approaches to its nature and roles in the criminal justice systems paints an image of a polyphonic legal institution, with a plethora of justifications and uses. While the concept and notion that "there is time" to also stop prosecution and extinguish criminal liability seems common, it does not take one form in continental legal systems. What remains visible in all approaches to this topic is a feeling of unease that the mere passage of time may prevent justice from being achieved – that the lack of binding fact-finding in the judgement, due to said limitation, is a failure of justice. On the other hand, there are situations in which the prolongation of statute of limitations periods, so something contrary, is also viewed as unjust. It seems therefore that there is no zero-one answer to the question of whether the statute of limitations is a tool of justice and whose interests it eventually serves. While these questions must remain unanswered, the difficulty of defining the statute of limitations within their scope stems directly from its polyphonic nature, in which different voices and stances that are at play in the criminal justice system are simultaneously heard, understood and taken into account. This search for a middle ground between the public and individual interests, as well as between failure to rule on merits and eternal prosecution (both representing injustice), shapes the statute of limitations as we see it.

References

Banasik Katarzyna, *Przedawnienie w prawie karnym w systemie kontynentalnym i anglosaskim* [Statute of limitations in criminal law of continental and common law systems], Warszawa: Wolters Kluwer, 2013.

Beccaria Cesare, *On Crimes and Punishments and Other Writings*, Cambridge University Press, 1995.

Bieńkowska Beata, (in:) Kruszyński Piotr (ed.), *Wykład prawa karnego procesowego* [A lecture on criminal procedure], Białystok: Temida 2, 2012.

Casorla Francis, Les victimes, de la réparation à la vengeance?, *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2001, no. 1.

Danet Jean, La préscription de l'action publique, un enjeu de politique criminelle, *Archives de politique criminelle*, 2006/1, n° 28, DOI 10.3917/apc.028.0073

Dubber Markus D., Paradigms of Penal Law. In: Dubber Markus D., Hörnle Tatiana (ed.), *Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford University Press, 2014.

Dudka Katarzyna, Paluszkiewicz Hanna, *Postępowanie karne* [Criminal proceedings], Warszawa: Wolters Kluwer, 2024.

Gardocki Lech, *Prawo karne* [Criminal law], Warszawa: C.H. Beck, 2011.

Garlicki Leszek, *Polskie prawo konstytucyjne* [Polish constitutional law], Warszawa: Liber, 2012.

Guinchard Serge, Buisson Jacques, *Procédure pénale*, Paris: LexisNexis, 2019.

Hardouin-Le Goff, Caroline, Défense del'oubli, *Les Cahiers de la Justice* 2016/4 N° 4.

Hélie Faustin, *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du code d'instruction criminelle*, Paris: Henri Plon, 1866.

Janusz-Pohl Barbara, (in:) Wiliński Paweł (ed.), *Polski proces karny* [Polish criminal process], Warszawa: Wolters Kluwer, 2022.

Jeanclos Yves, *Droit pénal européen. Dimension historique*, Paris: Ed. Economica, 2009.

Kirchengast Tyrone, *The Victim in Criminal Law and Justice*, Palgrave Macmillan, 2006.

Kulik Marek, *Przedawnienie karalności i przedawnienie wykonania kary w polskim prawie karnym* [Statute of limitations on punishability of an act and on execution of a sanction in Polish criminal law], Warszawa: C.H.Beck, 2014.

Lagodny Otto, „Was wäre ohne die Norm?“ – Zur Rekonstruktion selbstverständlicher Rechte. In: Wöhle Claudia, Augeneder Silvia, Urnik Sabine (ed.), *Rechtsphilosophie. Vom Grundlagenfach zur Transdisziplinarität in den Rechts – Wirtschafts – und Sozialwissenschaften. Festschrift für Michael Fischer*, Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH. 2010.

Langer Màximo, The Long Shadow of the Adversarial and Inquisitorial Categories. In: Dubber Markus D., Hörnle Tatiana (ed.), *Oxford Handbook*...op.cit.

Marszał Kazimierz, *Przedawnienie w prawie karnym* [Statute of limitations in criminal law], Warszawa: PWN, 1972.

Marszał Kazimierz, Uzasadnienie przedawnienia w teorii prawa karnego [Justification for statute of limitations in the theory of criminal law], *Państwo i Prawo,* 1964, vol. 11.

Olszewski Radosław, Role prokuratora w postępowaniu karnym [Roles of the prosecutor in criminal proceedings], *Prokuratura i Prawo*, 2014, No. 1.

Packer Herber, Two Models of Criminal Process, *University of Pennsylvania Law Review*. 1964, vol. 113, no. 1.

Pietrzykowski Tomasz, *Wsteczne działanie prawa i jego zakaz* [Retroactive application of law and its ban], Kraków: Zakamycze, 2004

Pradel Jean, *Procédure pénale*, Paris: Éditions Cujas, 2019.

Posner Eric A., Vermeule Adrian, Transitional Justice as Ordinary Justice, *Harvard Law Review*, January 2004, vol 117, no. 3.

Raschel Evan, Le droit à l'oubli en matière pénale: peut-on oublier une infraction? In: Caire Anne-Blandine, Lantero Caroline (ed.), *Dossier:"Le droit à l'oubli", Actes du colloque de Clermont Ferrand du 25 mars 2015*, La Revue du Centre Michel de L'Hospital [éd. électronique], n° 8, 2016. (hal-01398760).

Sakowicz Andrzej, Wprowadzenie do rozdziału XI [Introduction to chapter 11] In: Królikowski Michał, Zawłocki Robert (ed.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do artykułów 1-116* [Criminal Code. General Part, Commentary to Articles from 1 to 116], Warszawa: C.H.Beck 2021.

Soćko Michał, Istota i kryminalnopolityczne znaczenie przedawnienia w prawie karnym [The nature and criminal-political significance of limitation in criminal law], *Studia Iuridica Lublinensia*, 2012, vol. 17.

Stutzenstein Sarah, *Die Verjährung im österreichischen Strafrecht Theoretische Grundlagen und Entwicklung unter besonderer Berücksichtigung von systemischem Unrecht*, Vienna: Vienna University Press, 2022.

Śliwiński Stanisław, *Polski proces karny przed sądem powszechnym. Zasady ogólne* [Polish criminal process before a common court. General principles], Warszawa: PWN, 1959.

Teitel Ruti, *Globalizing Transitional Justice. Contemporary Essays*, Oxford University Press 2014.

Vachev Valeri, Charakter prawny przedawnienia karalności w polskim prawie karnym [The legal nature of the statute of limitations in Polish criminal law]. *Studia Iuridica*, vol. 93, 2022.

Varinard André, La prescription de l'action publique: une institution à reformer. In: *Le droit penal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Paris: Éditions Cujas, 2006.

Wasik Izabela, Instytucja przedawnienia w austriackim Kodeksie karnym z 1852 r. [The institution of the statute of limitations in the Austrian Criminal Code of 1852], *Annales Universtitatis Mariae Curie-Sklodowska*, Sectio G, vol. LXXII, 1, 2025

Wiliński Paweł (ed.), *Kontradyktoryjność w polskim procesie karnym* [Adversarial principle in Polish criminal process], Warszawa: Wolters Kluwer, 2013.

Wiliński Paweł, *Zarys teorii konfliktu w prawie karnym* [An outline of the theory of conflict in criminal law], Warszawa: Wolters Kluwer, 2020.

Wróbel Włodzimierz, Zoll Andrzej, *Polskie prawo karne. Część ogólna* [Polish criminal caw. General part], Kraków: Znak, 2013.

Authorship information

Kacper Oleksy. PhD and Master of Law, University of Warsaw, Faculty of Law and Administration. Assistant professor at the University of Warsaw, Poland. k.oleksy@wpia.uw.edu.pl

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.

Data Availability Statement: In compliance with open science policies, all data generated or analyzed during this study are included in this published article.

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

- Submission: 23/03/2025
- Desk review and plagiarism check: 30/03/2025
- Transfer to V11N3: 20/06/2025
- Review 1: 25/07/2025
- Review 2: 03/09/2025
- Preliminary editorial decision: 18/09/2025
- Correction round return: 30/09/2025
- Final editorial decision: 01/10/2025

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Reviewers: 2

How to cite (ABNT Brazil):

OLEKSY, Kacper. The Statute of Limitations in 21st Century: Between Public and Individual Interests in the Criminal Justice System. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 11, n. 3, e1199, set./dez. 2025. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v11i3.1199

License Creative Commons Attribution 4.0 International.

Persecução penal: investigação, juízo oral e etapa recursal

Criminal prosecution: investigation, public oral trial and appeal

Duas décadas de atuação do Ministério Público Federal em crimes contra o mercado de capitais: lacunas, prioridades e perspectivas

Two Decades of Federal Prosecution in Capital Market Fraud: Gaps, Priorities, and Perspectives

Nahama Gomes dos Santos[1]

Fundação Getúlio Vargas– São Paulo, SP, Brasil

ives-nahama@hotmail.com

http://lattes.cnpq.br/1058051012164147

https://orcid.org/0000-0001-6879-5565

Resumo: A atuação do Ministério Público Federal (MPF), responsável pela defesa da ordem jurídica e dos interesses públicos no Brasil, em crimes contra o mercado de capitais, tem sido marcada por uma série de lacunas e desafios. Nesse contexto, a questão que orienta o estudo é: na agenda de atuação do Ministério Público Federal, qual o espaço destinado ao *enforcement* penal em mercado de capitais? Para tanto, utiliza-se a metodologia de análise documental de editais de concurso, provas, relatórios, materiais de apoio e eventos de capacitação, totalizando 2.820 unidades de análise.. Em conclusão, os resultados revelam que a prioridade institucional do MPF desde 2013 tem sido o combate à corrupção, especialmente após a operação Lava Jato, em

[1] Doutoranda em Direito e Desenvolvimento na Fundação Getúlio Vargas/SP, na Linha de Direito dos Negócios, com apoio da Bolsa Mario Henrique Simonsen de Ensino e Pesquisa. Pesquisadora bolsista do Núcleo de Estudos em Mercados Financeiro e de Capitais (MFCap) da FGV/SP. Mestre em Direito Constitucional Público pela Universidade Federal do Ceará (PPGD/UFC), com mobilidade acadêmica na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Foi coordenadora do Núcleo de Estudos em Ciências Criminais (NECC/UFC). É pesquisadora-bolsista, durante o Doutorado, pela CAPES pelo Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições de Ensino Particulares (PROSUP). Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra e IBCCRIM. Advogada criminal com ênfase em criminalidade econômica e de empresa (em licença).

detrimento de outras funções, incluindo a atuação no mercado de capitais, temática ausente nas provas para procuradores, surgindo apenas de maneira marginal, no 30º concurso, em 2022. Diante desse cenário, o estudo propõe uma reflexão crítica sobre a necessidade de uma abordagem mais equilibrada e estratégica por parte do MPF, que contemple a criação de núcleos especializados e o fortalecimento da capacitação de seus membros para enfrentar os complexos desafios dos crimes financeiros contemporâneos.

Palavras-chave: Ministério Público Federal; *Enforcement* em mercado de capitais; Pesquisa empírica; *Insider trading*.

Abstract: *The performance of the Brazilian Federal Prosecution Service (MPF), responsible for upholding the legal order and public interests, in capital market fraud has been marked by significant gaps and challenges. In this context, this article examines the MPF's enforcement agenda and the role of criminal enforcement in capital markets. To achieve this, a documentary analysis methodology was employed, reviewing 2,820 documents, including public examination notices, exams, reports, supporting materials, and training events. The findings reveal that, since 2013, the MPF's institutional priority has been combating corruption—especially after Operation Car Wash—at the expense of other areas, including capital market enforcement, which has been largely absent from prosecutor exams, appearing only marginally in the 30th examination in 2022. Given this scenario, the study calls for a critical reflection on the need for a more balanced and strategic approach by the MPF, advocating for the creation of specialized units and enhanced training for its members to tackle the complex challenges of contemporary financial crimes.*

Keywords: *Brazilian Federal Prosecution Service; Capital Market Enforcement; Empirical Research; Insider Trading.*

Introdução

O Ministério Público Federal (MPF) ocupa posição central no sistema de justiça brasileiro, sendo responsável pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Sua atuação não se limita ao campo criminal, abrangendo também o controle da atividade policial, a supervisão da execução de penas

e a proteção de direitos coletivos e difusos. Entre esses bens jurídicos, destaca-se a ordem econômica, reconhecida constitucionalmente como interesse coletivo a ser protegido.

É nesse horizonte que se insere a atuação do MPF no mercado de capitais, componente essencial do sistema financeiro nacional e elemento estruturante da ordem econômica. A tutela penal desse setor, em especial quanto a delitos como o uso de informação privilegiada, evidencia não apenas a função repressiva da instituição, mas também seu papel de garantir a confiança pública e a integridade de um espaço fundamental para o desenvolvimento econômico do país.

No Brasil, a Lei nº 10.303/2001 ampliou a proteção penal do mercado de capitais ao tipificar condutas específicas contra esse ambiente. Mais de duas décadas depois, contudo, a atuação do MPF nesse campo permanece restrita e inconsistente, com poucas ações penais ajuizadas e ausência de especialização e priorização institucional.

O MPF integra uma rede de *enforcement* composta pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), responsável por identificar e comunicar indícios de crime, pela Polícia Federal, incumbida das investigações, e pelo Poder Judiciário, que exerce a função de julgar. Nesse arranjo, cabe ao MPF papel decisivo, em virtude de deter a titularidade exclusiva da ação penal pública.

Os dados levantados, entretanto, indicam que essa centralidade é mais formal do que efetiva. A ausência de núcleos especializados, a baixa articulação com órgãos reguladores e a seletividade das prioridades institucionais resultam em um desalinhamento entre o mandato constitucional do MPF e sua prática concreta.

Diante desse quadro, a questão que se coloca é: quais são os espaços que o *enforcement* penal em mercado de capitais efetivamente ocupa na agenda de atuação da instituição? Parte-se, assim, da hipótese de que esse espaço é mínimo[2].

---

[2] A formulação dessa hipótese decorre da combinação entre revisão da literatura especializada e levantamento empírico preliminar. De um lado, trabalhos acadêmicos indicam a baixa centralidade dos crimes contra o mercado de capitais na agenda institucional do MPF, especialmente quando comparados ao protagonismo no combate à corrupção. De outro, a análise exploratória de ações penais consultadas nos sites dos tribunais federais revelou um número

A relevância desta pergunta de pesquisa reside no entendimento das prioridades institucionais do MPF, bem como nas implicações de sua atuação – ou inação – para a proteção do mercado de capitais e a promoção da justiça no Brasil. Este estudo pretende examinar como a tutela penal do mercado de capitais é abordada pelo MPF, considerando fatores como a formação e capacitação de seus membros, a estrutura organizacional da instituição, e as políticas institucionais de repressão aos crimes.

A pergunta de pesquisa surgiu de uma curiosidade derivada de estudos vinculados a uma agenda de pesquisa mais ampla, relacionada ao desenho institucional do *enforcement* no mercado de capitais. Esses estudos não identificaram, na fundamentação teórica ou em pesquisas anteriores, investigações sobre uma possível relação entre a formação do Ministério Público e a sua agenda de atuação. Essa lacuna é precisamente o ponto que o artigo busca contribuir para preencher.

Pois, a despeito de avanços normativos relacionados ao *enforcement* no mercado de capitais, a atuação do MPF nestes crimes continua a ocupar espaço marginal na agenda institucional.

A tese deste trabalho é que essa marginalidade decorre não apenas de fatores conjunturais, como, por exemplo, a priorização do combate à corrupção, mas de lacunas estruturais ligadas à formação dos procuradores, à ausência de núcleos especializados e à falta de estratégias de coordenação interinstitucional. No fundo, a questão que se busca responder é se a instituição estaria cumprindo, de maneira efetiva, a função constitucional estabelecida no artigo 127 da Constituição Federal de 1988.

O argumento central[3] é que o MPF se consolidou como protagonista no combate à corrupção, mas negligenciou sua função constitucional

---

bastante reduzido de casos relacionados ao uso de informação privilegiada, confirmando a percepção de subvalorização do tema. Assim, a hipótese de que o espaço destinado ao enforcement penal em mercado de capitais é mínimo resulta tanto de evidências documentais quanto de achados empíricos preliminares, que orientaram o desenvolvimento do estudo.

[3] Todavia, não se pode ignorar a existência de hipóteses alternativas que também poderiam explicar o fenômeno. Uma delas é a menor incidência relativa desses crimes no cenário brasileiro, o que reduziria, em termos proporcionais, o número de casos levados ao Judiciário. Outra possibilidade reside em deficiências investigativas em órgãos externos à atuação do MPF, como a CVM e a Polícia Federal, cujos fluxos de detecção e apuração condicionam a

de proteção ampla do interesse público, a exemplo da sua atuação no *enforcement* penal de ilícitos de mercado.

Na primeira seção, o trabalho contextualiza a estrutura e as atribuições do MPF, que, embora possua competência exclusiva da ação penal, apresenta uma atuação limitada em crimes como uso de informação privilegiada (*insider trading*) tipificado pela Lei nº 10.303/01. Em seguida, o estudo discute o desenho institucional do "novo" Ministério Público e seus princípios fundamentais, como unidade, indivisibilidade e independência funcional, que moldam a atuação do órgão, mas também geram desafios, como a falta de uniformidade e transparência.

A pesquisa adota como metodologia a análise documental, examinando 2.82 unidades de análises originárias do MPF entre 2005 e 2022, incluindo editais e provas de concurso, relatórios de gestão, comunicados da 5ª CCR, resoluções, portarias, cartilhas e materiais de capacitação.

Esses dados foram coletados em bases institucionais do MPF, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU). O referencial teórico parte da literatura sobre enforcement no mercado de capitais e da teoria institucional[4], segundo a qual a visibilidade normativa e a capacidade organizacional condicionam a efetividade da ação estatal. A hipótese que orienta a análise é a de que o MPF prioriza áreas de alta legitimidade política e midiática (como corrupção), relegando os crimes de mercado a um plano secundário.

---

chegada das comunicações à esfera penal. Também se poderia cogitar fatores de ordem cultural e normativa, como a percepção social de menor gravidade dos ilícitos de mercado em comparação a outros crimes econômicos, ou ainda a escassez de precedentes judiciais consolidados, que gera insegurança sobre os contornos da responsabilização penal. Soma-se a isso a dimensão da capacidade estatal, uma vez que limitações orçamentárias, déficit de quadros especializados e a concentração de recursos em áreas de maior visibilidade política (como corrupção ou crimes ambientais) restringem o espaço para a priorização de ilícitos de mercado. Embora essas alternativas não sejam aprofundadas no presente trabalho, mas sim na Tese, reconhecê-las é fundamental para situar a hipótese principal no conjunto de variáveis que influenciam a baixa densidade do enforcement penal em matéria de mercado de capitais.

[4] Conforme constante nas referências, o artigo segue a literatura de Arantes, Pires, Lotta e Oliveira, devidamente citados nas referências no corpo do texto e ao final do artigo.

Na sequência, são apresentados e discutidos os dados da pesquisa documental, que contou com análise de 2.820 documentos[5], dentre eles editais de concursos e análise de sites institucionais, tanto no âmbito do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) quanto na Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU). Por fim, apresenta-se a conclusão.

1. O desenho institucional do "novo" Ministério Público (Federal): breve histórico, princípios e escopo de atuação.

As instituições possuem características duradouras, moldadas por regras formais e informais acumuladas ao longo do tempo. Tais regras incluem dispositivos legais que delimitam o espaço formal de ação, convenções e rotinas condicionadas pelo contexto histórico e pelo perfil de seus membros. Esses elementos são incorporados à instituição e produzem padrões de comportamento relativamente estáveis, funcionando como um "slogan" que orienta sua atuação. Ainda assim, arranjos e lemas

[5] Uma nota metodológica necessária é de que a análise empreendida neste estudo não resultou na construção de tabelas de dados brutos passíveis de depósito em repositórios. O procedimento metodológico adotado consistiu na leitura integral, manual e sistemática de aproximadamente 3.000 documentos que compõem o corpus de pesquisa, com registros analíticos incorporados diretamente ao desenvolvimento do trabalho. A investigação tem natureza qualitativa e analítico-descritiva, fundamentando-se na imersão completa no material, sem sua fragmentação em planilhas ou bases quantitativas, já que são editais de concursos, notícias e paginas de eventos, por exemplo. Tal abordagem permitiu considerar cada documento em sua integralidade, forma e conteúdo, evitando perdas inerentes a processos de tabulação bruta. Além disso, parte dos documentos examinados vincula-se ao desenvolvimento da tese de doutorado da autora, ainda em curso, razão pela qual não é possível divulgar registros intermediários sem comprometer os critérios de originalidade e ineditismo acadêmico. Para assegurar transparência e reprodutibilidade, todos os documentos analisados são de acesso público e encontram-se devidamente referenciados neste artigo, possibilitando a qualquer leitor interessado acessar o material bruto e reproduzir o percurso de leitura integral que fundamenta as conclusões apresentadas. Essa estratégia metodológica encontra respaldo nas boas práticas em pesquisas qualitativas, pois garante transparência quanto às fontes, rastreabilidade do corpus e, ao mesmo tempo, respeita os limites próprios da abordagem adotada e as exigências de ineditismo acadêmico.

institucionais não são estáticos: podem ser reformulados em função de interesses e conjunturas históricas específicas, o que gera novas trajetórias[6].

No caso brasileiro, a literatura especializada converge em reconhecer a singularidade do Ministério Público. Essa singularidade decorre da possibilidade de sua atuação extrapolar[7] o campo criminal, alcançando funções como o controle da atividade policial, a supervisão da execução penal e a defesa de direitos coletivos e individuais homogêneos.

Sob o "lema da defesa da sociedade e da justiça social, o Ministério Público adquire, na Constituição de 1988"[8], a tarefa de controle externo

---

[6] VIEGAS, Rafael Rodrigues et al. O espaço formal de ação do Ministério Público entre 1989 e 2016: mudanças incrementais e ativação estratégica. *Direito Público*, v. 19, n. 101, 2022. DOI: https://doi.org/10.11117/rdp.v19i101.5769. Disponível em: https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/5769. Acesso em: 24 ago. 2024. p. 432.

[7] Em um breve histórico, Ludmila Ribeiro narra que "a conformação organizacional do MP brasileiro é consequência de um movimento iniciado na transição do autoritarismo para a democracia, que buscava o maior acesso à justiça para a população mais pobre. Ao longo da ditadura militar (1964-1985), o promotor de justiça era responsável pelo atendimento jurídico da população hipossuficiente, sendo evidente como os indivíduos que viviam em contextos de desvantagem concentrada sofriam com a ausência de determinados serviços públicos e com a violência de agentes públicos. Nessa época, o MP era um órgão especializado do Poder Executivo, como ocorre nos demais países. Durante a constituinte, os promotores de justiça passam a reivindicar uma atuação mais expressiva por parte do MP, argumentando que esse deveria ter atribuições mais amplas do que a acusação penal". O resultado dessa mobilização foi a sua consagração como instituição autônoma e independente no capítulo "Das funções essenciais à Justiça" da CR/1988" "É a partir deste momento que o Ministério Público passa a ter a responsabilidade de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da CR/1988), o que ampliou as competências do MP para além da titularidade da ação penal pública (art. 129)". Cf. RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes. Ministério Público: velha instituição com novas funções? *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 113, p. 51-82, set. 2017. DOI 10.4000/rccs.6654.

[8] Na CF/88 também é confirmada a prerrogativa de promover ação civil pública, ampliando quase ilimitadamente o campo de abrangência do órgão na defesa de direitos difusos e coletivos no contexto de uma independência funcional nunca ao deixar de ser um apêndice do poder executivo, exercendo a função de representante do interesse público. VIEGAS, Rafael Rodrigues et al. O espaço formal de ação do Ministério Público entre 1989 e 2016: mudanças incrementais e ativação estratégica. *Direito Público*, v. 19, n. 101, 2022. p. 432.

das polícias, com autoridade para "requisitar diligências investigatórias e determinar a instauração de inquérito policial

Essa independência, que se refere à capacidade de executar tarefas sem interferência política, baseia-se em princípios fundamentais do órgão: unidade, indivisibilidade e independência funcional[9] (§ 1º do art. 127[10]).

Pelo princípio da unidade, o MP é considerado uma única instituição, embora organizada em ramos e sujeita a diferentes vinculações, sendo composta pelos Ministérios Públicos Estaduais e Ministério Público da União[11] (MPU).

A ideia de unidade, por sua vez, implica que a fala de um único [membro] é recebida como se fosse a voz de todo o órgão. Essa lógica, no entanto, se complexifica diante da extensão territorial brasileira e das múltiplas nuances que essa condição inevitavelmente impõe.

Na indivisibilidade – princípio oposto ao de "juiz natural" –, um integrante do MP[12] pode ser substituído por qualquer outro a qualquer tempo, sem que isso prejudique o andamento das atividades em execução[13]

---

[9] ARANTES, Rogério Bastos. Ministério Público na fronteira entre a Justiça e a Política. *Justitia*, São Paulo, v. 197, p. 325-335, 2007.

[10] "CAPÍTULO IV - Das Funções Essenciais à Justiça. Seção I - Do Ministério Público: art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. § 1º - São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional."

[11] Este é apenas uma figura formal, sem um corpo próprio ou uma sede própria, resultado da união fictícia entre os Ministérios Públicos Federal, Militar, do Trabalho e do Distrito Federal e Territórios.

[12] José Eduardo Sabo Paes pontua que pelo princípio da indivisibilidade quem está presente em qualquer processo é o Ministério Público, ainda que seja por intermédio de um determinado promotor ou procurador de justiça. Por isso, a expressão "representante do Ministério Público" não é tecnicamente adequada para a eles se referir. Cf. PAES, José Eduardo Sabo. O Ministério Público na Constituição Brasileira: sua natureza, princípios e estrutura. *Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, n. 7, 2003. p. 6.

[13] LEMGRUBER, Julita *et al*. *Ministério Público*: Guardião da democracia brasileira? Rio de Janeiro: CESeC, 2016. p. 14

e funciona como mecanismo garantidor da independência funcional e assegurador da unidade institucional[14].

Já o princípio da independência funcional refere-se à execução de suas convicções dentro do campo que lhe é descrito pelas normas juridicamente válidas e "garante não só ausência de subordinação do Ministério Público a qualquer dos três poderes (Executivo, Legislativo ou Judiciário) como assegura a seus membros carreira, administração e orçamento próprios, além de ampla autonomia no exercício de suas atividades-fim, não estando eles submetidos intelectual ou ideologicamente a seja quem for"[15].

Como uma organização burocrática complexa e extensa com características típicas do ramo jurídico da burocracia pública, o MP conforma mais de uma centena de órgãos e departamentos organizados pelos princípios da hierarquia e da estabilidade funcional, interligados por temas cuja atuação detém poucos assuntos referentes à sociedade brasileira que não possam ser transformados em uma questão judicial.

Dentre as matérias previstas para a atuação do Ministério Público, a Lei nº10.303/01 foi a responsável por instituir os atuais tipos penais dos crimes contra o mercado de capitais apresentando-se como espécie de *mero* reforço[16] para o *enforcement* regulatório cível e administrativo[17].

---

[14] TEIXEIRA, Francisco Dias. Princípios constitucionais do Ministério Público, ainda. *Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União*, n. 10, p. 11-30, 2004.

[15] *Ibid*.

[16] BORBA, Thiago Cochenski. Acessoriedade Administrativa e Dúvida sobre a Proibição nos Crimes contra o Mercado de Capitais. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, v. 17, n. 1, p. 171-193, 2023. https://doi.org/10.58766/rpgbcb.v17i1.1207. p. 175.

[17] O *enforcement* penal em crimes contra o mercado de capitais se estrutura em uma rede institucional composta por órgãos com funções distintas, porém interdependentes. A Comissão de Valores Mobiliários (CVM) desempenha papel primordial na supervisão do mercado e, por força do art. 12 da Lei nº 6.385/76, possui o dever legal de comunicar ao Ministério Público Federal sempre que identificar indícios de ilícitos penais em seus processos administrativos sancionadores. A Polícia Federal (PF), por sua vez, é responsável pela investigação criminal, instaurando inquéritos policiais a partir das comunicações recebidas ou de requisições diretas do MPF. Já o Poder Judiciário exerce a função de julgar as ações penais eventualmente propostas, estabelecendo precedentes que fixam competência e delimitam a interpretação da lei, como

A competência para julgar os crimes, que hoje é consolidada como da Justiça Federal, não veio tão somente por força do inciso IV[18] do artigo 109 da Constituição Federal, mas foi a partir de extensa discussão doutrinária[19] e jurisprudencial[20] que a posição pontuada no Caso Sadia e Perdigão[21] foi pacificada.

---

ocorreu no emblemático caso *Sadia-Perdigão*, que consolidou a atribuição da Justiça Federal nesses crimes. Nesse arranjo, o Ministério Público Federal (MPF) ocupa posição central e insubstituível, por deter a titularidade exclusiva da ação penal pública (art. 129, I, CF/88), sendo o único órgão legitimado a transformar as comunicações da CVM e os relatórios da PF em denúncias criminais capazes de mobilizar o Judiciário.

18 "Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral."

19 Em visão diametralmente oposta, De Sanctis e Áureo Natal de Paula "entendem não haver que se falar em atração da competência da Justiça Federal, nos termos do inciso VI, do artigo 109, da Constituição Federal, quando do silêncio do legislador ordinário. O crime de *insider trading* seria um crime tipicamente do sistema financeiro, de forma que incumbia ao legislador determinar expressamente a competência para seu julgamento. Uma vez que o delito não trata, no entender dos autores, de infração penal praticada contra bens, serviços ou interesse de entidade autárquica da União". Cf. MARTIN DE SANCTIS. *Punibilidade no sistema financeiro nacional*. Tipos penais que tutela o sistema financeiro nacional. Campinas/SP: Millenium, 2003. p. 119; e DE PAULA, Áureo Natal. *Crimes contra o sistema financeiro nacional e o Mercado de capitais*. Comentários à Lei 10.303/01 à Lei 6.385/76. Doutrina e Jurisprudência. Curitiba: Juruá, 2006. p. 35.

20 O Recurso Extraordinário n° 502.915-8/SP, de relatoria do então Ministro Sepúlveda Pertence, afirmou que "não estaria convencido de que "o art. 109, VI, da Constituição, não esgota a disciplina quanto à competência da Justiça Federal relativamente aos crimes contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira". Pois o inciso, em verdade, ampliaria a competência da Justiça Federal, "a partir das peculiaridades de determinadas condutas lesivas ao sistema financeiro nacional e à ordem econômico-financeira", recomendando-se que fossem "apreciadas pela Justiça Federal, mesmo que não abrangidas pelo art. 109, IV, da Constituição". BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Recurso Extraordinário 502.915-8/SP*. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 13 de fevereiro de 2007. DJE, Brasília, DF, n. 81, 27 abr. 2007. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=444800. Acesso em: 17 ago. 2024.

21 Um fato importante entre a denúncia e o seu recebimento é que houve a determinação do Juízo da 6ª Vara Federal especializada em crimes contra o

Porém, mesmo após a fixação de competência e passados vinte anos desde a promulgação da lei que incorporou o tipo penal de uso de informação privilegiada no Brasil, são poucos os casos judicializados[22] ao longo dos 20 anos da criminalização: totalizam-se dez ações penais sobre o tema, com apenas um julgado até a instância do Superior Tribunal de Justiça[23], o mesmo que discutiu e fixou a competência federal.

A medida da atuação ministerial costuma ser associada ao princípio da obrigatoriedade da ação penal. Essa associação, embora amplamente difundida na literatura processual penal brasileira, não deve ser entendida como um comando inequívoco[24] ou imune a reinterpretações normativas.

Sistema Financeiro Nacional e Lavagem de valores de São Paulo para que o Ministério Público Federal se manifestasse expressamente sobre a competência da Justiça Federal. Manifestação que foi apresentada e seguida pelo Juízo, para processo e julgamento da ação processo penal e, em seguida, recebeu integralmente a denúncia.

22 Primeiramente é importante esclarecer que este "pouco" número de casos tem como acordo com informação prestada pela CVM, não há controle histórico padronizado dos ofícios de comunicação ao MPF por assunto. Porém, levantamento realizado nos sistemas INQ (2002–2021) e SSI (2022–2024), bem como em amostra de processos mais antigos (2002–2006), foram identificados 207 ofícios encaminhados ao Ministério Público Federal relacionados ao uso de informação privilegiada, correspondentes a 89 processos administrativos sancionadores. Ressalte-se que a quantidade de ofícios não equivale ao número de processos, uma vez que o mesmo PAS pode gerar até três comunicações distintas ao MPF: quando a acusação é formalizada pela área técnica, quando ocorre o julgamento (ou encerramento por Termo de Compromisso) e, eventualmente, após decisão do CRSFN em caso de recurso. Além das comunicações formais da Autarquia, também podem existir pedidos de informação oriundos diretamente do MPF.

23 SÃO PAULO. Justiça Federal. 6a Vara Criminal da Seção Judiciária de São Paulo. *Ação Penal Federal nº 0005123-26.2009. 403.6181*. Juiz federal substituto: Marcelo Costenaro Cavali. São Paulo, 16 de fevereiro de 2011. Disponível em: https://www.jfsp.jus.br/documentos/administrativo/NUCS/decisoes/2011/2011-02-22-insidersadia.pdf Acesso em: 24 ago. 2024.

24 Antonio Suxberger afirma que a "obrigatoriedade da ação penal e sua conformação na produção doutrinária do Direito Processual Penal observa um verdadeiro paradoxo. José Afonso da Silva sustenta que o regime de legalidade estrita se vincula ao postulado democrático como projeção de instrumento para realização da igualdade. a ideia da obrigatoriedade derivaria de modo inafastável do que chama de "império da lei", isto é, a realização da igualdade e da justiça pela generalidade, pela busca da agilização das condições socialmente desiguais. Há quem sustente, ainda, que a obrigatoriedade

Os dois[25] principais diplomas que tratam da persecução penal, o Código Penal e o Código de Processo Penal, reforçam a titularidade do Ministério Público sobre a ação penal e, por consequência, a ideia de obrigatoriedade no seu exercício. No entanto, "tal obrigatoriedade se apresenta mais como uma construção cultural do processo penal brasileiro do que como um mandamento normativo claro, impositivo e inafastável"[26].

Em matéria de mercado de capitais, porém, percebe-se que nem mesmo o esperado cumprimento do "dogma" da obrigatoriedade é capaz de impulsionar a atuação ministerial na matéria. E a escassez de ações, sejam elas cíveis[27] ou criminais mais interligam-se ao descumprimento

---

da açãopenal se apresenta como meio de assegurar que a resposta punitiva do Estado se realize de modo hábil para concretizar o efeito intimidatório da resposta penal". SUXBERGER, Antonio. *A Superação do dogma da obrigatoriedade da ação penal*: a oportunidade como consequência estrutural e funcional do sistema de justiça criminal. 2017. Disponível em: https://www.mpgo.mp.br/revista/pdfs_13/3Artigo6_final_Layout%201.pdf. Acesso em: 24 ago. 2024. p. 38.

25 Do ponto de vista do direito positivo, o Código de Processo Penal de 1941 limita-se a afirmar, no artigo 24, que "nos crimes de ação pública a ação penal será promovida por denúncia do Ministério Público e, no artigo 42, que o MP não poderá, dela, desistir". BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 24 ago. 2024.

26 SUXBERGER, Antonio, *Id. Ibd.*

27 O ordenamento jurídico brasileiro prevê especificamente a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores do mercado de valores mobiliário desde 1989. A lei define o Ministério Público como parte legítima para, de ofício ou por solicitação da CVM, adotar medidas judiciais com o objetivo de evitar prejuízos ou obter ressarcimento de danos causados a titulares de valores mobiliários e aos investidores de mercado. Em balanço dos casos que pleiteiam indenização por problemas informacionais no mercado de ações, foram encontradas quatro decisões em ações individuais, três em ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público e duas em ações civis coletivas ingressadas por associações de investidores. Em resumo, nenhum investidor embolsou um único centavo a título de reparação de danos por falhas informacionais a partir da atividade da tutela jurisdicional. Cf. PRADO, Viviane Muller. Os desafios para o ressarcimento de investidores. *In*: CARVALHOSA, Modesto; LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros; WALD, Arnoldo (coords.). *A responsabilidade civil da empresa perante os investidores*. São Paulo: Quartier Latin, 2018. p. 386; e *Id*. *Não custa nada mentir*: desafios para o ressarcimento de investidores. 2018. DOI:10.13140/RG.2.2.19418.34240. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/308722569_NAO_CUSTA_

dever de tutelar o interesse público[28,29] – bandeira proclamada[30] pela instituição pós-CF/88 – do que propriamente a responder um dito comando de obrigatoriedade.

De qualquer ângulo que se observe o cenário, o problema aparece sem perspectivas (ou esforços) de solução. "As escolhas realizadas pelos promotores acerca de quais casos devem (e como devem) ser levados adiante, acabam abrindo ou fechando portas do Estado para determinados tipos de causas e de cidadãos". Ao assumir uma postura inerte nesse campo, o MP sinaliza quais são os interesses a serem protegidos e como eles deverão ser protegidos[31].

Diante desses dados, pergunta-se: sendo consagrado como instituição apta a tutelar o interesse público dos brasileiros e estando o mercado de capitais contido nesse interesse, quais são os espaços que o *enforcement* penal em mercado de capitais ocupa na agenda de atuação da instituição?

NADA_MENTIR_desafios_para_o_ressarcimento_de_investidores#fullTextFileContent. Acesso em: 24 ago. 2024. p. 25.

28 BRASIL, *op. cit*., 1988. art. 127.

29 *Id*. *Lei complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981*. Estabelece normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp40.htm#:~:text=LEI%20COMPLEMENTAR%20N%C2%BA%2040%2C%20DE%2014%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201981&text=Estabelece%20normas%20gerais%20a%20serem%20adotadas%20na%20organiza%C3%A7%C3%A3o%20do%20Minist%C3%A9rio%20P%C3%BAblico%20estadual. Acesso em: 24 ago. 2024.

30 Arantes identifica uma agenda institucional voltada para a tutela coletiva, a partir da análise das declarações relativas às prioridades pretéritas e futuras do órgão. Indagou-se aos entrevistados quais atribuições eles consideravam que foram tratadas como prioridades nos últimos 2 (dois) anos e quais seriam as prioridades para os próximos 2 (dois) anos. Aqui se verificou que, enquanto a identificação do foco na atuação criminal decresceu 11% (onze por cento) entre os entrevistados, houve aumento em todos os campos associados à tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, com especial destaque para o meio ambiente (aumento de 12%), os serviços de relevância pública (aumento de 17%) e a improbidade administrativa (aumento de 22%). Cf. ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e Política no Brasil*. São Paulo: Sumaré, 2002. p. 116-119.

31 OLIVEIRA, Vanessa Elias de; LOTTA, Gabriela Spanchero; VASCONCELOS, Natália Pires de. Ministério Público, autonomia funcional e discricionariedade: ampla atuação em políticas públicas, baixa accountability. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 7, n. 1, p. 181-195, 2020. p. 189-193.

Geralmente as mais importantes decisões discricionárias são as negativas, como não iniciar, não investigar, não processar, não entrar em acordo, e as decisões negativas geralmente significam uma disposição definitiva[32].

Para melhor compreender as inclinações e tendências operantes nos modos de atuação dos membros do Ministério Público brasileiro, é necessário levar em conta seus perfis e suas trajetórias, tema focalizado a seguir, com base em informações colhidas pela pesquisa documental nos sites institucionais do MPF, Conselho Nacional do Ministério Público, Escola Superior da instituição e editais de provas, somado aos dados secundários existentes na literatura.

2. Percurso da pesquisa: notas metodológicas

O objetivo dessa seção é descrever as escolhas metodológicas do percurso empírico utilizado para responder à pergunta de pesquisa.

Inicialmente, foram realizados esforços manuais[33] para mapear e coletar documentos nos sites[34] do Ministério Público Federal, da Escola Superior do Ministério Público - ESMPU e do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP que fizessem menção ao tema "crimes contra o mercado de capitais". A justificativa para esses dois últimos é devida a sua centralidade na promoção de materiais de apoio, artigos, eventos, cursos, *workshops* e seminários sobre os temas afetos à atuação ministerial.

Sobre os recortes, o temporal não foi programado, mas, como o primeiro resultado da pesquisa é de 2005, esta é a data inicial dos dados. Já o recorte para a seleção das bases de dados foi baseado na competência para atuar em casos no mercado de capitais. Sendo assim, apenas os sites do Ministério Público da União foram analisados.

---

[32] WEST, William F. *Controlling the bureaucracy*: Institutional constraints in theory and practice. Abington, Inglaterra: Routledge, 2016. p. 20.

[33] Sem utilização de mecanismos de linguagem de programação ou inteligência artificial.

[34] Os *sites* que serviram de base para as buscas foram: i) https://escola.mpu.mp.br; ii) https://www.cnmp.mp.br/portal/; iii) https://www.mpf.mp.br; iv) https://www.mpf.mp.br/sp; e v) https://www.mpf.mp.br/rj.

Por fim, foram 16 (dezesseis) as unidades elencadas para análise[35]. Todas estão pormenorizadas na Tabela 1, abaixo:

Tabela 1. unidades de análise examinadas

Unidades de análise examinadas	
Eventos	Enunciados CNMP
Cursos	Comunicados da 5º CCR (julgados em sessões de revisão)
Workshops e Seminários	Relatórios
Notícias	Resoluções
Editais de concursos para Procuradores da República	Portarias
Provas objetivas	Temas prioritários
Provas Subjetivas	Agendas de Atividades
Cartilhas e Manuais	Forças tarefas

Fonte: Autoria própria.

Ao todo foram analisados 8 editais de concurso, 8 provas objetivas contendo 120 (cento e vinte) questões, sendo o grupo IV[36] dedicado ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal, e 32 (trinta e duas) provas subjetivas, sendo 4 por ano, já que são 4 grupos de provas subjetivas para evitar fraudes.

Além disso, analisou-se a integralidade das 17 páginas do CNMP destinadas a concentrar os *links* de materiais de apoio, artigos, eventos, cursos, *workshops* e seminários, totalizando 850 unidades de análise. Salienta-se que este site foi analisado de maneira integral, pois as palavras-chave

[35] Seguindo a metodologia de análise descrita na nota de rodapé nº 5.

[36] Foi a partir do concurso 25 que o Grupo IV passou a ser dedicada ao bloco do Direito criminal. Anteriormente era no Grupo III que as perguntas estavam concentradas. Outro fato que deve ser pontuado é que em média são de 28-30 questões, por prova objetiva, que tratam sobre as matérias de Direito Penal e Direito Processual Penal.

"uso indevido de informação privilegiada"; "crimes contra o mercado de capitais"; "27-D, da Lei n. 6.385/1976" e "*insider trading*" não apresentaram resultados, tornando a análise necessária.

Já o site do Ministério Público Federal apresentou resultados às palavras-chaves.

Analisou-se, também, os comunicados da 5ª CCR, resoluções, portarias e relatórios institucionais de transparência/ resultados e de planejamento estratégico do Ministério Público Federal. Por fim, analisou-se o organograma interna de organização e designação de Procuradores para atuar na área. Os resultados são descritos a seguir.

3 Apresentação dos Dados e Discussão dos Resultados

Nesta seção, são apresentados e discutidos os dados coletados para avaliar o espaço que a temática da "tutela penal" do mercado de capitais ocupa na agenda do Ministério Público Federal. A análise baseia-se em um levantamento abrangente de documentos institucionais, incluindo editais de concursos, provas, relatórios de atividades, materiais de apoio e capacitação, além de dados sobre a estrutura organizacional e atuação das forças-tarefas.

Os resultados são examinados sob diferentes perspectivas: a presença do tema nos processos seletivos e de formação dos procuradores; a oferta e conteúdo de eventos, cursos e materiais voltados ao desenvolvimento de competências específicas para o enfrentamento de crimes contra o mercado de capitais; e as prioridades institucionais refletidas nos relatórios estratégicos e na prática cotidiana do MPF.

Essa análise busca identificar se há uma coerência entre o discurso institucional e as ações concretas da instituição, revelando como o MPF se posiciona e atua na tutela penal do mercado de capitais.

3.1 Análise de editais e das provas para carreiras no Ministério Público Federal: os concursos para procuradores nos anos de 2005 a 2022

Como visto, foram analisados 8 editais de concurso, 8 provas objetivas com 120 questões cada e 32 provas subjetivas com 6 questões

cada. No total, foram 960 questões objetivas e 192 questões subjetivas, sendo este o *corpus* de análise.

O primeiro concurso[37] analisado foi o "concurso 22", realizado no ano de 2005, o qual foi dividido nas seguintes disciplinas:

- **Grupo I:** Direito Constitucional e Direitos Humanos, Direito Administrativo, Direito Ambiental, Direito Tributário, e Direito Financeiro.
- **Grupo II:** Direito Econômico, Direito do Consumidor, Direito Civil e Direito Processual Civil.
- **Grupo III:** Direito Eleitoral, Direito Penal e Direito Processual Penal.

A Resolução nº 80, que detalhava o programa do concurso, não mencionava os crimes da Lei nº 6.385/1976. Apenas os crimes relacionados a finanças públicas, sistema financeiro nacional, administração pública por funcionários e particulares, lavagem de dinheiro, ordem tributária e previdência estavam incluídos no macro tema de Direito Penal "econômico" daquele ano.

Como consequência, nenhuma das provas ou questões, objetivas ou subjetivas, versaram sobre o tema "crimes contra o mercado de capitais" ou "uso de informação privilegiada". Naquele concurso verificaram-se tão somente questões sobre lavagem de dinheiro[38], corrupção[39] e crimes contra o sistema financeiro nacional[40], dentre outros temas da parte geral do Direito Penal e temas de Direito Processual Penal – estrutura que foi seguida pelos concursos 23, 24 e 25[41].

---

[37] A expressão mais correta seria o primeiro certame disponibilizado pelo MPF.

[38] Questão de nº 93.

[39] Questão de nº 102.

[40] Questão de nº 98.

[41] Este concurso é o único que não possui questões objetivas sobre corrupção, sendo um dado que destoa e merece destaque. Contudo, é um ano que possui uma questão subjetiva sobre improbidade administrativa, tema afeto à temática de corrupção. Segundo Daiane Londero, a partir de entrevistas realizadas em sua pesquisa de Doutorado, "dentro da estrutura administrativa interna do MPF a ação de improbidade administrativa é incluída e defendida pelo grupo penalista da instituição, pois com a especialização, tanto na 5ª CCR como dos NCC, a improbidade foi abraçada pelos defensores da maior atuação na área criminal. Portanto, não é equivocado afirmar que essa questão

A primeira vez que a temática aparece no programa de matérias é no regulamento do 25º concurso[42], no ano de 2011, ano em que foi proferida a primeira sentença sobre o tema de uso de informação privilegiada, o caso Sadia x Perdigão – ação penal nº 0005123-26.2009.403.6181.

Neste regulamento percebe-se uma ampliação e especificação nas matérias inseridas, mencionando as "leis especiais" – mesmo que dessa forma genérica – como objeto de estudo ao lado dos temas.

Porém, em nenhuma das provas ou questões, objetivas ou subjetivas no concurso daquele ano [de 2011], versaram sobre o tema "crimes contra o mercado de capitais" ou "uso de informação privilegiada". Tendência que foi verificada nos concursos subsequentes, até o de nº 29.

Fato que chama atenção é que após o 25º concurso – ano de 2011 –, há uma ênfase em questões voltadas ao tema da corrupção, que passam a ocupar 2 e até 4 questões na prova, não só no grupo IV, mas em grupos variados. Utiliza-se a expressão "ênfase" pois nenhum dos outros tópicos específicos sobre crimes tiveram mais que uma questão em todos os concursos analisados, sendo um fenômeno analisado somente no tema corrupção.

Daiane Londero[43] levanta dados que parecem convergir e até mesmo explicar o momento que a instituição se encontrava em 2011[44].

---

subjetiva sobre improbidade está contida no tema corrupção, suprindo a falta da temática específica no âmbito criminal". Cf. LONDERO, Daiane. *O desenvolvimento de capacidades institucionais do Ministério Público Federal no combate à corrupção (1988-2018)*. 2021. 354 f. Tese (Doutorado em Políticas Públicas) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2021. p. 71.

42 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Edital do Concurso nº 25*. 2011. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/concursos/concursos/procuradores/anterior/25o-concurso/25o-concurso_documentos. Acesso em: 10 ago. 2024.

43 LONDERO, *op. cit.*, p. 205.

44 Outro ponto interessante é que o ano de 2011 foi o ano de início das intensas manifestações anticorrupção no Brasil. Foi naquele ano que Brasília se viu palco das manifestações que se seguiram durante toda a década. BRAGA, Isabel *et al*. Manifestantes participam da Marcha contra a Corrupção. *O Globo*, 3 nov. 2011. Disponível em: https://oglobo.globo.com/politica/manifestantes-participam-da-marcha-contra-corrupcao-2702393. Acesso em: 10 ago. 2024.; e ZANINI, Fábio. Em transe, Brasil dos anos 2010 teve protestos, impeachment, Lava Jato e Bolsonaro. *Folha de São Paulo*, 2020. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2020/12/

Naquele ano tem início uma "ênfase gradativa nas atividades da ESMPU voltadas para o combate à corrupção, sofrendo um declínio a partir de 2013, mas ainda mantendo-se em níveis superiores aos observados antes de 2011, pelo menos até 2016". De certa forma, isso se articula ao ciclo que antecede a Lava Jato e ao seu posterior e gradativo esvaziamento, momento que o MPF fortaleceu sua atuação e protagonismo no tema.

A primeira vez que esse padrão se modificou foi no concurso de nº 30, realizado em 2022, quando surgiu *uma* questão objetiva que abordava de forma explícita os crimes contra o mercado de capitais.

A pergunta descrevia um caso hipotético em que um empresário, munido de informação relevante ainda não divulgada ao mercado, alienava ações para auferir vantagem financeira e, posteriormente, divulgava declarações falsas em redes sociais, elevando artificialmente a cotação de sua empresa.

As alternativas exigiam do candidato a identificação da tipificação penal adequada, envolvendo tanto o crime de uso indevido de informação privilegiada (art. 27-D da Lei 6.385/76) quanto o de manipulação de mercado (art. 27-C da mesma lei), além da possibilidade de concurso material com gestão fraudulenta de instituição financeira (Lei 7.492/86).

Ao analisar a estrutura da questão, nota-se muita complexidade, pois ela demandava não apenas conhecimento técnico sobre os tipos penais previstos na legislação de mercado, mas também a capacidade de relacioná-los a casos concretos de grande repercussão, como o da OGX Petróleo e Gás (ação penal nº 0042651-87.2014.4.02.5101/RJ). Essa foi a primeira vez que a temática foi efetivamente cobrada em um exame, ainda que de forma isolada, confirmando a baixa representatividade do tema: embora conste nos programas desde 2011, somente onze anos depois houve uma questão objetiva sobre crimes contra o mercado de capitais.

Em uma análise percentual do verificado, a única questão é um asterisco no universo cobrado nas provas. Com relação à prova como um todo "120 para 1" a representação em percentual é 0.83%, menos de um por cento. Recortando para o universo de 29 questões do Grupo IV, a representação fica na marca de 3.45%.

---

em-transe-brasil-dos-anos-2010-teve-protestos-impeachment-lava-jato-e--bolsonaro.shtml. Acesso em: 10 ago. 2024.

Em termos totais, somando todas as questões dos 8 concursos para Procuradores da República, o todo sendo 960 questões, a porcentagem é fixada em 0.10%, já o todo sendo 232 - universo de questões do Grupo IV –, o número é de 0.43%, o que parece indicar que o tema é uma nota de rodapé na agenda do MPF, cujo primeiro esboço é traçado nos concursos para a carreira.

3.2 Fontes de conhecimento, atualizações, enunciados e súmulas no Ministério Público Federal: pesquisas no âmbito do CNMP e na ESMPU.

Em um segundo momento procedeu-se à análise[45] do que constituía o "interesse formativo" para a atuação do MPF e os materiais de apoio. O *corpus* de análise no âmbito do CNMP – órgão responsável pela função de "controle da atuação administrativa e financeira do MP e do cumprimento dos deveres funcionais" dos seus integrantes – foi formado por 850 unidades de análise, distribuídas em 17 páginas de resultados.

O *corpus* de análise, contudo, não teve resultados. No site do Conselho Nacional do Ministério Público, órgão incumbido do controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público Brasileiro, não há registros de qualquer material de apoio (cartilhas ou manuais), artigos, eventos, cursos, *workshops*, seminários ou notícias sobre o tema "crimes contra o mercado de capitais". Tampouco há enunciados, súmulas ou jurisprudências afetas ao tema.

Os dois únicos resultados que abarcavam – de modo amplo – o tema foram: i) um *webinar* da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, ou seja, no âmbito estadual, não federal, tratando sobre "Criptoeconomia: contexto, conceitos e aplicações", realizado em outubro de

---

[45] Presume-se que eventos, cursos, *workshops*, seminários e notícias são divulgados nos sites do MPF, CNMP e ESPMU com o intuito de publicização de suas atividades tanto para os membros da instituição como para a comunidade jurídica e acadêmica e passam uma mensagem sobre quais temas são o foco da instituição em um determinado momento de atuação. A pesquisa reconhece que podem existir materiais de apoio, artigos, eventos, cursos, workshops, seminários e notícias que não estão disponíveis em sites públicos, mas são acessíveis apenas em sistemas internos, como a *intranet*. A falta de acesso a esses sistemas internos e a impossibilidade de garantir que todas as unidades de análise foram revisadas são limitações da pesquisa.

2021; ii) um evento de capacitação sobre Educação Financeira e Investimentos[46], mas que não se relacionava às atividades dos procuradores.

Nas publicações institucionais veiculadas desde 2010, nada consta sobre o tema[47] e tampouco há registros na comissão de Acompanhamento Legislativo e Jurisprudência consolidada – existente desde 2006. Igual ausência é verificada nos Enunciados e Súmulas[48,49].

Foi feita uma solicitação para o Sistema de Pesquisa de Jurisprudência Detalhada (SPJD)[50] requerendo jurisprudência detalhada sobre crimes contra o mercado de capitais, especificamente o artigo 27-d da lei no 6.385/76, *insider trading* ou uso de informação privilegiada, mas não se obteve resposta até a finalização do presente artigo.

Por fim, também não se obteve resultados quando da pesquisa na Revista do CNMP. Dos 19 artigos que aparecem com a temática "direito

---

[46] A descrição do curso de capacitação foi assim sintetizada: "A capacitação tem como objetivo desenvolver inteligência financeira, tendo como foco a tomada de decisões saudáveis e enriquecedoras; possibilitar o desenvolvimento de hábitos financeiros saudáveis; organizar as finanças pessoais visando ao alcance do equilíbrio financeiro; estruturar um planejamento que vise à realização de sonhos e ao alcance da aposentadoria sem estresse financeiro; e possibilitar a elaboração de um plano de investimentos". CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Curso de Educação Financeira e Investimentos*. Dez. 2019. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/eventos/event/0/720-capacitacao/664-curso-de-educacao-financeira-e-investimentos. Acesso em: 24 ago. 2024.

[47] *Id*. *Publicações*. Disponível em: https://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/docs/1/2690448.PDF. Acesso em: 24 ago. 2024.

[48] *Id*. Comissão de Acompanhamento Legislativo e Jurisprudência. *Enunciados e Súmulas*. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/comissoes/comissao-de-acompanhamento-legislativo-e-jurisprudencia/jurisprudenciacalj/enunciados-e-sumulas. Acesso em: 24 ago. 2024.

[49] Foi feita uma solicitação para o Sistema de Pesquisa de Jurisprudência Detalhada (SPJD) requerendo jurisprudência detalhada sobre crimes contra o mercado de capitais, especificamente o artigo 27-d da lei no 6.385/76, insider trading ou uso de informação privilegiada, mas não se obteve resposta até a finalização e entrega do presente artigo.

[50] *Id*. Comissão de Acompanhamento Legislativo e Jurisprudência. *Sistema de Pesquisa de Jurisprudência Detalhada* (SPJD). Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/comissoes/comissao-de-acompanhamento-legislativo-e-jurisprudencia/jurisprudenciacalj/sistema-de-pesquisa-de-jurisprudencia-detalhada-spjd. Acesso em: 24 ago. 2024.

penal", nenhum é sobre crimes contra mercado de capitais[51], totalizando zero resultados nessa primeira etapa.

Já nas pesquisas realizadas no site da Escola Superior do Ministério Público da União, instituição governamental de ensino voltada para a profissionalização de alto nível de membros e servidores do Ministério Público da União, diferentemente das pesquisas realizadas no site do CNMP, as buscas apresentaram resultados, que estão dispostos na Tabela 2. Para isso, foram utilizadas as seguintes palavras-chave: "crimes contra o mercado de capitais", "uso indevido de informação privilegiada", "27-D, da Lei n. 6.385/1976", "*insider trading*" e "mercado de capitais".

Tabela 2. palavras-chave utilizadas na pesquisa realizada no site da ESMPU, seus resultados gerais e específicos

Palavra-chave	Resultados	Resultados específicos sobre o tema
Crimes contra o mercado de capitais	33	3[52]
Uso indevido de informação privilegiada	20	1[53]
27-D, da Lei n. 6.385/1976	3	2[54]
Insider trading	3	2[55]
Mercado de capitais	73	8[56]
Total	**132**	**16 (9 inéditos)**

Fonte: Autoria própria.

[51] *Id*. *Revista do CNMP*. Publicações institucionais. Disponível em: https://ojs.cnmp.mp.br/index.php/revistacnmp/search/index?query=crime&dateFromYear=&dateFromMonth=&dateFromDay=&dateToYear=&dateToMonth=&dateToDay=&authors=. Acesso em: 24 ago. 2024.

[52] Os resultados são 3 pesquisas sobre o Direito Penal Econômico, mas que mencionam ou contêm espaços – mesmo que mal trabalhados – destinados às discussões sobre os crimes contra o mercado de capitais.

[53] Resultado não inédito, pois se repete em todas as outras palavras-chave.

[54] Resultados não inéditos, pois se repetem em todas as outras palavras-chave.

[55] Resultados não inéditos, pois se repetem em todas as outras palavras-chave.

[56] Destes 8, dois são não inéditos.

Da leitura da tabela percebe-se que, mesmo havendo um número considerável de resultados (132), somente 9 foram resultados inéditos e específicos do tema. Dentre eventos (6) e coletâneas de artigos (3), não se vislumbra linearidade temporal ou crescente lógica, havendo eventos em 2011 e em 2021 e uma concentração das coletâneas de artigos nos anos de 2016 e 2018.

Os eventos são a maioria (6 de 9 resultados) e possuíam os seguintes temas:

1. Abertas inscrições para curso de atualização sobre o sistema financeiro (2011)
2. ESMPU promove segunda turma do curso sobre novas formas de criminalidade (2012)
3. Oficina no Rio de Janeiro discute procedimentos de investigação no mercado de capitais (2019)
4. São Paulo recebe curso nacional sobre investigação no mercado de capitais (2019)
5. O fomento à inovação no mercado de capitais é tema de *webinar* promovido pela ESMPU (2020)
6. *EaD*: oficina aborda procedimentos de investigação no mercado de capitais (2021)

A análise dos temas revela que metade dos eventos se concentrou em "procedimentos de investigação". Isso indica um foco em capacitar membros e servidores para compreender o mercado de capitais e identificar indícios de crimes. A expectativa é que esses eventos ajudem a reduzir os ilícitos no mercado de capitais e aumentem a atuação do MPF na prevenção, investigação e repressão desses crimes. Além disso, busca-se estimular a interação entre o MPF, a CVM e a BSM, conforme descrito na programação pedagógica dos eventos de nº 6[57] e 3[58].

---

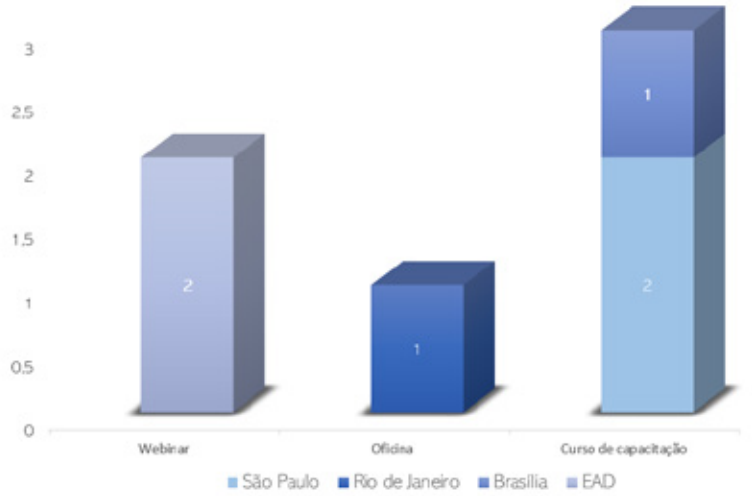
[57] ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO. *EaD*: oficina aborda procedimentos de investigação no mercado de capitais. Jun. 2021. Disponível em: https://escola.mpu.mp.br/a-escola/comunicacao/noticias/ead-oficina-aborda-procedimentos-de-investigacao-no-mercado-de-capitais. Acesso em: 10 ago. 2024.

[58] *Id. A experiência da CVM e da BSM na prevenção, investigação e repressão de ilícitos cometidos no mercado de capitais*. Projeto Pedagógico. 2019. Disponível

O gráfico 2 mostra os tipos de eventos e os estados/cidades onde foram realizados. Observa-se que a maioria dos eventos foram cursos de capacitação, com dois deles ocorrendo na cidade de São Paulo.

A partir do gráfico, fica claro que os meios digitais de ensino só foram utilizados durante o isolamento social causado pela pandemia de COVID-19, em 2020 e 2021. Isso mostra que esses recursos foram pouco aproveitados pela instituição antes e depois desse período.

Gráfico 1. Distribuição dos eventos temáticos por tipo, modalidade e estado de realização



Fonte: Autoria própria.

Extrai-se, também, que dois dos três cursos de capacitação foram realizados na cidade de São Paulo, cidade sede da Bolsa de Valores e que concentra o maior número de ações penais[59] com denúncias oferecidas.

em: https://escola.mpu.mp.br/selecao/exibirAnexo/idAnexo/17462. Acesso em: 10 ago. 2024.

[59] SANTOS, Ives Nahama Gomes dos. *O mercado, os homens e alguns segredos*: uso da metodologia multimétodo para identificação do conceito de fato relevante no crime de insider trading. 2023. 277 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2023.

Esta ausência de resultados é contraditória, tendo em vista que o Conselho Nacional do Ministério Público, por meio da Resolução nº 146/2016[60], enfatiza que o Plano Estratégico do CNMP pretende promover a melhoria contínua dos processos de admissão e capacitação de seus membros e servidores. Acrescentando-se, ainda, que as complexas atribuições do Ministério Público exigem a oferta de formação e capacitação permanentes, especialmente para enfrentar novos desafios relacionados ao combate à impunidade, à corrupção e à defesa dos direitos fundamentais, em consonância com o disposto na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, que inclui os Centros de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional como órgãos auxiliares de apoio[61].

Como última fonte de dados para a pesquisa sobre materiais de apoio, artigos, eventos, cursos, *workshops*, seminários e notícias realizadas pelo Ministério Público Federal, foi consultado o site do MPF, que apresentou os seguintes resultados[62]:

---

60 BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução n° 146, de 21 de junho de 2016a*. Dispõe sobre as diretrizes administrativas e financeiras para a formação de membros e servidores do Ministério Público. Cria no âmbito do Conselho Nacional do Ministério Público, a Unidade Nacional de Capacitação do Ministério Público. Disponível: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolução-1461.pdf. Acesso em: 10 ago. 2024.

61 Conforme a Lei nº 8.625/93, art. 35: "Art. 35. O Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional é órgão auxiliar do Ministério Público destinado a realizar cursos, seminários, congressos, simpósios, pesquisas, atividades, estudos e publicações visando ao aprimoramento profissional e cultural dos membros da instituição, de seus auxiliares e funcionários, bem como a melhor execução de seus serviços e racionalização de seus recursos materiais. BRASIL. *Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993*. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm. Acesso em: 10 ago. 2024.

Parágrafo único. A Lei Orgânica estabelecerá a organização, funcionamento e demais atribuições do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional".

62 Resultados específicos e que se conectavam com tópicos subsequentes não foram mencionados na tabela 4

Tabela 3. pesquisa realizada no site da MPF, seus resultados gerais e específicos

Tipo	Site de busca	Resultados gerais	Resultados específicos sobre o tema
Cursos	Site do MPF	Zero	Zero
Eventos	Site do MPF	Zero	Zero
Seminários	Site do MPF	Zero	Zero
Workshops	Site do MPF	Zero	Zero
Artigos publicados	Site do MPF	Zero	Zero
Cartilhas e Manuais	Site do MPF	Zero	Zero
Notícias	Site do MPF	103[63],73[64], 26[65]	22[66]
Total:		210	22

Fonte: Autoria própria.

Apenas o tipo "notícias" apresentou tanto resultados gerais quanto específicos, totalizando 22 ocorrências. Esses resultados foram organizados detalhadamente em uma representação gráfica, sendo possível identificar e categorizar 5 tipos distintos de informações, conforme consta no gráfico 3:

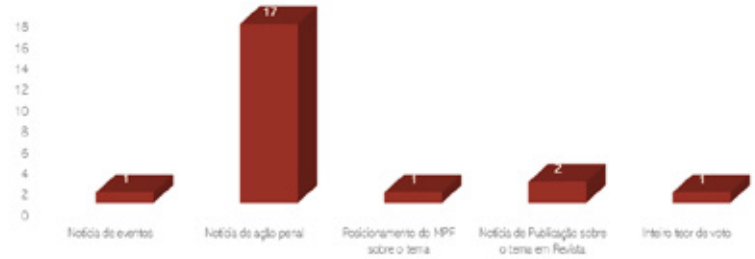
[63] Palavras-chave: "Insider trading", "crimes contra o mercado de capitais";

[64] Palavra-chave: "informação privilegiada"

[65] Palavra-chave: "informação privilegiada" no site do MPF/RJ

[66] Após o filtro de notícias que não tratavam sobre o tema ou eram repetidas. Desses 22 resultados, 14 encaminharam o usuário para o site do MPF/SP e 8 para o site do MPF/RJ.

Gráfico 2. categorização das 22 notícias no site do MPF



Fonte: Autoria própria, com dados do *site* do Ministério Público Federal

O levantamento das notícias relacionadas ao tema de "*insider trading*" e outros crimes contra o mercado de capitais revela um quadro que merece uma análise crítica, especialmente quanto à quantidade e diversidade das notícias divulgadas.

Primeiramente, destaca-se o número reduzido de notícias sobre eventos, com apenas uma referência, de 2008, que menciona um debate realizado no MPF/SP sobre o uso de informações privilegiadas no mercado de ações[67].

Dada a importância do tema e a complexidade crescente dos crimes contra o mercado de capitais, a escassez de eventos organizados ou divulgados ao longo dos anos é preocupante. Isso sugere uma falta de aproveitamento das oportunidades para promover o debate público e aumentar a conscientização sobre práticas ilegais no mercado de capitais.

Relativamente às notícias de ações penais, embora haja um número maior de referências, a cobertura está concentrada em poucos casos emblemáticos, como os que envolvem a Sadia, OGX e Eike Batista.

As notícias sobre publicações em revistas também são escassas, com somente duas produções destacadas. Sabendo que as publicações são essenciais para disseminar conhecimento e educar sobre crimes contra o mercado de capitais, o limitado no número de produções concernentes ao tema sugere uma lacuna na promoção (e divulgação) de materiais

[67] Quadro já problematizado no Gráfico 1.

que poderiam contribuir de forma significativa para o entendimento e a prevenção desses crimes por parte do público e dos profissionais da área.

Em resumo, o baixo número de notícias sobre eventos, ações penais e publicações relacionadas a crimes contra o mercado de capitais, como o "*insider trading*", revela não apenas uma possível subutilização dos canais de comunicação, mas também *sugere* implicações mais profundas no que diz respeito ao *enforcement* da lei penal por parte do Estado.

A ação penal pública é um dos pilares fundamentais na aplicação da lei, simbolizando o poder do Estado de garantir a ordem e proteger a coletividade. Essa situação é ainda mais preocupante quando se considera o contexto das declarações feitas por promotores e policiais militares – apontados no estudo de Bruno Amaral[68] –, que evidenciam uma seletividade nas investigações conduzidas pela polícia.

Como destacado por um dos promotores entrevistados, a decisão sobre quais casos investigar é, em si, uma forma de poder, uma "moeda política" que pode ser utilizada para atender a interesses específicos dos governantes. Outro promotor ressalta a percepção de que a polícia prioriza investigações de casos que têm maior repercussão pública, deixando de lado crimes considerados menos "noticiáveis", como "casos de ladrões de galinha". Isso levanta questões sobre a imparcialidade e a justiça na aplicação da lei, sugerindo que nem todos os crimes recebem a mesma atenção, especialmente aqueles que não ganham destaque na mídia.

Lemos e Barros[69] apontam que a imprensa no Brasil frequentemente atua como aliada do Ministério Público devido à convergência de interesses em diversas situações, como na "Lei da Mordaça", na "PEC 37"[70] e, mais recentemente, na operação Lava Jato. O MP teria se mostrado uma

---

[68] MACHADO, Bruno Amaral. Justiça criminal, organizações e sistemas de interação: discursos sobre o inquérito policial. *Revista brasileira de ciências criminais*, n. 104, p. 205-234, 2013.

[69] LEMOS, C. R. F.; BARROS, A. T. Lutas Simbólicas na Arena Midiática: O Poder de Agência do Ministério Público e as Controvérsias sobre a PEC 37. *Opinião Pública*, v. 22, n. 3, p. 702-738, 2016. https://doi.org/10.1590/1807-01912016223702

[70] "A Proposta de Emenda Constitucional 37/2011, abreviada como PEC 37, foi um projeto legislativo brasileiro que pretendia emendar a Constituição brasileira para incluir a apuração de investigações criminais como atividade privativa da polícia judiciária".

fonte confiável para o jornalismo investigativo, fortalecendo a parceria entre esses dois atores no contexto midiático. Segundo os autores, o MP auxilia e fortalece o trabalho da imprensa, o que evidencia essa colaboração.

Essa literatura é corroborada pelos dados fornecidos pelo próprio MPF em anos recentes. Após criar um índice para medir a "repercussão favorável na mídia"[71], o MPF evidenciou a receptividade das matérias envolvendo a instituição na imprensa e, a partir de 2016, passou a registrar o número de atendimentos realizados para a mídia.

Esta situação não apenas prejudica a transparência e a eficiência da justiça, como também pode se constituir como um fato apto a aumentar a desigualdade no tratamento dos crimes, onde os interesses midiáticos e políticos parecem se sobrepor à justiça imparcial e equitativa.

Portanto, a falta de visibilidade e comunicação adequada sobre as ações penais e eventos relacionados a crimes contra o mercado de capitais é sintomática de uma questão maior: a forma como o poder de investigar e processar é exercido.

Se o *enforcement* da lei depende do Ministério Público, a ausência de clareza sobre os critérios que orientam sua atuação compromete a confiança pública na capacidade do Estado de proteger a coletividade de forma justa e eficaz. É fundamental que a aplicação da lei seja não apenas imparcial, mas também transparente e comunicada de modo claro, garantindo a integridade e a credibilidade do sistema de justiça.

3.3 Comunicados da 5ª CCR, resoluções, portarias e relatórios institucionais do Ministério Público Federal

As CCRs são organizadas por função ou matéria e têm como funções promover a integração e coordenação dos órgãos institucionais, manter intercâmbio com órgãos ou entidades que atuam em áreas correlatas e fornecer informações técnico-jurídicas aos órgãos do setor[72].

---

[71] BRASIL. Ministério Público Federal. *Relatório de gestão do Ministério Público da União*: 2020. Brasília: MPF, 2021. Disponível em: http://www.transparencia.mpf.mp.br/transparencia/conteudo/execucao-orcamentaria-e-financeira/prestacao-de-contas-anual/2020/relatorio-de-gestao-mpf_2020.pdf. Acesso em: 10 ago. 2024.

[72] LONDERO, *op. cit*., p. 208-242.

Além disso, as Câmaras têm a competência de se manifestar sobre o arquivamento de inquéritos policiais, inquéritos parlamentares ou peças de informação, exceto nos casos de competência originária do procurador-geral. Também é sua atribuição decidir sobre a distribuição especial de casos que, pela sua repetição, necessitam de tratamento uniforme. Esta uniformização colegiada recebe o nome de "comunicados"[73].

Esse modelo foi estabelecido após a Constituição de 1988, que criou áreas específicas, como Direitos Humanos e a Secretaria de Interesses Coletivos e Difusos. A Resolução n. 20, de 6 de fevereiro de 1996, do Conselho Superior do MPF, organizou as CCRs por matéria, dividindo-as em três categorias: Ordem Jurídica, Bens e Pessoas. As Câmaras foram distribuídas da seguinte forma:

- **Ordem Jurídica**:
  - "1ª Câmara: matéria constitucional e infraconstitucional.
  - 2ª Câmara: matéria criminal e controle externo da atividade policial.
  - 3ª Câmara: matéria eleitoral.
- **Bens**:
  - 4ª Câmara: meio ambiente e patrimônio cultural.
  - 5ª Câmara: patrimônio público e social.
- **Pessoas**:
  - 6ª Câmara: comunidades indígenas e minorias.
  - 7ª Câmara: família, criança, adolescente, idoso, pessoa com deficiência, consumidor e outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, difusos e coletivos".

Essa estrutura das CCRs permaneceu por mais de 18 anos até a Resolução n. 148, de 1º de abril de 2014, do Conselho Superior do MPF, que introduziu uma nova divisão das Câmaras. O destaque, nesse novo modelo, foi a criação inédita de uma câmara dedicada *exclusivamente* ao combate à corrupção, sendo a nova organização assim definida:

- 1ª Câmara: Direitos Sociais e Atos Administrativos em geral.
- 2ª Câmara: Criminal.

[73] *Ibid*.

- 3ª Câmara: Consumidor e Ordem Econômica.
- 4ª Câmara: Meio Ambiente e Patrimônio Cultural.
- 5ª Câmara: Combate à Corrupção.

Portanto, dentro da atuação divisão das CCRs, a 2ª Câmara Criminal de Revisão (2ª CCR) do Ministério Público Federal é a responsável por integrar e revisar procedimentos todos os crimes de competência federal, exceto os crimes de corrupção. Portanto, os crimes contra o mercado de capitais são de competência da 2ª Câmara.

Sabendo disto, a Tabela 4 apresenta a análise das buscas realizadas no site da 2ª CCR do MPF. Os dados revelam uma ausência significativa de informações específicas sobre regimentos internos, resoluções, portarias, enunciados e orientações disponíveis que digam respeito ao tema, uma vez que todas as buscas resultaram em "zero" resultados.

Tabela 4. pesquisa realizada no site da MPF, seus resultados gerais e específicos

Tipo	Site de busca	Resultados
Regimento Interno da 2ª CCR	Site do MPF – 2ª Câmara Criminal de Revisão	Zero
Resoluções	Site do MPF – 2ª Câmara Criminal de Revisão	Zero
Portarias	Site do MPF – 2ª Câmara Criminal de Revisão	Zero
Enunciados	Site do MPF – 2ª Câmara Criminal de Revisão	Zero
Orientações	Site do MPF – 2ª Câmara Criminal de Revisão	Zero
Notícias	Site do MPF – 2ª Câmara Criminal de Revisão	103[74],73[75], 26[76]

Fonte: autoria própria, com dados do site do Ministério Público Federal.

[74] Palavras-chave: "Insider trading",

[75] Palavra-chave: "informação privilegiada"

[76] Palavra-chave: "informação privilegiada" no *site* do MPF/RJ

Em contraste, a seção de notícias do site do MPF gerou um volume considerável de resultados, totalizando 202. No entanto, esses resultados eram duplicados e correspondem exatamente aos abordados no tópico 2.2, não sendo analisados neste momento.

Quando se trata de comunicados específicos da 2ª CCR, a análise dos dados evidencia uma preocupante ausência de comunicados da 2ª Câmara Criminal de Revisão do Ministério Público Federal sobre crimes contra o mercado de capitais. Entre 2016 e 2024, apenas 7 dos 350 comunicados emitidos abordaram esse tema. Essa situação é alarmante, dado o impacto significativo desses crimes na economia e na confiança no mercado financeiro. No entanto, essa baixa frequência era esperada, considerando que poucas ações penais foram denunciadas no período pesquisado[77].

Tabela 5. Comunicados[78] da 2ª CCR

Ano	Total de comunicados	Quantos mencionaram o tema
2024	10	0
2023	22	1[79]
2022	24	1[80]
2021	28	0

[77] BORBA, *op. cit*.

[78] São uma espécie de publicização de julgados em sessões de revisão. Cada Câmara revisa casos e destes julgamentos saem comunicados.

[79] BRASIL. Ministério Público Federal. *Edital 2CCR nº 2, de 26 de abril* de 2023. Seleção de artigos sobre criptoativos. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/comunicados-da-2a-ccr-1/2023/comunicado-6-edital-no-2-selecao-de-artigos-sobre-criptoativos.pdf. Acesso em: 24 ago. 2024.

[80] *Id*. Ministério Público Federal. *Comunic*ado 15. Sessão de Revisão de 22 de agosto de 2022. Suposto crime contra o mercado de capitais, previsto no art. 27-D da Lei nº 6.385/76. Por força do disposto no artigo 12 da Lei n.º 6.385/76, a CVM obrigatoriamente oficiará ao Ministério Público, para a propositura da ação penal, sempre que concluir pela ocorrência de crime de ação pública. Ausência de elementos suficientes da materialidade delitiva justificadores do prosseguimento do presente feito. Arquivamento que não gera coisa julgada, podendo as investigações serem reabertas se houver noticia de novas provas (CPP, art. 18). Homologação do arquivamento. Número: 1.34.001.004685/2022-33 - Eletrônico Voto nº: 3615/2022. Disponível em: Acesso em: 20 ago. 2024.

Ano	Total de comunicados	Quantos mencionaram o tema
2020	61	0
2019	44	1[81]
2018	67	2[82,83]
2017	70	2[84]
2016	24	0

Fonte: Autoria própria, com dados do site do Ministério Público Federal.

[81] *Id*. Ministério Público Federal. *Comunicado nº 5, de 14 de fevereiro de 2019*. Sessão de 11 de fevereiro de 2019. Inquérito Policial. Suposta crime contra o mercado de capitais (Lei nº 6.385/76, art. 27-E) em razão da captação de clientes e oferta pública de oportunidades de investimentos no mercado FOREX sem autorização da CVM. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/comunicados-da-2a-ccr-1/2019/comunicado_5_sessao.pdf. Acesso em: 24 ago. 2024.

[82] *Id*. Ministério Público Federal. *Comunicado nº 55, de 26 de setembro de 2018*. Procedimento Investigatório Criminal instaurado a partir de comunicação da Comissão de Valores Mobiliários - CVM, noticiando a instauração de processo administrativo sancionador, no âmbito de sua competência, em razão da existência de indícios do cometimento do crime tipificado no art. 27-D da Lei n. 6.385/76, consistente no uso indevido de informação privilegiada, por parte dos representantes de sociedade empresária no que diz respeito à negociação de ações da empresa no mercado de capitais. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/comunicados-da-2a-ccr-1/2018/comunicado_55_sessao.pdf. Acesso em: 20 ago. 2024.

[83] *Id*. Ministério Público Federal. *Comunicado nº 41, de 11 de junho de 2018*. Inquérito policial. Conflito negativo de atribuições entre membros do mpf (lc n° 75/93, art. 62, vii). Insider trading. Art. 27-d da lei nº 6.385/76. Tipo de crime contra o sistema financeiro. Atribuição do 2º ofício criminal especializado da PR/BA. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/comunicados-da-2a-ccr-1/2018/comunicado_41_sessao.pdf. Acesso em: 10 ago. 2024.

[84] *Id*. Ministério Público Federal. *Comunicado nº 34, de 29 de maio* de 2017. Sugestões para o plano de atividades da ESMPU de 2018. Curso crimes contra o sistema financeiro e a ordem econômica. Mercado de capitais (aspectos econômicos dos crimes previstos na lei 6385/76, arts. 27-c a 27-f); inquérito policial. Possíveis crimes contra o mercado de capitais (art. 27-c, lei 6.385/76). Promoção de arquivamento. Discordância do juiz federal. Revisão (CPP, art. 28, c/c lc 75/93, art. 62, iv). Estrito cumprimento de disposições contratuais. Interesse estritamente particular. Crime não configurado. Insistência no arquivamento do feito. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/comunicados-da-2a-ccr-1/2017/comunicado_34-sessao.pdf. Acesso em: 24 ago. 2024.

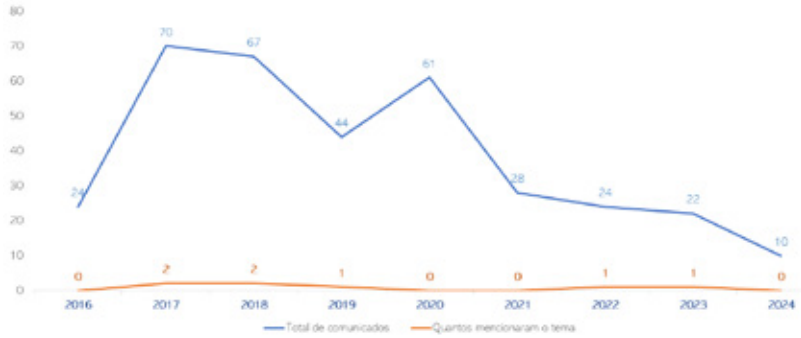
Essa ausência[85] é mais um elemento apto a confirmar a hipótese inicial de pesquisa: o espaço destinado ao *enforcement* penal no mercado de capitais é mínimo. Isso sugere uma possível subvalorização dos crimes contra o mercado de capitais por parte da 2ª CCR, o que pode gerar a percepção pública de que esses crimes não recebem a devida atenção das autoridades competentes, tampouco havendo esforços de uniformização de atuação ou de entendimentos colegiados.

A falta de informações claras e consistentes sobre as ações do MPF (e seus órgãos de revisão) nesse campo compromete a transparência e a eficácia da justiça, além de enfraquecer a confiança pública na capacidade do Estado de fiscalizar e punir irregularidades no mercado financeiro.

Graficamente, observam-se variações no número de comunicados expedidos pela câmara, mas a quantidade relacionada ao tema em estudo permanece constante no mínimo, variando entre 0 e 2, no máximo.

[85] Contudo, essa constatação também pode ser lida à luz de hipóteses alternativas. Uma delas é a baixa incidência prática de ilícitos penais no mercado de capitais brasileiro, o que naturalmente limitaria a judicialização. Outra possibilidade é a deficiente identificação e apuração prévia dessas condutas, decorrente de insuficiências investigativas em órgãos externos ao MPF, como a CVM, o Banco Central ou a Polícia Federal. Também é plausível considerar fatores de ordem institucional, como a escassez de recursos orçamentários e de quadros especializados, que restringem a capacidade estatal de priorizar crimes de mercado. Por fim, não se pode descartar a dimensão cultural, marcada por uma valoração desigual dos ilícitos econômicos, em que a corrupção ocupa espaço central enquanto as infrações de mercado permanecem periféricas. O presente estudo adota como foco a hipótese da subvalorização institucional, mas reconhece que ela deve ser interpretada em diálogo com esse conjunto de explicações possíveis, cuja testagem empírica pode conferir maior consistência às conclusões, o que está sendo feito na Tese, o "todo" desta parte.

Gráfico 4. quantitativo de comunicados expedidos pela câmara, ano a ano *versus* comunicados sobre o tema crimes contra o mercado de capitais



Fonte: Autoria própria, com dados do site do Ministério Público Federal.

A análise dos dados ano a ano expõe uma preocupante ausência de atenção da 2ª CCR aos crimes contra o mercado de capitais. Em 2016, nenhum dos 24 comunicados abordou o tema, e o mesmo ocorreu em 2020, 2021 e 2024, com 61, 28 e 10 comunicados, respectivamente, sem nenhuma menção ao assunto. Nos anos em que o tema foi mencionado, os números também foram irrisórios: 2 de 70 comunicados em 2017, 2 de 67 em 2018, 1 de 44 em 2019, 1 de 24 em 2022 e 1 de 22 em 2023.

Para uma instituição que deve atuar como guardiã da legalidade e tutelar o bom funcionamento do mercado de capitais, essa ausência de comunicados – somados a outras ausências – específicos sobre crimes contra o mercado de capitais não só compromete a eficácia do sistema de *enforcement*, mas também enfraquece a confiança pública na atuação das autoridades competentes.

3.3.1 Relatórios institucionais do Ministério Público Federal: relatórios de transparência/ resultados e de planejamento estratégico e a ausência de espaço na agenda institucional para o "além do enfrentamento à corrupção"

A análise dos relatórios do Ministério Público Federal revela[86] uma clara tendência de priorizar o combate à corrupção como principal

[86] De fato, os dados levantados nos relatórios institucionais permitem afirmar que há uma priorização do combate à corrupção como objetivo central do

objetivo institucional, conforme demonstrado nos relatórios de transparência/ resultados[87] e de planejamento estratégico[88] a partir do ano de 2013.

Esse dado, inicialmente percebido na análise de provas e editais, ganha robustez e confirmação nos relatórios do Procurador-Geral da República[89], que tratam de estatísticas, transparência e efetividade. Ao reafirmar o combate à corrupção como prioridade máxima, inclusive com campanhas midiáticas como a *hashtag* #corrupcaonao, esses documentos evidenciam uma redução do escopo de atuação do MPF, que passa a focar quase exclusivamente no discurso anticorrupção.

Em contraste, o relatório de Governança, gestão, inovação e resultados[90] de 2011/2013 apontava para uma abordagem mais ampla, com foco em governança no setor público, eficiência, transparência e probidade,

---

MPF. No entanto, compreender as razões dessa priorização exige ir além da constatação empírica. A hipótese principal defendida neste trabalho é a de que há uma subvalorização institucional dos crimes contra o mercado de capitais, decorrente de escolhas estratégicas que concentram recursos e legitimidade política em áreas de maior visibilidade, como corrupção. Todavia, reconhece-se que outras hipóteses também são plausíveis: a menor incidência relativa desses crimes no contexto brasileiro, o que naturalmente reduz o número de casos investigados; as limitações de capacidade estatal, como restrições orçamentárias e ausência de quadros especializados, que dificultam a atuação consistente nessa seara; e ainda possíveis deficiências investigativas ou cognitivas externas ao MPF, envolvendo CVM e PF, que condicionam a chegada das comunicações à esfera penal. A menção a essas hipóteses alternativas não implica necessariamente aderir a elas, mas reforça que o diagnóstico aqui proposto deve ser lido em diálogo com esse conjunto de fatores que, em alguma medida, também ajudam a explicar a seletividade observada.

87 *Id*. *Relatório de resultados do Procurador-Geral da República*: diálogo, unidade, transparência, profissionalismo, efetividade. Brasília: MPF, 2016b. Disponível em: https://biblioteca.mpf.mp.br/repositorio/items/6ecd076e-bfe0-4240-8e03-f5148ad08d38. Acesso em: 10 ago. 2024.

88 *Id*. *Planejamento Estratégico Institucional para o MPF*. 2024. Disponível em: http://www.transparencia.mpf.mp.br/conteudo/planejamento-estrategico/planejamento-estrategico-institucional. Acesso em: 14 ago. 2024.

89 Este marco é em 2013.

90 *Id*. *Governança, gestão, inovação e resultados*: biênio 2011-2013. Brasília: MPF, 2013. p. 21. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/o-mpf/sobre-o-mpf/gestao-estrategica-e-modernizacaodo-mpf/sobre/publicacoes/pdf/relatorio_de_gestao_bienio_2011_2013.pdf. Acesso em: 24 ago. 2024.

enfatizando a importância do planejamento estratégico para o período 2011-2020 e a valorização de todas as funções constitucionais do MPF.

Contudo, a partir de 2013, observa-se uma mudança drástica na prioridade institucional, com um desvio claro para as operações de combate à corrupção, como a Lava Jato, e a promoção das "Dez Medidas Contra a Corrupção"[91], que passaram a dominar o discurso do MPF, ainda que tais atividades não estivessem destacadas como prioridade nos documentos estratégicos oficiais.

No que diz respeito ao Plano Estratégico Institucional para o período de 2011 a 2021[92], o objetivo de nº 25 estabelece o fortalecimento de todas as funções institucionais, normativas constitucionais do MPF. O objetivo nº 18 tem como objetivo principal fortalecer e desenvolver o poder investigatório, inclusive com o aprimoramento do controle externo da atividade policial. Portanto, o Ministério Público deve ser ativo na definição das suas prioridades de atuação, instaurando e conduzindo procedimentos investigatórios, o que, normativamente é contestável como uma das atribuições constitucionais do Ministério Público[93].

Já no objetivo institucional nº 21, o "combate à criminalidade e à corrupção, assegurar, na defesa da sociedade, a apuração e a persecução célere e eficaz dos ilícitos penais e dos atos de improbidade administrativa, reduzindo a impunidade e a incidência de condutas criminosas e ímprobas", consolida que as ações anticorrupção são parte dos objetivos institucionais prioritários. Este objetivo, conforme o relatório[94] de resultados do planejamento é atingido durante os 11 anos, conforme menção expressa:

---

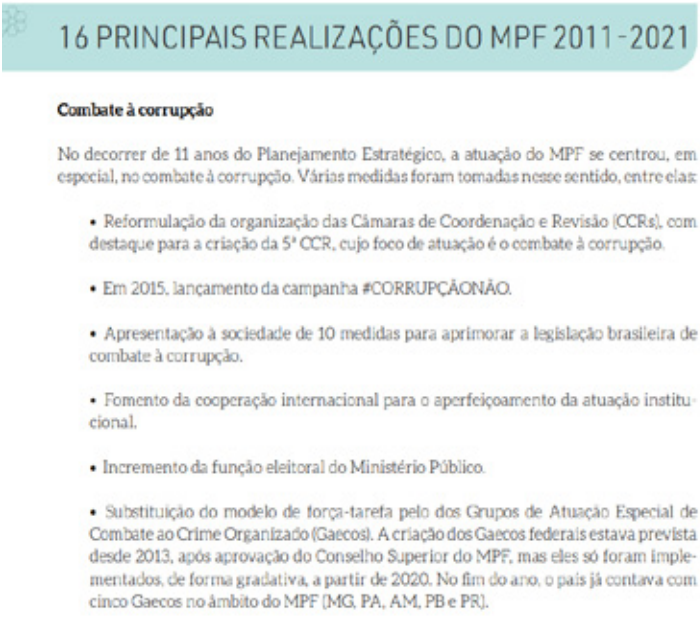
[91] A campanha institucional das "dez medidas contra corrupção", que possui um site de divulgação de propaganda institucional, hospedado no domínio oficial do MPF, contava inclusive com venda de material publicitário em apoio a campanha: https://dezmedidas.mpf.mp.br.

[92] *Id*., *op. cit*., 2024.

[93] SANTORO, Antonio E. R.; CYRILLO, Carolina. As Forças-Tarefas do Ministério Público Federal: o discurso político punitivo anticorrupção na instituição de garantias. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 6, n. 3, p. 1271-1300, set./dez. 2020. DOI: 10.22197/rbdpp.v6i3.431. Disponível em: https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/431/309. Acesso em: 24 ago. 2024. p. 1283-1286.

[94] BRASIL. Ministério Público Federal. *Relatório de resultados do Planejamento Estratégico Institucional para o MPF*. Disponível em: https://drive.google.

Figura 1. combate à corrupção como principal foco do Ministério Público Federal



16 PRINCIPAIS REALIZAÇÕES DO MPF 2011-2021

Combate à corrupção

No decorrer de 11 anos do Planejamento Estratégico, a atuação do MPF se centrou, em especial, no combate à corrupção. Várias medidas foram tomadas nesse sentido, entre elas:

- Reformulação da organização das Câmaras de Coordenação e Revisão (CCRs), com destaque para a criação da 5ª CCR, cujo foco de atuação é o combate à corrupção.
- Em 2015, lançamento da campanha #CORRUPÇÃONÃO.
- Apresentação à sociedade de 10 medidas para aprimorar a legislação brasileira de combate à corrupção.
- Fomento da cooperação internacional para o aperfeiçoamento da atuação institucional.
- Incremento da função eleitoral do Ministério Público.
- Substituição do modelo de força-tarefa pelo dos Grupos de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (Gaecos). A criação dos Gaecos federais estava prevista desde 2013, após aprovação do Conselho Superior do MPF, mas eles só foram implementados, de forma gradativa, a partir de 2020. No fim do ano, o país já contava com cinco Gaecos no âmbito do MPF (MG, PA, AM, PB e PR).

Fonte: Relatório de resultados do Planejamento Estratégico período de 2011 a 2021.

O que se vê, a partir do relatório de transparência institucional de 2013/2015, seguido pelos relatórios de transparência de 2015/2016, 2015/2017 e 2017/2019 é uma mudança radical e não mais velada da prioridade institucional do MPF para estabelecer que o combate a corrupção, a operação lava a jato e as dez medidas contra corrupção compunham as prioridades institucionais máximas do MPF. Não sendo verificado, em nenhum momento, agendas voltadas para enfrentamento a outros crimes específicos, tampouco menções à tutela do mercado de capitais.

No Mapa do Planejamento Estratégico para os anos 2022-2027[95], no quadro "visão", consta o seguinte texto: "ser reconhecido como

com/file/d/1QtjLYIvsyNvsaXkBjvO04Pb0RKHC3oY0/view. Acesso em: 20 ago. 2024.

[95] *Id*. Ministério Público Federal. *Relatório de resultados do Planejamento Estratégico Institucional para o MPF*. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/o-mpf/

instituição independente com atuação proativa e resolutiva na defesa do interesse público, no combate à corrupção e à criminalidade e na garantia dos direitos fundamentais e do desenvolvimento econômico e social sustentável", consolidando, de forma transparente, que a agenda e o intuito do Ministério Público seguem (excessivamente) focados no que diz respeito ao enfretamento da corrupção. A priorização desproporcional e seletiva do combate à corrupção pelo MPF é preocupante porque distorce o equilíbrio de suas funções constitucionais. A instituição passou a conferir a esse eixo um protagonismo absoluto, em detrimento de outras atribuições igualmente essenciais. Esse foco excessivo reduz sua atuação a um campo restrito e compromete a responsabilidade de exercer uma defesa ampla da sociedade e do ordenamento jurídico.

Assim, a partir dos próprios documentos institucionais, observa-se que o MPF, no plano discursivo, deixa de se apresentar como guardião de direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito, vocação que lhe foi atribuída pela Constituição de 1988, para projetar-se sobretudo como uma agência pública de combate à corrupção e de persecução penal[96].

Sobre este ponto, a análise dos *surveys* de Arantes[97] (anos de 1996/2022) e do Centro de Estudos de Segurança e Cidadania (CESeC)[98] (ano de 2016) acrescenta detalhes sobre a mudança significativa nas prioridades do Ministério Público.

Em 1996, a promoção da ação penal pública era a principal prioridade para 83% dos entrevistados, seguida de perto pela defesa dos direitos transindividuais, com 77% de respostas positivas. Essa ênfase na ação penal refletia o alto volume de trabalho relacionado, dado que a titularidade da ação penal pública é exclusiva do MP, e sua atuação é obrigatória em qualquer processo judicial[99].

---

sobre-o-mpf/gestao-estrategica/planejamento/mapa-estrategico-2022-2027. Acesso em: 10 ago. 2024.

96 SANTORO; CYRILLO, *op. cit*., p. 1283-1286.

97 ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e Política no Brasil*. São Paulo: Sumaré, 2002.

98 LEMGRUBER, *op. cit*.

99 ARANTES, *op.cit*.

No entanto, a partir de meados dos anos 2000, observou-se uma mudança nas prioridades do MP. Enquanto o foco na atuação criminal diminuiu em 11% nos dois anos anteriores à pesquisa, houve um aumento nas áreas relacionadas à tutela de direitos difusos e coletivos, com destaque para o meio ambiente (aumento de 12%), serviços de relevância pública (aumento de 17%) e improbidade administrativa (aumento de 22%). Esse deslocamento reflete uma crescente inserção do MP em uma rede de *accountability* e uma maior ênfase no combate à corrupção[100].

A partir desse período, o MP passou a adotar uma abordagem mais especializada no combate à corrupção, consolidando uma racionalidade institucional nacionalmente difundida para enfrentar esses delitos. O reflexo dessa mudança foi expressivo: o número de operações contra a corrupção saltou de 18, em 2003, para 566, em 2015[101].

O *survey* realizado pelo CESeC[102] em 2016, com 899 membros do MP em todo o país, confirmou essa guinada. A tendência de priorização da tutela coletiva, identificada em pesquisas anteriores, não se consolidou. Em vez disso, a prioridade institucional voltou-se predominantemente para a função acusatória e o combate à corrupção. Entre as áreas consideradas prioritárias, 62% dos entrevistados destacaram a corrupção e 49% a investigação criminal. Apenas o meio ambiente se manteve relevante no campo da tutela coletiva (45%), enquanto áreas como defesa do consumidor e proteção do patrimônio histórico e cultural apresentaram índices residuais.

A avaliação da qualidade da atuação reforça esse padrão: cerca de 80% dos membros avaliaram positivamente a ação penal, seguida de 76% para a representação por ato infracional. No campo coletivo, o meio ambiente obteve 68% e a defesa do consumidor 66%, enquanto o combate à improbidade administrativa foi avaliado positivamente por 64%[103].

---

[100] ARANTES, Rogério Bastos. *Op.cit*.

[101] LAMENHA, Bruno; LIMA, Flávia Danielle Santiago. Quem defenderá a sociedade? Trajetórias e competição institucional em torno da tutela coletiva entre Ministério Público e Defensoria no pós-1988. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJJL]*, v. 22, n. 1, p. 73-104, 2021. https://doi.org/10.18593/ejjl.26652. p. 93.

[102] LEMGRUBER, *op. cit*.

[103] *Ibid*.

Tomados em conjunto, esses dados indicam que os membros do MP enxergam como prioritárias, majoritariamente, atividades vinculadas à função acusatória. O achado marca uma ruptura em relação à tendência observada em 1996, quando se verificava o fortalecimento da tutela coletiva em paralelo à perda de centralidade da atuação criminal.

Considerações Finais

Pretendeu-se questionar quais são os espaços que o *enforcement* penal em mercado de capitais ocupa na agenda de atuação do Ministério Público Federal, tendo como hipótese inicial que o espaço destinado à tutela penal no mercado de capitais é mínimo. Ao final foi possível constatar que a hipótese inicial é a melhor resposta à indagação investigativa.

Adicionalmente, a partir do *corpus* de análise, observa-se que a prioridade institucional do Ministério Público Federal, conforme exposta em diversos documentos internos e de transparência, é voltada, de modo enfático, ao combate à corrupção, não havendo espaço na agenda institucional, nem recursos humanos disponíveis para o enfrentamento de outros crimes ou para a proteção de outros direitos.

Portanto, a análise da atuação do Ministério Público Federal (MPF) em relação aos crimes contra o mercado de capitais revela desafios e lacunas que precisam ser superados para que a instituição cumpra de forma mais abrangente e eficaz seu papel constitucional na proteção do interesse público, incluindo a tutela do mercado de capitais.

A análise documental revela uma abordagem marginal em relação aos crimes contra o mercado de capitais desde os editais e provas de concursos para procuradores, com questões específicas sobre o tema aparecendo apenas em 2022, até uma grave carência de materiais de apoio, eventos e programas de capacitação específicos para crimes de mercado de capitais tanto no âmbito do CNMP quanto na ESMPU. Este cenário sugere uma lacuna na preparação técnica dos membros do MPF para lidar com a complexidade desses crimes.

Esse cenário, porém, não exclui outras explicações possíveis, como a menor incidência relativa desses crimes no Brasil, a dificuldade de identificação e apuração pelas instâncias investigativas externas ao

MPF (CVM, BACEN, PF) ou ainda fatores de ordem estrutural, como limitações de orçamento e capacidade estatal.

Todavia, a leitura de subvalorização mostra-se mais consistente com os dados analisados: embora existam comunicações regulares da CVM ao MPF, raramente elas se convertem em ações penais; tampouco há registros de esforços significativos de formação de equipes especializadas ou de uniformização de entendimentos colegiados sobre o tema.

Esse descompasso sugere que não se trata apenas de baixa incidência ou de falhas investigativas externas, mas de uma escolha institucional de priorização, que concentra recursos e visibilidade em outras áreas - sobretudo no combate à corrupção -relegando os ilícitos de mercado a um plano secundário. Portanto, este estudo sugere que o MPF precisa reconsiderar sua abordagem estratégica e organizacional para garantir uma atuação mais robusta e equilibrada. A falta de visibilidade e clareza das ações do MPF nessa área compromete a transparência e a confiança pública, limitando a capacidade da instituição de proteger eficazmente o mercado financeiro e, por extensão, o interesse público.

Antes de tudo, é fundamental que o Ministério Público Federal compreenda plenamente seu papel como integrante da rede de *enforcement* no mercado de capitais. Essa função, atribuída pela Constituição Federal, encontra respaldo no artigo 127, que lhe confere a titularidade de tutelar o interesse público e coletivo. O papel do MPF não deve ser passivo, mas sim ativo, o que exige uma postura proativa na investigação de crimes relacionados ao mercado de capitais. Este trabalho busca conscientizar o MPF sobre sua responsabilidade constitucional e encorajá-lo a exercer plenamente seu poder e dever de atuação no enfrentamento desses crimes.

A adoção de medidas que ampliem o foco do *enforcement* penal para além do combate à corrupção, a criação de núcleos especializados, e o fortalecimento de programas de capacitação são fundamentais para que o MPF desempenhe de maneira plena seu papel de guardião da legalidade e do interesse público. Sem tais ajustes, a instituição corre o risco de perpetuar uma atuação seletiva, comprometendo sua credibilidade e a confiança social na justiça e na sua capacidade de agir de maneira justa e eficaz.

Referências

ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e Política no Brasil*. São Paulo: Sumaré, 2002.

ARANTES, Rogério Bastos. Ministério Público na fronteira entre a Justiça e a Política. *Justitia*, São Paulo, v. 197, p. 325-335, 2007.

ASSOCIAÇÃO PAULISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo. *Memória dos Aposentados do Ministério Público do Estado de São Paulo*, São Paulo, [entrevista on-line], 2014.

BORBA, Thiago Cochenski. Acessoriedade Administrativa e Dúvida sobre a Proibição nos Crimes contra o Mercado de Capitais. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, v. 17, n. 1, p. 171-193, 2023. https://doi.org/10.58766/rpgbcb.v17i1.1207

BRAGA, Isabel *et al*. Manifestantes participam da Marcha contra a Corrupção. *O Globo*, 3 nov. 2011. Disponível em: https://oglobo.globo.com/politica/manifestantes-participam-da-marcha-contra-corrupcao-2702393. Acesso em: 10 ago. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução n° 146, de 21 de junho de 2016a*. Dispõe sobre as diretrizes administrativas e financeiras para a formação de membros e servidores do Ministério Público. Cria no âmbito do Conselho Nacional do Ministério Público, a Unidade Nacional de Capacitação do Ministério Público. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolução-1461.pdf. Acesso em: 10 ago. 2024.

BRASIL. Ministério Público Federal. *Comunicado 15*. Sessão de Revisão de 22 de agosto de 2022. Número: 1.34.001.004685/2022-33 - Eletrônico Voto nº: 3615/2022. Disponível em: Acesso em: 20 ago. 2024.

BRASIL. Ministério Público Federal. *Comunicado nº 5, de 14 de fevereiro de 2019*. Sessão de 11 de fevereiro de 2019. Inquérito Policial. Suposta crime contra o mercado de capitais (Lei nº 6.385/76, art. 27-E) em razão da captação de clientes e oferta pública de oportunidades de investimentos no mercado FOREX sem autorização da CVM. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/comunicados-da-2a-ccr-1/2019/comunicado_5_sessao.pdf. Acesso em: 24 ago. 2024.

BRASIL. Ministério Público Federal. *Comunicado nº 55, de 26 de setembro de 2018*. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/comunicados-da-2a-ccr-1/2018/comunicado_55_sessao.pdf. Acesso em: 20 ago. 2024.

BRASIL. Ministério Público Federal. *Comunicado nº 41, de 11 de junho de 2018*. Inquérito policial. Conflito negativo de atribuições entre membros do mpf (lc n° 75/93, art. 62, vii). Insider trading. Art. 27-d da lei nº 6.385/76. Tipo de crime contra o sistema financeiro. Atribuição do 2º ofício criminal especializado da PR/BA. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/comunicados-da-2a-ccr-1/2018/comunicado_41_sessao.pdf. Acesso em: 10 ago. 2024.

BRASIL. Ministério Público Federal. *Comunicado nº 34, de 29 de maio de 2017*. Sugestões para o plano de atividades da ESMPU de 2018. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/comunicados-da-2a-ccr-1/2017/comunicado_34-sessao.pdf. Acesso em: 24 ago. 2024.

BRASIL. Ministério Público Federal. *Edital 2CCR nº 2, de 26 de abril de 2023*. Seleção de artigos sobre criptoativos. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/comunicados-da-2a-ccr-1/2023/comunicado-6-edital-no-2-selecao-de-artigos-sobre-criptoativos.pdf. Acesso em: 24 ago. 2024.

BRASIL. Ministério Público Federal. *Relatório de gestão do Ministério Público da União*: 2020. Brasília: MPF, 2021. Disponível em: http://www.transparencia.mpf.mp.br/transparencia/conteudo/execucao-orcamentaria-e-financeira/prestacao-de-contas-anual/2020/relatorio-de-gestao-mpf_2020.pdf. Acesso em: 10 ago. 2024.

BRASIL. Ministério Público Federal. *Relatório de resultados do Procurador-Geral da República*: diálogo, unidade, transparência, profissionalismo, efetividade. Brasília: MPF, 2016b. Disponível em: https://biblioteca.mpf.mp.br/repositorio/items/6ecd076e-bfe0-4240-8e03-f5148ad08d38. Acesso em: 24 ago. 2024.

BRASIL. Ministério Público Federal. *Planejamento Estratégico Institucional para o MPF*. 2024. Disponível em: http://www.transparencia.mpf.mp.br/conteudo/planejamento-estrategico/planejamento-estrategico-institucional. Acesso em: 14 ago. 2024.

BRASIL. Ministério Público Federal. *Governança, gestão, inovação e resultados*: biênio 2011-2013. Brasília: MPF, 2013. p. 21. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/o-mpf/sobre-o-mpf/gestao-estrategica-e-modernizacaodo-mpf/sobre/publicacoes/pdf/relatorio_de_gestao_bienio_2011_2013.pdf. Acesso em: 24 ago. 2024.

CARVALHO, Ernani; LEITÃO, Natália. O novo desenho institucional do Ministério Público e o processo de judicialização da política. *Revista Direito GV*, v. 6, n. 2, p. 399-422, 2010. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rdgv/a/tDb5KHGQhJgNgWyFZXsn7dK/abstract/?lang=pt. Acesso em: 24 ago. 2024.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; SADEK, Maria Tereza. *O Ministério Público Federal e a administração da justiça no Brasil*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 1998 [edição eletrônica 2010].

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Comissão de Acompanhamento Legislativo e Jurisprudência. *Enunciados e Súmulas*. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/comissoes/comissao-de-acompanhamento-legislativo-e-jurisprudencia/jurisprudenciacalj/enunciados-e-sumulas. Acesso em: 24 ago. 2024.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Comissão de Acompanhamento Legislativo e Jurisprudência. *Sistema de Pesquisa de Jurisprudência Detalhada* (SPJD). Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/comissoes/comissao-de-acompanhamento-legislativo-e-jurisprudencia/jurisprudenciacalj/sistema-de-pesquisa-de-jurisprudencia-detalhada-spjd. Acesso em: 24 ago. 2024.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Curso de Educação Financeira e Investimentos. Dez. 2019. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/eventos/event/0/720-capacitacao/664-curso-de-educacao-financeira-e-investimentos. Acesso em: 24 ago. 2024.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Publicações. Disponível em: https://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/docs/1/2690448.PDF. Acesso em: 24 ago. 2024.CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Revista do CNMP*. Publicações institucionais. Disponível em: https://ojs.cnmp.mp.br/index.php/revistacnmp/search/index?query=crime&dateFromYear=&dateFromMonth=&dateFromDay=&dateToYear=&dateToMonth=&dateToDay=&authors=. Acesso em: 24 ago. 2024.

DE PAULA, Áureo Natal. Crimes contra o sistema financeiro nacional e o Mercado de capitais. Comentários à Lei 10.303/01 à Lei 6.385/76. Doutrina e Jurisprudência. Curitiba: Juruá, 2006.

ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO. EaD: oficina aborda procedimentos de investigação no mercado de capitais. Jun. 2021. Disponível em: https://escola.mpu.mp.br/a-escola/comunicacao/noticias/ead-oficina-aborda-procedimentos-de-investigacao-no-mercado-de-capitais. Acesso em: 10 ago. 2024.

ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO. A experiência da CVM e da BSM na prevenção, investigação e repressão de ilícitos cometidos no mercado de capitais. Projeto Pedagógico. 2019. Disponível em: https://escola.mpu.mp.br/selecao/exibirAnexo/idAnexo/17462. Acesso em: 10 ago. 2024.

KERCHE, Fábio. Agências responsáveis pela ação penal: um estudo comparativo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 54, p. 127-152, 2005. http://dx.doi.org/10.1590/0102-255286/105

LAMENHA, Bruno; LIMA, Flávia Danielle Santiago. Quem defenderá a sociedade? Trajetórias e competição institucional em torno da tutela coletiva entre Ministério Público e Defensoria no pós-1988. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJJL]*, v. 22, n. 1, p. 73-104, 2021. https://doi.org/10.18593/ejjl.26652

LEMGRUBER, Julita *et al*. *Ministério Público*: Guardião da democracia brasileira? Rio de Janeiro: CESeC, 2016.

LEMOS, C. R. F.; BARROS, A. T. Lutas Simbólicas na Arena Midiática: O Poder de Agência do Ministério Público e as Controvérsias sobre a PEC 37. *Opinião Pública*, v. 22, n. 3, p. 702-738, 2016. https://doi.org/10.1590/1807-01912016223702

LONDERO, Daiane. *O desenvolvimento de capacidades institucionais do Ministério Público Federal no combate à corrupção (1988-2018)*. 2021. 354 f. Tese (Doutorado em Políticas Públicas) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2021.

MACHADO, Bruno Amaral. Justiça criminal, organizações e sistemas de interação: discursos sobre o inquérito policial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 104, p. 205-234, 2013.

MARONA, M.; KERCHE, F. O Ministério Público na Operação Lava Jato: como eles chegaram até aqui. *In*: KERCHE, F. *et al*. *Operação Lava Jato e a democracia brasileira*. São Paulo: Contracorrente, 2018. p. 69-100.

MARTIN DE SANCTIS. *Punibilidade no sistema financeiro nacional*. Tipos penais que tutela o sistema financeiro nacional. Campinas/SP: Millenium, 2003.

MIATO, Bruna. Americanas: entenda a fraude que levou à operação da PF e à recuperação judicial de R$ 50 bilhões. *G1*, 27 jun. 2024. Disponível em: https://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/2024/06/27/americanas-entenda-a-fraude-contabil-que-levou-a-maior-recuperacao-judicial-do-brasil.ghtml. Acesso em: 20 ago. 2024.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Edital do Concurso nº 25*. 2011. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/concursos/concursos/procuradores/anterior/25o-concurso/25o-concurso_documentos. Acesso em: 10 ago. 2024.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de; LOTTA, Gabriela Spanchero; VASCONCELOS, Natália Pires de. Ministério Público, autonomia funcional e discricionariedade: ampla atuação em políticas públicas, baixa accountability. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 7, n. 1, p. 181-195, 2020.

PALUDO, Januário; LIMA, Carlos Fernando dos Santos; ARAS, Vladimir. *Forças-tarefas*: direito comparado e legislação aplicável – MPF. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011.

PAES, José Eduardo Sabo. O Ministério Público na Constituição Brasileira: sua natureza, princípios e estrutura. *Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, n. 7, p. 49-63, 2003.

PIMENTA, Raquel de Mattos. *Reformas anticorrupção e arranjos institucionais*: o caso dos acordos de leniência. 2019. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. doi:10.11606/T.2.2019.tde-31072020-140346

PRADO, Viviane Muller. Os desafios para o ressarcimento de investidores. *In*: CARVALHOSA, Modesto; LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros; WALD, Arnoldo (coords.). *A responsabilidade civil da empresa perante os investidores*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

PRADO, Viviane Muller. *Não custa nada mentir*: desafios para o ressarcimento de investidores. 2018. DOI:10.13140/RG.2.2.19418.34240. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/308722569_NAO_CUSTA_NADA_MENTIR_desafios_para_o_ressarcimento_de_investidores#fullTextFileContent. Acesso em: 24 ago. 2024.

RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes. Ministério Público: velha instituição com novas funções? *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 113, p. 51-82, set. 2017. DOI 10.4000/rccs.6654.

RIO DE JANEIRO. Ministério Público Federal. *Núcleo Criminal Especial*. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/rj/atuacao/combate-a-corrupcao. Acesso em: 10 ago. 2024.

SANTORO, Antonio E. R.; CYRILLO, Carolina. As Forças-Tarefas do Ministério Público Federal: o discurso político punitivo anticorrupção na instituição de garantias. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 6, n. 3, p. 1271-1300, set./dez. 2020. DOI: 10.22197/rbdpp.v6i3.431. Disponível em: https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/431/309. Acesso em: 24 ago. 2024.

SANTOS, Ives Nahama Gomes dos. *O mercado, os homens e alguns segredos*: uso da metodologia multimétodo para identificação do conceito de fato relevante no crime de insider trading. 2023. 277 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2023.

SÃO PAULO. Justiça Federal. 6a Vara Criminal da Seção Judiciária de São Paulo. *Ação Penal Federal nº 0005123-26.2009. 403.6181*. Juiz federal substituto: Marcelo

Costenaro Cavali. São Paulo, 16 de fevereiro de 2011. Disponível em: https://www.jfsp.jus.br/documentos/administrativo/NUCS/decisoes/2011/2011-02-22-insidersadia.pdf Acesso em: 24 ago. 2024.

SUXBERGER, Antonio. *A Superação do dogma da obrigatoriedade da ação penal*: a oportunidade como consequência estrutural e funcional do sistema de justiça criminal. 2017. Disponível em: https://www.mpgo.mp.br/revista/pdfs_13/3Artigo6_final_Layout%201.pdf. Acesso em: 24 ago. 2024.

TEIXEIRA, Francisco Dias. Princípios constitucionais do Ministério Público, ainda. *Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União*, n. 10, p. 11-30, 2004.

VIEGAS, Rafael Rodrigues *et al*. O espaço formal de ação do Ministério Público entre 1989 e 2016: mudanças incrementais e ativação estratégica. *Direito Público*, v. 19, n. 101, 2022. DOI: https://doi.org/10.11117/rdp.v19i101.5769. Disponível em: https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/5769. Acesso em: 24 ago. 2024.

WEST, William F. *Controlling the bureaucracy*: Institutional constraints in theory and practice. Abington, Inglaterra: Routledge, 2016.

ZANINI, Fábio. Em transe, Brasil dos anos 2010 teve protestos, impeachment, Lava Jato e Bolsonaro. *Folha de São Paulo*, 2020. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2020/12/em-transe-brasil-dos-anos-2010-teve-protestos-impeachment-lava-jato-e-bolsonaro.shtml. Acesso em: 10 ago. 2024.

Authorship information

Nahama Gomes dos Santos. Doutoranda em Direito e Desenvolvimento na Fundação Getúlio Vargas/SP, na Linha de Direito dos Negócios, com apoio da Bolsa Mario Henrique Simonsen de Ensino e Pesquisa. Pesquisadora bolsista do Núcleo de Estudos em Mercados Financeiro e de Capitais (MFCap) da FGV/SP. Mestre em Direito Constitucional Público pela Universidade Federal do Ceará (PPGD/UFC), com mobilidade acadêmica na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Foi coordenadora do Núcleo de Estudos em Ciências Criminais (NECC/UFC). É pesquisadora-bolsista, durante o Doutorado, pela CAPES pelo Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições de Ensino Particulares (PROSUP). Foi pesquisadora-bolsista, durante o mestrado, pela CAPES. Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra e IBCCRIM. Advogada criminal com ênfase em criminalidade econômica e de empresa (em licença). ives-nahama@hotmail.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; she also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Data Availability Statement: In compliance with open science policies, all data generated or analyzed during this study are included in this published article.

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

- Submission: 26/03/2025
- Desk review and plagiarism check: 30/03/2025
- Review 1: 22/06/2025
- Review 2: 23/06/2025
- Review 3: 06/05/2025
- Preliminary editorial decision: 17/09/2025
- Correction round return 1: 28/09/2025
- Preliminary editorial decision 2: 30/09/2025
- Correction round return 2: 30/09/2025
- Final editorial decision: 01/10/2025

Editorial team

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

How to cite (ABNT Brazil):

SANTOS, Nahama Gomes dos. Duas décadas de atuação do Ministério Público Federal em crimes contra o mercado de capitais. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 11, n. 3, e1210, set./dez. 2025. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v11i3.1210

License Creative Commons Attribution 4.0 International.

Quando a violência doméstica bate à porta das Varas de Família: uma análise de processos com autoras que possuem medidas protetivas da Lei Maria da Penha[1]

When domestic violence knocks on the door of the Family Courts: an analysis of cases involving plaintiffs who have protective measures of the Maria da Penha Law

Maria Eduarda Souza Porfírio[2]

Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo – Ribeirão Preto, SP, Brasil

maria.porfirio@usp.br

http://lattes.cnpq.br/3209606597675159

https://orcid.org/0000-0001-6134-6521

Fabiana Cristina Severi[3]

Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo – Ribeirão Preto, SP, Brasil

fabianaseveri@usp.br

http://lattes.cnpq.br/6045031763154780

https://orcid.org/0000-0002-8399-7808

Resumo: O estudo tem por objetivo analisar dados relativos a processos judiciais em varas de família em que a autora apresenta pedido de medida protetiva em vara com competência em violência doméstica, a fim de identificar marcadores de revitimização. Buscamos compreender, também, se a não implementação da competência híbrida prevista na

[1] Projeto recebeu menção honrosa na 75a Reunião Anual da SBPC.

[2] Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, atualmente mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito pela mesma instituição.

[3] Professora titular do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Doutora em Psicologia pela USP, mestrado em Direito pela UNESP.

LMP estaria afetando a garantia de acesso à justiça. A pesquisa é qualitativa e faz uso da análise de conteúdo de dados referentes a ações judiciais em varas de família ingressadas por mulheres que apresentavam medida protetiva. Partimos da premissa de que a fragmentação da prestação jurisdicional em casos de violência doméstica pode ensejar a revitimização de mulheres nas varas de família. Isso porque, a ausência de competência ampla nas unidades judiciárias que atuam em violência doméstica e familiar conduz as mulheres a acessarem mais de uma vez o Judiciário e, com isso, estarem suscetíveis à desconsideração da violência doméstica e/ou um tratamento não especializado às demandas decorrentes de tal violência nas varas de família. Além de verificarmos a existência de indícios de revitimização nos processos analisados, o estudo permite uma reflexão sobre alguns efeitos decorrentes da ausência da competência híbrida em unidades judiciárias que atuam em casos de violência doméstica e familiar.

Palavras-Chave: Lei Maria da Penha; Competência Híbrida; Unicidade do Direito; Direito de Família; Acesso à Justiça.

Abstract: *The study aims to analyze data related to legal proceedings in family courts in which the plaintiff presents a request for protective measures in a court with jurisdiction over domestic violence, in order to identify markers of revictimization. We also seek to understand whether the failure to implement the hybrid jurisdiction provided for in the LMP is affecting the guarantee of access to justice. The research is qualitative and uses content analysis of data relating to lawsuits in family courts filed by women who had protective measures. We set out from the premise that the fragmentation of judicial services in cases of domestic violence can lead to the revictimization of women in family courts. Due to the lack of broad jurisdiction in judicial units that deal with domestic and family violence, women are led to access the judiciary more than once and, as a result, are susceptible to the disregard of domestic violence and/or non-specialized treatment of claims arising from such violence in family courts. In addition to verifying the existence of evidence of revictimization in the cases analyzed, the study enables reflection on some of the effects resulting from the absence of hybrid jurisdiction in judicial units that deal with cases of domestic and family violence.*

Keywords: *Maria da Penha Law; Hybrid Jurisdiction; Uniqueness of Law; Family Law; Access to Justice.*

Introdução

A competência híbrida prevista no art. 14 da Lei Maria da Penha (LMP), pela qual um único juízo teria competência para processamento de todas as demandas decorrentes de um caso de violência doméstica, foi defendida como uma inovação na garantia da proteção e segurança de mulheres em situação de violência doméstica, inclusive para evitar revitimização. No entanto, tal previsão não foi implementada no Judiciário, o que resulta em uma prestação jurisdicional fragmentada à demanda dessas mulheres. O estudo apresentado no artigo buscou identificar eventual presença de marcadores de revitimização em processos judiciais em varas de família em que as autoras têm medidas protetivas de urgência concedidas por unidade judiciária com competência em violência doméstica e familiar, de acordo com a Lei Maria da Penha.

Os Juizados Especializados em Violência Doméstica e Familiar contra as Mulheres (JVDFM) previstos na LMP, seriam unidades judiciárias em que as competências cíveis e penais estariam concentradas em um único juízo para processamento de todas as demandas decorrentes de um caso envolvendo violência doméstica. Ou seja, eles deveriam atuar com competência híbrida, buscando, com isso, garantir a máxima proteção aos direitos humanos das mulheres em situação de violência doméstica, assegurando o acesso à justiça célere e menos oneroso[4].

Ocorre que a implementação da LMP, pelo Poder Judiciário, tem se dado, via de regra, com ênfase nos procedimentos penais e na concessão das medidas protetivas de urgência (MPUs), deixando os temas cíveis de família para processamento em unidades judiciárias com competência nesse tipo de feito. O que a literatura sobre o tema aponta é que esse desmembramento dos temas pode ensejar duas grandes problemáticas: (i) a precarização dos JVDCMs; e (ii) a necessidade da mulher se submeter a outras vias dentro do judiciário para tratar das questões cíveis e de família, com duplicidade não só de profissionais da magistratura, mas, eventualmente, também da Defensoria e do Ministério Público.

---

[4] PASINATO, Wânia. Avanços e obstáculos na implementação da Lei 11.340/2006. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.136

A revitimização pode decorrer tanto da necessidade de percorrer um extenso caminho no Judiciário, acessando mais de um juízo para a apreciação de todas as suas demandas, quanto por se deparar com um ambiente não especializado no tratamento de questões envolvendo situação de violência doméstica fora das unidades destinadas ao julgamento da matéria jurídica. Essa não especialização pode resultar em não adequação do rito do processo à natureza da demanda, na descontinuidade do atendimento em rede, na desconsideração do processo crime ou autônomo de medida protetiva, o que, por sua vez, pode resultar em decisões contraditórias e, ainda, no uso de discursos marcados por estereótipos e que estigmatizam mulheres a partir de papéis de gênero[5]

Considerando que a não implementação da competência híbrida é uma realidade no sistema jurídico brasileiro, buscamos a partir da presente pesquisa verificar, primeiro, se existe uma múltipla entrada no Judiciário por mulheres em situação de violência doméstica, por meio de uma análise do número de mulheres que apresentam pedido de medida protetiva e acessam paralelamente o Judiciário nas varas de família. Em seguida, nos dedicamos a analisar o conteúdo dos processos cíveis para verificar se é possível encontrar neles marcadores de revitimização, buscando identificá-los e entender como operam.

A pesquisa que realizamos considerou o cenário em que o tema da competência híbrida tem sido debatido por diversos segmentos do sistema de justiça, a fim de contribuir com a discussão por meio de aportes sobre eventuais efeitos da sua não implementação no acesso à justiça para as mulheres. Não nos propusemos a estudar a competência híbrida em si. O que buscamos foi analisar se as mulheres em situação de

---

[5] DEBERT, Guita Grin; OLIVEIRA, Marcella Beraldo de. Os modelos conciliatórios de solução de conflitos e a "violência doméstica". *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 29, p. 305–337, 2007; ORTEGA, Danilo Martins; SOUZA, Paula Sant'Anna Machado de. A ausência de competência híbrida real nos juizados especiais de violência doméstica e familiar. *Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 38-45, 2017; PARIZOTTO, Natália Regina. Violência doméstica de gênero e mediação de conflitos: A reatualização do conservadorismo. Serviço Social & Sociedade, São Paulo, n. 132, p. 287–305, 2018; CAMPOS, Gabriela Cortez; SEVERI, Fabiana Cristina. A competência híbrida nas varas de violência doméstica e familiar contra a mulher de Cuiabá: um estudo de caso. *Revista IusGénero América Latina*, [S. l.], v. 2, n. 2, 2024.

violência, ao recorrerem às varas e juizados de família, deparam-se com procedimentos tendentes a resultar em revitimização.

O objetivo do estudo foi analisar dados relativos a processos judiciais em temáticas de direito de família em que a autora do processo é, também, autora de pedido de medida protetiva na vara com competência em violência doméstica (em processo crime ou processo autônomo), buscando identificar elementos que possam apontar para a reprodução de violência institucional ou de revitimização nessas unidades judiciárias.

1. Revisão Bibliográfica

A revisão de literatura contemplou estudos sobre dois eixos temáticos: (i) a competência híbrida prevista na Lei Maria da Penha e (ii) a revitimização em varas de família. Nossa pesquisa se encontra na intersecção destes estudos. Para fins de organização, apresentamos a seguir as revisões de forma separada.

1.1. Lei Maria da Penha e Competência Híbrida

Pela competência híbrida, em um único juízo um conflito é atendido em toda extensão, aplicando-se, por exemplo, a penalidade ao agressor, fixando medidas protetivas e decretando divórcio, separação, indenização, alimentos, guarda e outros assuntos cíveis[6]. Segundo Eliza Oliveira[7]: "A competência do Juizado é fixada em razão da vítima (mulher) e da matéria, sendo absoluta, portanto. Afasta-se a visão fracionada do direito que divide e limita competências, uma vez que, no mesmo processo, torna-se viável punir o agressor e decidir medidas afetas, de natureza cível".

Esse modelo de competência exige uma atuação do Poder Judiciário para além da resposta exclusivamente penal à violência doméstica,

---

[6] PASINATO, W. Lei Maria da Penha: Novas abordagens sobre velhas propostas. Onde avançamos? *Civitas- Revista de Ciências Sociais*; v. 10, n. 2, p. 216-232, 2010.

[7] OLIVEIRA, Eliza Rezende. A permanência de uma justiça transitória: o conflito de gênero no universo das varas criminais. *Revista do Laboratório de Estudos da Violência da UNESP/Marília*, Marília, p. 4, 2013.

voltando atenção integral para as demandas das vítimas e de seus familiares. Se cria a preocupação de o Judiciário promover a ampliação do acesso à justiça e de conferir tratamento único às consequências penais e civis decorrentes do mesmo "fato gerador", a violência doméstica, evitando decisões contraditórias.

Esses espaços devem contar com profissionais capacitados, equipe multidisciplinar e atuar de forma articulada com outros serviços da rede de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra as mulheres[8]. Tais previsões da LMP foram formuladas com o objetivo de garantir uma resposta jurisdicional mais ampla e efetiva às mulheres em situação de violência doméstica, voltando atenção para toda a complexidade de sua demanda e protegendo-as ao longo do processo[9]. A Competência Híbrida seria responsável por um atendimento mais coerente pelo Judiciário das demandas decorrentes de situações de violência doméstica, considerando as particularidades envolvidas nesses casos que exigem uma atuação especializada, o que reduziria a rota crítica percorrida pelas mulheres em situação de violência[10].

No início da execução da pesquisa (2022), os dados apresentados pelo CNJ na pesquisa anual "Justiça em Números" de 2021[11] apontaram para a existência de 138 varas exclusivas de violência doméstica. Em 2024, de acordo com o "Monitoramento da Política Judiciária Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres", painel desenvolvido

---

8 DEBERT, Guita Grin; OLIVEIRA, Marcella Beraldo de. Os modelos conciliatórios de solução de conflitos e a "violência doméstica". *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 29, p. 305–337, 2007; ORTEGA, Danilo Martins; SOUZA, Paula Sant'Anna Machado de. A ausência de competência híbrida real nos juizados especiais de violência doméstica e familiar. *Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 38-45, 2017.

9 ORTEGA, Danilo Martins; SOUZA, Paula Sant'Anna Machado de. A ausência de competência híbrida real nos juizados especiais de violência doméstica e familiar. *Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 38-45, 2017.

10 PARIZOTTO, Natália Regina. Violência doméstica de gênero e mediação de conflitos: A reatualização do conservadorismo. Serviço Social & Sociedade, São Paulo, n. 132, 2018, p. 290-291.

11 Disponível em: https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros

pelo CNJ[12] havia no território nacional, 171 varas exclusivas de violência doméstica e familiar. Mesmo com a criação de mais juízos especializados, a implementação da Competência Híbrida não se demonstra efetiva.

Na maioria dos estados, a aplicação da LMP é realizada por varas criminais adaptadas e Juizados Especiais Criminais ou, ainda, quando implementados, JVDFM, que aplicam a LMP e restringem a análise de questões cíveis às MPUs[13]. Em paralelo, tem-se a manutenção da competência das varas de família inalteradas.

Essa segmentação acarreta a priorização do tratamento penal-punitivo dos casos de violência doméstica, o que, primeiro, se afasta dos objetivos fixados pela Lei Maria da Penha, que não se propõe a ser uma lei penal, mas sim multidimensional, articulando três eixos: prevenção, na assistência e na contenção da violência[14]. Segundo, desconsidera a "multiplicidade de consequências jurídicas"[15] resultantes do caso, o que acarreta em uma análise incompleta das demandas levantadas pelas mulheres em situação de violência e/ou em análise não especializada.

Ana Carolina Spinelli aponta que os remédios penais não analisam a fundo questões típicas da responsabilidade civil, como dano moral, ou casos de violência patrimonial ou psíquica[16]. Nessa matéria, a consideração de medidas dentro das varas cível poderia conferir indenizações muito mais condizentes com os danos sofridos pelas mulheres vítimas de violência doméstica, do que quando restrito às medidas penais.

---

[12] Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%5Cpainelcnj.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shVDResumo

[13] FERREIRA, Versalhes Enos Nunes. A competência cumulativa cível e criminal das Varas de Violência de Gênero: a jurisprudência do superior tribunal de justiça e a posição do tribunal de justiça do Pará. *REJU- Revista Jurídica*, v. 6, n. 1, Santa Cruz do Rio Pardo, 2018.

[14] CAMPOS, Carmen Hein; GIANEZINI, Kelly. Lei Maria da Penha: do protagonismo feminista às resistências jurídicas. Revista Juris Poiesis, v. 22, n. 28, pp. 253- 269.

[15] SPINELLI, Ana Carolina Longhini. *Aspectos não penais da Lei Maria da Penha: a indenização das vítimas de violência doméstica no âmbito Cível*. Trabalho de Conclusão de Curso. Direito FGV, São Paulo, 2020, p. 20.

[16] SPINELLI, Ana Carolina Longhini. *Aspectos não penais da Lei Maria da Penha: a indenização das vítimas de violência doméstica no âmbito Cível*. Trabalho de Conclusão de Curso. Direito FGV, São Paulo, 2020.

A busca pela esfera cível já é de interesse de mulheres em situação de violência doméstica, as questões de família são uma das maiores preocupações das mulheres, pois é por meio de ações que garantam separação de corpos, divórcio, ou dissolução de união estável, pensão alimentícia, indenização, partilha de bens, guarda, etc., que a mulher consegue sustentar o rompimento com o cotidiano doméstico de violência[17].

Trata-se de uma organização em que a prestação do Direito se dá de forma seccionada, diferentes "ramos" regulam diferentes áreas e esferas da vida em sociedade, formando "subsistemas jurídicos", com princípios, procedimentos e estrutura próprias[18]. A LMP a partir do instituto da competência híbrida seria responsável por romper com esse padrão tradicional de fragmentação do Direito, reunindo a esfera privada (Direito de Família) e a pública (Direito Penal) em um único espaço, promovendo uma prestação integral às demandas que decorrem da situação de violência doméstica de gênero[19].

Tendo reconhecido que o direito penal não é suficiente para interferir e mudar a dinâmica da situação de violência doméstica[20] e que o âmbito cível pode atender demandas inatingíveis por ele, a entrada nas varas de família pode ser entendida como essencial ao atendimento eficaz

---

17 SOUZA, Fábio Rocha de. *Alienação parental e violência de gênero*: uma análise sociojurídica da lei 12.318/10. Dissertação (mestrado) - Programa de pós graduação em Ciências Sociais, PUCRS, Porto Alegre, 2021; PARIZOTTO, Natália Regina. Violência Doméstica de Gênero: desafios para seu enfrentamento no poder Judiciário. *[SYN]THESIS*, v. 9, n. 1, p. 29-39, Rio de Janeiro, 2016.

18 PARIZOTTO, Natália Regina. Violência Doméstica de Gênero: desafios para seu enfrentamento no poder Judiciário. *[SYN]THESIS*, v. 9, n. 1, p. 29-39, Rio de Janeiro, 2016, p. 31.

19 CAMPOS, Carmen Hein; GIANEZINI, Kelly. Lei Maria da Penha: do protagonismo feminista às resistências jurídicas. Revista Juris Poiesis, v. 22, n. 28, pp. 253- 269.

20 AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti d. A Lei Maria da Penha e a administração judicial de conflitos de gênero: Inovação ou reforço do modelo penal tradicional? *Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, v. 5, n. 4, 2012; MENDES, Emerson da Silva; ALMEIDA, Thiago Trindade de; ALMEIDA, Ceila Sales de. A guarda compartilhada em contexto de violência doméstica e familiar: breve análise à luz do filme "Jusqu'à la garde." *Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal*, v. 4, n. 2, 2022.

das demandas de mulheres em situação de violência e ao reconhecimento das mulheres como sujeitos de direitos[21].

Hoje, no entanto, o uso da vara cível e de família como instrumento viável e eficiente no rompimento e solução do caso de violência doméstica não tem se concretizado. Essas unidades judiciárias, como regra, não têm sido foco das políticas judiciárias de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra as mulheres, de modo que profissionais da justiça que nelas atuam, não necessariamente passaram por capacitações nas temáticas de gênero, direitos humanos, relações étnico-raciais e violência doméstica, tal como preconizado no artigo 8° da LMP. Por isso, não necessariamente são considerados serviços especializados no tema da violência.

1.2. As varas de família e sucessão e a desconsideração da violência doméstica

A violência de gênero, como é a violência doméstica, se sustenta na disparidade de poder entre as partes[22], enquanto o Código Civil brasileiro presume, para a resolução dos conflitos que regula, a igualdade de condições entre as partes de um processo. Por serem regidas por esta lógica, as varas de família não se mostram um ambiente capacitado para receber demandas decorrentes de situações de violência doméstica.

Diferente do que aconteceria nos juizados com plena implementação da competência híbrida, nas varas de família, a mulher se depara com a manutenção de um rito processual, no qual ocorrem tentativas de conciliação, encontros com o agressor, múltipla descrição/relato dos fatos[23], bem como decisões contraditórias. A exemplo, a LMP já

---

21 SPINELLI, Ana Carolina Longhini. A*spectos não penais da Lei Maria da Penha: a indenização das vítimas de violência doméstica no âmbito Cível*. Trabalho de Conclusão de Curso. Direito FGV, São Paulo, 2020, p. 19.

22 SAFFIOTI, Heleieth. *Gênero, patriarcado, violência*. Fundação Perseu Abramo, São Paulo, 2004.

23 DEBERT, Guita Grin; OLIVEIRA, Marcella Beraldo de. Os modelos conciliatórios de solução de conflitos e a "violência doméstica". *Cadernos Pagu*, n. 29, p. 305–337, 2007; ORTEGA, Danilo Martins; SOUZA, Paula Sant'Anna Machado de. A ausência de competência híbrida real nos juizados especiais

previu a possibilidade de se reconhecer em sede de medidas protetivas providências quanto à guarda, alimentos e visitas dos filhos, sempre que necessária à proteção da mulher e de seus filhos[24]. No entanto, por vezes, o que se observa é a desconsideração nas varas de família dessa fixação, seja ela anterior ou posterior ao processo cível, ou sua alteração, ensejando a possibilidade de fixação de regimes de visita não especializado e guarda compartilhada.

Guita Debert e Marcella Oliveira ao tratarem sobre os julgamentos de casos de violência doméstica que antes se davam nos JECrim, indicam que o problema observado neste procedimento é que a conciliação desestimula o combate da situação de violência:

> A audiência de conciliação pode ser transformada num espaço privilegiado para a indução das vítimas a desistirem da causa levada à Justiça. Na etapa da conciliação se torna possível a acolhida e, ao mesmo tempo, a retirada da violência doméstica do Judiciário. As pesquisas sobre os JECrim apontam que a maioria dos crimes que entram neste procedimento conciliatório não se transforma em processo penal[25].

A ausência de um rito especializado e o não afastamento da audiência de conciliação podem potencializar a manutenção da situação de

---

de violência doméstica e familiar. *Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo*, v. 1, n. 2, p. 38-45, São Paulo, 2017; PARIZOTTO, Natália Regina. Violência doméstica de gênero e mediação de conflitos: A reatualização do conservadorismo. *Serviço Social & Sociedade*, n. 132, p. 287–305, 2018; CAMPOS, Gabriela Cortez; SEVERI, Fabiana Cristina. A competência híbrida nas varas de violência doméstica e familiar contra a mulher de Cuiabá: um estudo de caso. Revista Ius Género América Latina, [S. l.], v. 2, n. 2, 2024.

[24] OLIVEIRA, André Luiz Pereira de. *"SE VOCÊ FICAR COM NOSSOS FILHOS, EU TE MATO!"* Violência doméstica e familiar contra a mulher e as disputas de guarda de filhos/as em trâmite nas Varas de Família de Ceilândia/DF. Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2015; SIMIONI, Fabiane. Justiça de gênero: estudo de caso sobre conflitos familiares judicializados em Porto Alegre/RS. *Seminário Internacional Fazendo Gênero 11 & 13th Women 's World Congress*. Florianópolis, 2017.

[25] DEBERT, Guita Grin; OLIVEIRA, Marcella Beraldo de. Os modelos conciliatórios de solução de conflitos e a "violência doméstica". Cadernos Pagu, n. 29, p. 305–337, 2007, p. 324

violência doméstica de gênero[26], a falta de proteção em juízo pode causar danos de natureza institucional[27].

A violência institucional pode ser definida como aquela resultante de uma conduta estatal que causa a violação de direitos de um certo indivíduo ou de um grupo de indivíduos[28]. Pode ocorrer em diversos espaços em que há a figura do Estado e se manifestar de diversas maneiras. Nos casos envolvendo direito e desigualdade de gênero, o que se costuma observar é a construção e reprodução ideológica-estrutural da desigualdade de gênero pelo uso de palavras e expressões que reforçam imagem de mulher submissa e oculta seus direitos individuais[29]. Da violência institucional, decorre a revitimização (ou vitimização secundária), em razão do desamparo, frustração e impotência frente ao Judiciário, a vítima se torna uma nova vítima, agora de estima processual[30].

A revitimização pode decorrer desde a imposição de múltipla entrada no Judiciário, decorrente da forma segmentada que este se organiza, até atos presentes nos próprios autos processuais, tais quais decisões contraditórias[31], a imposição de convivência com o ex-companheiro e

---

26 PARIZOTTO, Natália Regina. Violência doméstica de gênero e mediação de conflitos: A reatualização do conservadorismo. *Serviço Social & Sociedade*, n. 132, p. 287–305, 2018, p. 301.

27 MENDES, Emerson da Silva; ALMEIDA, Thiago Trindade de; ALMEIDA, Ceila Sales de. A guarda compartilhada em contexto de violência doméstica e familiar: breve análise à luz do filme "Jusqu'à la garde." *Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal*, v. 4, n. 2, 2022; PASINATO, Wânia; CRUZ, Rubia Abs da; VIEIRA, Sinara, Gumieri. Lei Maria da Penha: discussão sobre aspectos cíveis. In: Severi, F. C.; Castilho, E. W. V. de e Matos, M. C. de (Org.). *Tecendo os Fios das Críticas Feministas do Direito no Brasil*. Ribeirão Preto: FDRP/USP, 2019.

28 BITENCOURT, Luciane Potter. *A vitimização secundária de crianças e adolescentes e a violência sexual intrafamiliar*. Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito da PUCRS, Porto Alegre, 2007.

29 NEVES, Ana Paula de Castro; LIMA, Angelita Pereira de. A violência simbólica de mulheres pelas narrativas policiais e narrativas. *Vozes e Diálogos*, v. 20, n. 1. Itajaí, 2021.

30 BITENCOURT, Luciane Potter. *A vitimização secundária de crianças e adolescentes e a violência sexual intrafamiliar*. Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito da PUCRS, Porto Alegre, 2007, p. 12.

31 OLIVEIRA, Eliza Rezende. A permanência de uma justiça transitória: o conflito de gênero no universo das varas criminais. *Revista do Laboratório de Estudos da Violência da UNESP/Marília*, Marília, 2013.

tentativas de acordo ou conciliação com ele[32], mas também julgamentos marcados por estereótipos e discursos que as estigmatizam[33], que desconsideram a desigualdade e as vulnerabilidades que atingem a mulher[34], e, até mesmo, a invisibilização da violência doméstica sofrida[35].

Fernanda Almeida e Larissa Lima sustentam que "estereótipos são percepções generalizadas que criam estigmas marcantes e prejudiciais dentro de um sistema de diferenciação puramente baseado no gênero"[36]. Como resultado dessa diferenciação baseada em pré-concepções, surgem expectativas e exigências que impõem quase como norma os papéis que devem ser seguidos por homens e mulheres, podem ser considerados uma forma de controle social[37]. Rebecca Cook e Simone Cusack, por sua vez, definem estereótipos de gênero como tipos de crenças presentes na

---

32 ORTEGA, Danilo Martins; SOUZA, Paula Sant'Anna Machado de. A ausência de competência híbrida real nos juizados especiais de violência doméstica e familiar. *Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 38-45, 2017

33 THURLER, Ana Liési. Violência doméstica e guarda compartilhada: uma oposição inconciliável. In: FERREIRA, Cláudia Galiberne e ENZWEILER, Romano José (org.). *A Invisibilidade de Crianças e Mulheres Vítimas da Perversidade da Lei de Alienação Parental.* Pedofilia, Violência e Barbarismo. Conceito Editorial, Florianópolis, 2019, p. 33-56.

34 MENDES, Emerson da Silva; ALMEIDA, Thiago Trindade de; ALMEIDA, Ceila Sales de. A guarda compartilhada em contexto de violência doméstica e familiar: breve análise à luz do filme "Jusqu'à la garde." *Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal*, v. 4, n. 2, 2022; PASINATO, Wânia; CRUZ, Rubia Abs da; VIEIRA, Sinara, Gumieri. Lei Maria da Penha: discussão sobre aspectos cíveis. In: Severi, F. C.; Castilho, E. W. V. de e Matos, M. C. de (Org.). *Tecendo os Fios das Críticas Feministas do Direito no Brasil*. Ribeirão Preto: FDRP/USP, 2019; CAMPOS, Gabriela Cortez; SEVERI, Fabiana Cristina. A competência híbrida nas varas de violência doméstica e familiar contra a mulher de Cuiabá: um estudo de caso. Revista Ius Género América Latina, [S. l.], v. 2, n. 2, 2024.

35 ORTEGA, Danilo Martins; SOUZA, Paula Sant'Anna Machado de. A ausência de competência híbrida real nos juizados especiais de violência doméstica e familiar. *Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 38-45, 2017

36 ALMEIDA, Fernanda Andrade; LIMA, Larissa Gil de. Poder Judiciário, decisão judicial e estereótipos de gênero. *Revista Electrónica de Direito*, v. 20, n. 3, Porto, 2019, p. 25

37 SOUZA, Fábio Rocha de. *Alienação parental e violência de gênero*: uma análise sociojurídica da lei 12.318/10. Dissertação (mestrado) - Programa de pós graduação em Ciências Sociais, PUCRS, Porto Alegre, 2021, p. 99.

sociedade que criam e reproduzem padrões de características e atributos pessoais para homens e mulheres, tais como personalidade, características físicas, comportamento, ocupações[38]. Para Fabiana Severi, por meio deles se cria uma hierarquia de gêneros que "historicamente, têm servido para fortalecer e legitimar a subordinação social das mulheres e o controle sobre seus corpos"[39]. Ainda segundo a autora:

> Com base em estereótipos é que as mulheres, frequentemente, são retratadas como uma espécie de "categoria suspeita" por parte das autoridades públicas: as crenças de que as mulheres exageram nos relatos sobre violência ou mentem, de que utilizam o direito por motivo de vingança ou para obter vantagem indevida, de que são corresponsáveis pelos crimes sexuais em razão de vestimenta ou conduta inadequada, por exemplo, são, muitas vezes, levadas em consideração em maior medida do que os princípios constitucionais como isonomia, boa-fé, devido processo legal, ampla defesa na análise das provas processuais e na elaboração da decisão judicial[40].

No âmbito das varas de família sua presença é reflexo de um Estado patriarcal e se manifesta na reprodução de discursos que estigmatizam e desqualificam as mulheres[41]. Alexssandra Muniz Mardegan destaca que "enquanto sujeitos sociais, os juízes e juízas estão inseridos na trama social e suas sentenças são impregnadas de conteúdo valorativo, de modo que estão sujeitos, mesmo que involuntária e inconscientemente, a reproduzirem os estereótipos presentes na sociedade"[42].

---

[38] COOK, Rebecca J; CUSACK, Simone; DICKENS, Bernard M. La Estereotipación Poco Ética de la Mujer en la Salud Reproductiva. *International Journal of Gynecology and Obstetrics*, p. 255-258. Canadá, 2010.

[39] SEVERI, Fabiana Cristina. Justiça em uma perspectiva de gênero: elementos teóricos, normativos e metodológicos. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 3, n. 3, p. 574-601, 2016, p. 575.

[40] SEVERI, Fabiana Cristina. Justiça em uma perspectiva de gênero: elementos teóricos, normativos e metodológicos. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 3, n. 3, p. 574-601, 2016, p. 576.

[41] SOUZA, Fábio Rocha de. *Alienação parental e violência de gênero*: uma análise sociojurídica da lei 12.318/10. Dissertação (mestrado) - Programa de pós graduação em Ciências Sociais, PUCRS, Porto Alegre, 2021, p. 99.

[42] MARDEGAN, Alexssandra Muniz. Injustiça epistêmica: a prova testemunhal e o preconceito identitário no julgamento de crimes contra a mulher.

Estando o emprego de estereótipos presente no judiciário, é possível afirmar:

> O Direito, entendido como uma prática social, tem contribuído, historicamente, com a naturalização dos estereótipos ao aceitá-los acriticamente ou tomá-los como referências na construção, por exemplo, das decisões judiciais. Tal uso reforça as experiências de desigualdade e de discriminação baseadas em gênero e/ou sexo e legitima consequências injustas às mulheres em termos de reconhecimento de dignidade e de distribuição de bens públicos[43].

O uso de estereótipos transita desde a figura da mulher frágil e cuidadora até à figura da mãe mentirosa e implantadora de falsas memórias na criança[44], tendo se tornado comum as alegações de alienação parental, o qual, ainda que não seja um fenômeno cientificamente comprovado, é empregado nas varas de família para desvalorizar a palavra das mulheres.

A tomada de decisão para apresentação de um processo com o intuito de fazer cessar uma situação de violência doméstica é complexo. Marília Bruh e Lutiane Lara apontam que na maioria dos casos em que as mulheres nessa situação buscam as delegacias o fazem para ter como solução a união de sua família sem a violência doméstica ou ainda a separação sem riscos, mas sem, necessariamente, a punição do (ex-)companheiro[45]. Por essa razão, a apresentação de demandas cíveis é de grande importância para fazer cessar a situação de violência doméstica, sendo, por vezes, a escolha desejada de mulheres. Porém, as varas de família, tal

---

Revista Brasileira de Direito Processual Penal, v. 9, n. 1, p. 65-100, Porto Alegre, 2023, p. 87.

43 SEVERI, Fabiana Cristina. Justiça em uma perspectiva de gênero: elementos teóricos, normativos e metodológicos. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 3, n. 3, p. 574-601, 2016, p. 575.

44 THURLER, Ana Liési. Violência doméstica e guarda compartilhada: uma oposição inconciliável. In: FERREIRA, Cláudia Galiberne e ENZWEILER, Romano José (org.). *A Invisibilidade de Crianças e Mulheres Vítimas da Perversidade da Lei de Alienação Parental*. Pedofilia, Violência e Barbarismo. Conceito Editorial, Florianópolis, 2019, p. 50.

45 BRUH, Marília Meneghetti; LARA, Lutiane de. Rota crítica: a trajetória de uma mulher para romper o ciclo da violência doméstica. *Revista Polis e Psique*, v. 6, n. 2. Porto Alegre, 2016.

qual estruturadas, não fornecem tratamento especializado às demandas que chegam até elas e são resultantes de violência doméstica, o que pode resultar na revitimização dessas mulheres. Se apenas o direito penal não é suficiente para fazer romper a situação de violência doméstica, tão pouco a lógica atual do processo civil atende as demandas dessas mulheres.

2. Método

A pesquisa analisou dados relativos a processos judiciais em varas de família, em que a autora é, também, autora em ação com pedido de medida protetiva de urgência em unidade com competência em violência doméstica, buscando identificar marcadores de revitimização de tais mulheres ao adentrarem as varas cíveis.

Para tanto, realizamos uma pesquisa empírica qualitativa, por meio da coleta direta de dados em processos judiciais junto ao Tribunal de Justiça de São Paulo, com a organização e análise de acordo com modelo de análise de conteúdo definido por Laurence Bardin (conjunto de técnicas que codifica a mensagem principal do material analisado e permite a produção de inferências)[46].

Para identificação dos processos analisados, contamos com apoio de um convênio de cooperação técnica firmado entre a Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo e o TJSP, o qual pretendia ampliar a articulação entre universidade e judiciário para fortalecer a implementação da LMP e, para isso, previa a facilitação do acesso a dados envolvidos na temática para pesquisas que pudessem contribuir com o enfrentamento da violência doméstica, tendo a pesquisadora assinado termo de compromisso de proteção do sigilo dos dados em conformidade com a LGPD. Pela parceria, a Diretoria de Planejamento Estratégico (DEPLAN), órgão do tribunal responsável pelo controle de dados e metadados dos processos judiciais, identificou e selecionou os processos para análise, após a concessão de acesso por decisão interna da administração do TJSP[47].

---

[46] BARDlN, Laurence. *Análise de conteúdo*. Trad. Luís Antero Reto e Augusto Pinheiro. Lisboa edições, 1977.

[47] PORFIRIO, Maria Eduarda Souza; SEVERI, Fabiana, 2025, "Dados de replicação para: Quando a violência doméstica bate à porta das Varas de Família: uma análise

Partindo dos processos de medida protetiva que tramitavam na Vara Regional Oeste de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, do Foro Regional do Butantã, o órgão utilizou ferramentas de automação para coleta massiva de dados dos processos no sistema interno do TJSP, realizando busca interna integralizada através dos CPF das partes para identificação daquelas que possuíam outros processos distribuídos em varas cíveis ou de família e sucessões no período de janeiro de 2020 a outubro de 2022, nos apresentando todos os processos que se encaixavam nos critérios pré-definidos.

Em um segundo momento, tendo sido identificado os processos em varas cíveis interessantes para o estudo, quais sejam, aqueles que tratam de matérias do direito de família, o DEPLAN garantiu o acesso aos autos em segredo de justiça, por 60 dias, através de login e senha no sistema e-saj, adotado pelo TJSP, dos processos de família que essas mulheres possuíam, os quais totalizavam 19 autoras com 16 processos distribuídos em varas cíveis ou de família e sucessões, e 1 processo distribuído na Vara Especializada em Violência Doméstica e Familiar do Butantã que empregou a Competência Híbrida para analisar de maneira conjunta o pedido de medida protetiva e de dissolução a união estável. Vale ressaltar que não foi possível ter acesso aos autos de um dos processos de vara de família tendo em vista se tratar de processo físico não digitalizado à época, os demais foram analisados em seu inteiro teor.

Foram obtidos dados referentes a 77 processos, com 31 autores diferentes, que pertenciam a 17 classes processuais, sendo uma de medida protetiva e as demais envolvendo matérias cíveis variadas. Foi objeto de estudo apenas processos em que a parte ativa do pedido de medida protetiva era mulher e que possuísse um segundo processo que se enquadrasse em uma das seguintes classes: Regulamentação de Visitas; Alimentos - Lei Especial nº 5.478/68; Divórcio Consensual; Divórcio Litigioso; Separação Litigiosa; e Reconhecimento e Extinção de União Estável.

Realizamos a análise de processos de 19 autoras. Importante esclarecer que um processo poderia apresentar mais de uma temática de direito de família sendo discutida nos mesmos autos.

---

de processos com autoras que possuem medidas protetivas da Lei Maria da Penha". SciELO Data, v1, 2025. https://doi.org/10.48331/SCIELODATA.XSPXTT

Partindo das considerações que encontramos na literatura prévia separamos categorias a serem observadas ao longo das leituras dos processos, são elas: se há indícios de (i) decisões contraditórias entre aquelas proferidas no juizado especializado em violência doméstica e familiar contra a mulher e a vara de família; (ii) reprodução de uma cultura de defesa da retomada ou manutenção dos laços familiares; (iii) eventual conflito entre o melhor interesse da criança e os direitos da mulher; (iv) se há referência (ou não) ao caso de violência doméstica e/ou menção do processo penal de medida protetiva nos processos das varas de famílias; e (v) se é possível observar o uso de estereótipos na argumentação de agentes do processo.

A partir das categorias desenvolvemos, previamente à leitura dos autos, um formulário com perguntas que guiaram a análise do conteúdo a partir do qual foram gerados gráficos e separados trechos relevantes dos processos. Para a análise, aplicamos como método a análise de conteúdo proposta e de inferência[48].

3. Resultados e Discussão

3.1. A entrada no Judiciário - a distribuição de demandas de mulheres em situação de violência doméstica

O primeiro resultado obtido na pré-análise dos dados diz respeito à distribuição de processos das partes autoras em unidades judiciárias de família e naquelas com competência para tratar de violência doméstica e familiar. Na tabela abaixo é possível observar o número de processos de medida protetiva e de família referentes a cada uma das partes:

[48] BARDlN, Laurence. *Análise de conteúdo*. Trad. Luís Antero Reto e Augusto Pinheiro. Lisboa edições, 1977; EPSTEIN, Lee; KING, Gary. *Pesquisa empírica em direito*: as regras de inferência (Título Original: The rules of inference), Direito GV, São Paulo, 2013.

Tabela 1. Parte ativa e número de processos de Medida Protetiva e em Direito de Família em seu nome

Parte	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19
Processos	2	3	2	2	2	2	2	2	2	2	3	2	2	2	2	2	2	2	2

Fonte: produzido pelas autoras.

Importante destacar que as partes 4, 8 e 19 são irmãs, sendo a medida protetiva de urgência concedida para sua genitora e o segundo processo é referente à ação de alimentos proposta em nome de cada uma delas representadas pela mãe.

A partir das informações gerais dos processos coletados, analisamos a distribuição dos processos em foros e varas do TJSP na cidade de São Paulo. Verificamos que das 19 partes autoras, 10 das partes entraram com processos em foros diferentes e 9 delas em um mesmo foro (o do Butantã), porém, mesmo nesses casos, em regra, não eram distribuídos em uma única vara.

Tabela 2. Autora e Vara - onde se encontram distribuídos os processos das partes?

Foro	Vara	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19
Pinheiros	1ª Vara de Fam e Suc															x				
	2ª Vara de Fam e Suc	x										x							x	
Lapa	1ª Vara de Fam e Suc									x										
	2ª Vara de Fam e Suc		x															x		
	3ª Vara de Fam e Suc													x						
Vila Prudente	2ª Vara de Fam e Suc			x																

Foro	Vara	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19
Cotia	1ª Vara Cível											x								
Butantã	1ª Vara de Fam e Suc							x			x				x		x			
	2ª Vara de Fam e Suc				x	x	x		x											x
	Vara Reg. Oeste de Viol. Dom. Fam. contra mulher												x							

Fonte: produzido pelas autoras.

Todas as partes têm ao menos um processo distribuído na Vara Regional Oeste de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, isso se deve ao fato de todos os processos de Medidas Protetivas de Urgência que chegaram ao Foro Butantã serem julgados nesta Vara. Em geral, tal Vara se restringiu a analisar os processos dessa classe. Porém, a autora 12 apresenta processos distribuídos apenas na Vara Regional Oeste de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, apresenta um processo de Medida Protetiva de Urgência e um de dissolução de união estável. Trata-se de caso excepcional em que a Vara em questão analisou matéria diferente de Medida Protetiva. Tal fato se mostra curioso e, por isso, será analisado com atenção mais adiante.

Das 31 autoras que apresentaram pedido de medida protetiva, 19 possuíam demandas envolvendo direito de Família e, ao pleiteá-las, em regra, os processos foram distribuídos em unidades judiciárias distintas, o que é indicativo tanto da multiplicidade de consequência jurídicas decorrentes de um caso de violência doméstica, quanto da fragmentação da prestação jurisdicional, que obriga mulheres em situação de violência doméstica a acessarem mais de um espaço do Judiciário para terem a resposta integral à sua demanda. Ou seja, estamos diante de uma configuração

institucional que impõe a múltipla entrada à Justiça, contribuindo na manutenção da rota crítica[49].

3.2. Os marcadores de revitimização observados nos trâmites processuais

A organização de competência judicial atual é marcada pela fragmentação da prestação jurisdicional em decorrência de uma divisão histórica das matérias processuais entre direito civil e direito penal[50]. Além de impor uma peregrinação de mulheres em situação de violência doméstica para obtenção de respostas às suas demandas, essa organização, pode resultar na "profusão caótica de ações criminais e cíveis, onde ocorre uma multiplicidade de práticas institucionais que atendem insuficientemente às necessidades das mulheres em situação de violência"[51]. A fragmentação da análise de demandas que decorrem de um mesmo caso, pode, na prática, significar o proferimento de decisões que, ao contrário de se complementarem, se contradizem ou se confrontam.

Para verificar essa e outras hipóteses apontadas na literatura, analisamos os processos coletados envolvendo os temas de Direito de Família, a partir de categorias pré-definidas buscando identificar passagens que pudessem indicar marcadores de revitimização, tais como o emprego de estereótipos de gênero, a proferição de decisões contraditórias às determinações na MPUs, a existência de tentativas de conciliação, o confronto do melhor interesse da criança com os direitos da mulher e a menção à situação de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher.

Nos 14 processos de divórcio, separação ou dissolução de união estável, constatamos que a mulher sempre indica a situação de violência doméstica para o pedido de divórcio litigioso, porém a indicação não

---

[49] BRUH, Marília Meneghetti; LARA, Lutiane de. Rota crítica: a trajetória de uma mulher para romper o ciclo da violência doméstica. *Revista Polis e Psique*, v. 6, n. 2. Porto Alegre, 2016.

[50] PARIZOTTO, Natália Regina. Violência doméstica de gênero e mediação de conflitos: A reatualização do conservadorismo. *Serviço Social & Sociedade*, n. 132, p. 287–305, 2018

[51] PARIZOTTO, Natália Regina. Violência Doméstica de Gênero: desafios para seu enfrentamento no poder Judiciário. *[SYN]THESIS*, v. 9, n. 1, p. 29-39, Rio de Janeiro, 2016, p. 37.

alterou a condução do processo, o rito processual permaneceu inalterado, mesmo diante da especificidade do caso.

Um exemplo deste achado pode ser observado em um caso de dissolução de união estável, em que a mulher é responsabilizada pela defesa do homem pela existência da ação. A parte central da discussão deste caso era a partilha de bens que as partes possuíam em conjunto, o que teria ensejado a proposição da ação por ele. No entanto, a contestação da requerida elucida que os imóveis se encontravam todos no mesmo terreno sendo um deles lage de outro, o que, apesar de não interferir na dissolução da união estável, forçaria a convivência da requerida com seu agressor e a submeteria a manutenção da situação de violência que se encontrava anteriormente. Em sentença, o juiz reconheceu e determinou a extinção da união estável e determinou a partilha de bens do casal, considerou-se partilha amigável.

Nos casos de determinação de guarda dos filhos (07 processos), a maioria é fixada de forma unilateral para a mulher (04 processos), mas houve três casos em que a guarda compartilhada foi estabelecida, sendo que em apenas uma mulher apresentou manifestação a favor desta fixação por meio de acordo firmado entre ela e seu ex-companheiro. Nos outros dois casos, o pedido inicial da autora por guarda unilateral foi substituído após a realização da audiência de conciliação.

No estabelecimento do regime de visitas (06 processos), há comunicação da medida protetiva determinando o afastamento do agressor do lar e em nenhum foi estabelecido forma especial para realização das visitas, ou seja, não foi observado para a definição das visitas aspectos relativos às medidas protetivas. A manutenção de ritos e decisões que não são adequados nas varas cíveis perante a especificidade da demanda pode indicar uma organização judicial que mantém fragmentada as áreas do direito e, consequentemente, podem acarretar uma desconsideração da situação de violência doméstica.

Em um dos casos, a demanda foi apresentada pela mulher de forma a alterar o regime de visitação que já havia sido definido anteriormente. No regime original, para realização das visitas o genitor deveria buscar a filha com a avó materna, que intermediaria o encontro, tendo em vista a medida protetiva concedida em favor da autora. No novo pedido, a autora apontou que a criança, não apresentava fortes laços com o genitor, e

demonstrava desconforto, por isso, tinha receio de deixar a criança passar a noite com o pai e o dia todo sem o acompanhamento de uma pessoa de sua convivência, razão pela qual requereu a mudança na forma das visitas.

Em contestação, o requerido alegou que a argumentação da genitora era infundada e que sempre tentou se fazer presente na vida da criança, mas que a autora havia impedido e dificultado o contato, bem como a acusou de alienação parental, requerendo em tutela de urgência a alteração do regime de visitas ampliando as visitas sem a necessidade de o encontro ser intermediado. Tal pedido foi acolhido tanto pelo MP quanto pelo juiz.

A genitora, por sua vez, apontou que as visitas continuaram sendo realizadas, mas que, em uma delas, o requerido passou endereço errado à genitora de onde se encontrava com a criança. Quanto a esta manifestação, o MP entendeu que as alegações eram unilaterais e não possuíam outras evidências, seguido pelo juiz.

Ainda no que se refere à fixação de regime de visitas, vale destacar que em dois dos processos foram apresentados os autos da medida protetiva nos quais foram definidas medidas estendidas aos filhos. Observamos clara contradição entre os juízos, uma vez que a vara de família fixou regime de visitas não especializado, permitindo não apenas o contato da mulher com seu ex-companheiro, mas também dos filhos com o genitor contra o qual possuíam medida protetiva. Desconsideração da medida protetiva para a mulher e seus filhos, desconsideração da violência doméstica e de seus reflexos no núcleo familiar, decisões contraditórias.

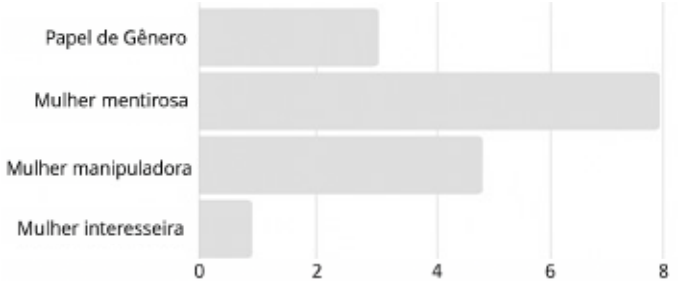
Por fim, nos casos de fixação de alimentos (05 processos), foram concedidos, no entanto, observamos em dois casos questionamentos sobre as capacidades maternas por parte da defesa do homem e em um caso alegações de que a mulher queria se aproveitar da pensão alimentícia do filho. Nesse caso, a autora apontou na inicial que a maior parte do sustento da unidade familiar era decorrente do salário do genitor, que ela contribuía em um importe muito menor devido seu salário ser menor. A separação das partes com a saída da mulher e do filho de casa em decorrência de violência doméstica sofrida pela autora, tornou a pensão provisória paga pelo genitor essencial à subsistência do filho. Desde a primeira manifestação, o requerido pediu pela redução do valor dos alimentos pagos. Porém, com o decorrer do processo, suas justificativas para a redução do valor da pensão deixaram de discutir a possibilidade de

pagamento do valor em si e passaram a questionar os gastos, demandas e a necessidade da criança que são apresentadas pela mãe, culpando-a pelos valores. Este caso explicita o uso de estereótipos de gênero.

Nos processos analisados, observamos que a defesa da mulher mencionava a existência de violência doméstica na demanda, bem como havia indícios de que esse fato não foi considerado para fins de mudanças no processamento do feito nas varas de família. Casos como os de fixação de regime de visitas em que a medida protetiva se estende aos filhos evidenciam a contradição entre as decisões. Porém, mesmo nos casos em que as decisões não eram contraditórias às medidas protetivas, observamos que, em regra, elas não foram consideradas ao longo dos trâmites processuais, abrindo margem para a existência de decisões incoerentes. Para facilitar a comparação, podemos considerar outros casos de visitas em que os filhos não tinham medida protetiva, mas a mulher sim e não foi estabelecido regime especial de visitação, obrigando a mulher a conviver com seu agressor.

Simultaneamente, observamos nos casos a existência de discursos marcados por estereótipos de gênero. As categorias analisadas consideraram os apontamentos de Severi acerca do emprego de estereótipos por parte de agentes dos tribunais de justiça[52]. Constatamos que o emprego destes recursos é observado em mais da metade dos processos analisados (12 processos), aparecendo em diferentes momentos, tanto pela defesa da mulher quanto pelos representantes do homem.

Figura 1. Estereótipos de gênero observados nos processos



Fonte: produzido pelas autoras.

[52] SEVERI, Fabiana Cristina. Justiça em uma perspectiva de gênero: elementos teóricos, normativos e metodológicos. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 3, n. 3, p. 574-601, 2016, p. 575.

Não observamos o emprego de termos e expressões por integrantes do judiciário que reportam diretamente a estereótipos de gênero prejudicial à garantia de seus direitos, porém a literatura aponta que, mesmo não havendo o emprego direto de estereótipos, a forma de analisar e decidir os casos ela pode indiretamente expressar uma lógica marcada por estereótipos. Assim, os estereótipos podem marcar um processo de forma direta ou indireta, situação na qual não se observa expressões no texto.

O projeto global de análise feminista de julgamento aponta indícios de que o processo de tomada de decisão de magistrados(as) constantemente recai em atuações que silenciam mulheres e grupos vulneráveis, ainda que de maneira não evidente na leitura do processo[53]. A análise do marcador de revitimização de uso de estereótipos foi possível verificar essa atuação. Ainda que não tenha sido observado discursos marcados por estereótipos nas manifestações de juízes e juízas, não é possível afirmar que sua atuação não foi pautada em estereótipos de gênero, a sua não manifestação quanto ao emprego de estereótipos ao longo do processo por outros agentes, bem como as passagens indicadas anteriormente que revelam uma desconsideração da violência doméstica, por exemplo, são indicativos de um julgamento marcado pelo viés de gênero que reforçam relações de poder.

No que se refere à existência nos trâmites processuais de um possível conflito entre o melhor interesse da criança e os direitos das mulheres, não verificamos indícios de que houve apreciação dos impactos da guarda e dos regimes de visita fixados sobre a medida protetiva concedida. A principal variável utilizada para definição do regime de guarda pareceu ser, nos processos analisados, o melhor interesse da criança, enquanto a medida protetiva foi lateralizada na sua definição. A consideração conjunta dos direitos das crianças e das mulheres visa analisar como a violência doméstica afeta também os filhos e como as decisões em matérias cíveis afetam as mulheres.

Por fim, ao analisarmos a existência de menção à situação de violência doméstica, constatamos que dos processos analisados que

[53] HUNTER, Rosemary; McGLYNN, Clare; RACKLEY, Erika. *Feminist Judgments:* from theory to practice. Oxford: Hart, 2010.

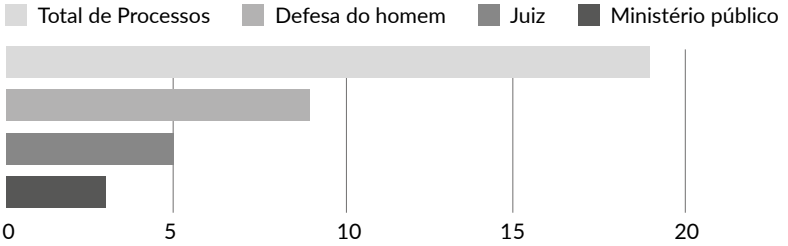
tratavam de temas do Direito de Família, em 15 houve menção à violência doméstica e/ou ao pedido de medida protetiva. Em 14 dos processos a menção apareceu já na petição inicial da autora. No único que não estava na inicial apareceu pela primeira vez na contestação, pois a mulher era a requerida nesse processo, o pedido de divórcio foi apresentado pelo homem. Ou seja, em todos os casos em que a violência doméstica foi mencionada, a primeira menção ocorreu na primeira manifestação da mulher nos autos do processo, desde o início de sua participação na discussão da lide, já relatou a violência sofrida:

Figura 2. Menções à violência doméstica nos processos de Família

Fonte: produzido pelas autoras.

Nos processos em que houve manifestação da defesa dos homens sobre a violência doméstica ou sobre o processo de medida protetiva, em todas elas, se manifestou para dizer que são fatos inverídicos, negando as violências e as agressões levantadas pela mulher ou mencionaram o processo de MPU para dizer que não foram concedidas. Os juízes(as) e o Ministério Público, mencionaram cinco e três vezes, respectivamente, e, na maioria dos casos, o fizeram se referindo a "agressões sofridas" e apenas como parte do relatório de suas peças. Não encontramos indícios de que esses fatos impactaram na decisão final

Figura 3. menção da violência doméstica por outros agentes do processo



Fonte: produzido pelas autoras.

Conforme Parizotto, a maioria das mulheres que enfrentam situações de violência doméstica, para deixarem seus companheiros e essa situação, movem "uma ação de divórcio (ou dissolução de união estável), fixar pensão alimentícia e guarda dos filhos; mas nem todas decidirão por uma ação criminal contra eles"[54]. Se não encontram um ambiente especializado no atendimento de suas demandas cíveis, essas mulheres ficam relegadas ao não atendimento de sua real demanda e as particularidades envolvidas em seu caso, não concretizando o rompimento da violência doméstica e as submetendo a um ambiente e a um rito processual que as revitimizam.

3.3. O caso excepcional de emprego da Competência Híbrida

A autora 12 apresentou trâmite processual diferenciado em relação às demais, tendo ambos seus processos (medida protetiva e dissolução de união estável) tramitado perante a Vara Regional Oeste de Violência Doméstica e Familiar Contra Mulher do Foro do Butantã. Ainda que se trate de caso isolado e, consequentemente, a partir dele não possamos estabelecer considerações precisas sobre o instituto da competência híbrida, o caso apresenta peculiaridades que são relevantes para contribuir ao debate.

---

[54] PARIZOTTO, Natália Regina. Violência Doméstica de Gênero: desafios para seu enfrentamento no poder Judiciário. *[SYN]THESIS*, v. 9, n. 1, p. 29-39, Rio de Janeiro, 2016, p. 32.

Observamos que o pedido de dissolução de união estável foi apresentado pela autora diretamente na referida Vara, tendo a juíza responsável pelo caso reconhecido sua competência para análise e julgamento do pedido a partir da previsão do artigo 14 da LMP. Em sua decisão interlocutória de recebimento da ação e em sentença, a juíza apresentou esclarecimentos sobre a competência híbrida do juízo.

Observamos também que o tempo de tramitação do processo não foi menor do que casos semelhantes em varas de família. É preciso considerar, porém, que a tramitação deste processo foi, como muitos do período, afetado pelas medidas de segurança implementadas em razão da pandemia de Covid-19, e, em específico, uma das partes residia no estrangeiro, o que pode ter tornado o processo mais moroso.

Por outro lado, a apresentação da demanda foi simplificada, bem como, diante do conhecimento da demanda, a juíza do caso não precisou realizar toda a instrução novamente, tendo dispensado a audiência de conciliação e, reconhecendo a situação de violência doméstica e as medidas protetivas concedidas, deferiu em decisão liminar a tutela de evidência reconhecendo a dissolução da união, com base no direito potestativo da autora de não permanecer em união com o seu ex-companheiro.

A consideração de fatos já relatados no processo penal sem a necessidade de grandes diligências para a condução do processo e sem exigir que a mulher relate repetidas vezes o caso, a não imposição da convivência da mulher com seu agressor no Judiciário, demonstram um tratamento capacitado e integrado que o juízo especializado promove. Inclusive, não foram identificados nas peças processuais o uso de estereótipo de gênero, o que corrobora com a visão de se tratar de um espaço jurídico especializado no tratamento da demanda.

Quanto à celeridade, o tempo transcorrido se aproxima do tempo de resposta da lide nas varas de família. Porém observamos alguns indícios de benefícios no emprego da competência híbrida, como a facilidade de entrada e consideramos que, já sabendo os fatos apontados no processo de medida protetiva, a juíza julgou o pedido sem precisar passar por todas as etapas do procedimento novamente.

Considerações Finais

A pesquisa buscou contribuir com a agenda de estudos sobre o tema da competência híbrida a partir da compreensão dos efeitos que a não implementação do instituto gera no acesso à justiça por mulheres em situação de violência doméstica, em especial no que se refere à necessidade de adentramento nas varas de família, além da ação judicial relativa à violência doméstica em si.

A análise dos dados de ingresso no Judiciário por mulheres vítimas de violência doméstica nos revelou que a revitimização pode existir, primeiro, porque, em razão do sistema fragmentado, é imposto a essas mulheres o múltiplo acesso à justiça. Por outro lado, a análise dos autos indica que a situação de violência doméstica, quando tratada nas varas de família, é subjugada a um segundo plano.

Quando analisamos a questão de uso de estereótipos nas varas de família, marcador de revitimização central no início da pesquisa, verificamos que existem indícios de que a revitimização de mulheres em situação de violência doméstica quando acessam essas varas, não ocorre por meio de discursos e práticas judiciais que as estigmatizam, desqualificam ou desacreditam ao longo do processo. Nos processos analisados, não há evidências desse tipo. O que foi identificado, no entanto, foram casos de omissão de agentes do Judiciário, ao não coibir esse tipo de discurso estigmatizante quando vindo das partes processuais.

No decorrer do estudo constatamos que o marcador de revitimização mais evidente foi a desconsideração da situação de violência doméstica dentro dos processos de família. Os demais marcadores de revitimização parecem persistir em decorrência da manutenção de um espaço que desconsidera a violência doméstica e o uso da abordagem de gênero e de direitos humanos para análise e condução dos casos por parte das unidades judiciárias em questão.

A pesquisa, na forma como realizada, não permite confirmar se as autoras dos processos analisados de fato se sentiram vitimizadas ao longo dos trâmites processuais, tampouco afirmar que as práticas judiciárias nos casos analisados poderiam se enquadrar, juridicamente, nos contornos do conceito de revitimização. Nos limitamos a verificar a existência de marcadores de revitimização, ou seja, identificar situações

com potencial de causar a revitimização, considerando a literatura interdisciplinar sobre o tema.

O estudo foi realizado a partir da análise de processos de família de autoras com pedido de medida protetiva distribuída na Vara Especializada em Violência Doméstica do Butantã. Os dados descrevem os achados de um número reduzido de varas cíveis e de família, referentes a cinco Foros e 9 varas, além de um caso distribuído na vara Especializada em violência doméstica, por isso, consideramos relevante a ampliação da análise a fim de que seja verificado se, em outras unidades judiciárias a desconsideração da situação de violência doméstica se repete, a fim de confirmar o padrão observado de forma quantitativa na pesquisa que se apresenta os resultados.

Trata-se de estudo com número limitado de casos, razão pela qual não é cabível a generalização dos resultados obtidos, devendo ser realizada uma leitura cautelosa. No entanto, a análise do conteúdo dos processos possibilitou a confirmação de marcadores de revitimização apontados pela literatura prévia, o que demonstra a relevância dos indícios obtidos no trabalho e a necessidade de realização de mais estudos para a confirmação da questão.

Referências

ALMEIDA, Fernanda Andrade; LIMA, Larissa Gil de. Poder Judiciário, decisão judicial e estereótipos de gênero. *Revista Electrónica de Direito*, v. 20, n. 3, Porto, 2019. DOI: https://doi.org/10.24840/2182-9845_2019-0003_0002.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti d. A Lei Maria da Penha e a administração judicial de conflitos de gênero: Inovação ou reforço do modelo penal tradicional? *Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, v. 5, n. 4, 2012, disponível em: https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=563865516001 acesso em 20 jan. 2024

BARDIN, Laurence. Análise de conteúdo. Trad. Luís Antero Reto e Augusto Pinheiro. Lisboa edições, 1977.

BITENCOURT, Luciane Potter. A vitimização secundária de crianças e adolescentes e a violência sexual intrafamiliar. Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito da PUC- RS, Porto Alegre, 2007.

BRUH, Marília Meneghetti; LARA, Lutiane de. Rota crítica: a trajetória de uma mulher para romper o ciclo da violência doméstica. *Revista Polis e Psique*, v. 6, n. 2. Porto Alegre, 2016. DOI: https://doi.org/10.22456/2238-152x.63711.

CAMPOS, Carmen Hein; GIANEZINI, Kelly. Lei Maria da Penha: do protagonismo feminista às resistências jurídicas. Revista Juris Poiesis, v. 22, n. 28, p. 253- 269, 2019. DOI: 10.5935/2448-0517.20190013

CAMPOS, Gabriela Cortez; SEVERI, Fabiana Cristina. A competência híbrida nas varas de violência doméstica e familiar contra a mulher de Cuiabá: um estudo de caso. Revista Ius Género América Latina, [S. l.], v. 2, n. 2, 2024. DOI: https://doi.org/10.58238/igal.v2i2.42.

COOK, Rebecca J; CUSACK, Simone; DICKENS, Bernard M. La Estereotipación Poco Ética de la Mujer en la Salud Reproductiva. *International Journal of Gynecology and Obstetrics*, p. 255-258. Canadá, 2010.

DEBERT, Guita Grin; OLIVEIRA, Marcella Beraldo de. Os modelos conciliatórios de solução de conflitos e a "violência doméstica". Cadernos Pagu, n. 29, p. 305–337, 2007. DOI: https://doi.org/10.1590/s0104-83332007000200013.

EPSTEIN, Lee; KING, Gary. Pesquisa empírica em direito: as regras de inferência (Título Original: The rules of inference), Direito GV, São Paulo, 2013.

FERREIRA, Versalhes Enos Nunes. A competência cumulativa cível e criminal das Varas de Violência de Gênero: a jurisprudência do superior tribunal de justiça e a posição do tribunal de justiça do Pará. *REJU- Revista Jurídica*, v. 6, n. 1, Santa Cruz do Rio Pardo, 2018. Disponível em: https://fasc.com.br/reju/index.php/revista-juRidica/article/view/5, acesso em 20 jan. 2025.

HUNTER, Rosemary; McGLYNN, Clare; RACKLEY, Erika. *Feminist Judgments*: from theory to practice. Oxford, Hart, 2010.

MARDEGAN, Alexssandra Muniz. Injustiça epistêmica: a prova testemunhal e o preconceito identitário no julgamento de crimes contra a mulher. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, v. 9, n. 1, p. 65-100, Porto Alegre, 2023. DOI: https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i1.788

MENDES, Emerson da Silva; ALMEIDA, Thiago Trindade de; ALMEIDA, Ceila Sales de. A guarda compartilhada em contexto de violência doméstica e familiar: breve análise à luz do filme "Jusqu'à la garde." *Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal*, v. 4, n. 2, 2022. DOI: https://doi.org/10.29327/2193997.4.2-2.

NEVES, Ana Paula de Castro; LIMA, Angelita Pereira de. A violência simbólica de mulheres pelas narrativas policiais e narrativas. *Vozes e Diálogos*, v. 20, n. 1. Itajaí, 2021. DOI: https://doi.org/10.14210/vd.v20n1.p21-40.

OLIVEIRA, André Luiz Pereira de. *"SE VOCÊ FICAR COM NOSSOS FILHOS, EU TE MATO!"* Violência doméstica e familiar contra a mulher e as disputas de guarda de filhos/as em trâmite nas Varas de Família de Ceilândia/DF. Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2015. DOI: http://dx.doi.org/10.26512/2015.02.D.18401

OLIVEIRA, Eliza Rezende. A permanência de uma justiça transitória: o conflito de gênero no universo das varas criminais. *Revista do Laboratório de Estudos da Violência da UNESP/Marília*, Marília, 2013, disponível em: http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/levs/article/viewFile/3005/2289. Acesso em 20 jan. 2024.

ORTEGA, Danilo Martins; SOUZA, Paula Sant'Anna Machado de. A ausência de competência híbrida real nos juizados especiais de violência doméstica e familiar. *Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo*, v. 1, n. 2, p. 38-45, São Paulo, 2017, ISBN 978-85-92898-02-1.

PARIZOTTO, Natália Regina. Violência Doméstica de Gênero: desafios para seu enfrentamento no poder Judiciário. *[SYN]THESIS*, v. 9, n. 1, p. 29-39, Rio de Janeiro, 2016. DOI: https://doi.org/10.12957/synthesis.2016.42203.

PARIZOTTO, Natália Regina. Violência doméstica de gênero e mediação de conflitos: A reatualização do conservadorismo. *Serviço Social & Sociedade*, n. 132, p. 287–305, 2018, DOI: https://doi.org/10.1590/0101-6628.142.

PASINATO, W. Lei Maria da Penha: Novas abordagens sobre velhas propostas. Onde avançamos? *Civitas- Revista de Ciências Sociais*; v. 10, n. 2, p. 216-232, 2010, DOI: https://doi.org/10.15448/1984-7289.2010.2.6484.

PASINATO, Wânia. Avanços e obstáculos na implementação da Lei 11.340/2006. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011, p. 119-142.

PASINATO, Wânia; CRUZ, Rubia Abs da; VIEIRA, Sinara Gumieri. Lei Maria da Penha: discussão sobre aspectos cíveis. In: Severi, F. C.; Castilho, E. W. V. de e Matos, M. C. de (Org.). *Tecendo os Fios das Críticas Feministas do Direito no Brasil*. Ribeirão Preto: FDRP/USP, 2019.

PORFIRIO, Maria Eduarda Souza; SEVERI, Fabiana, 2025, "Dados de replicação para: Quando a violência doméstica bate à porta das Varas de Família: uma análise

de processos com autoras que possuem medidas protetivas da Lei Maria da Penha". SciELO Data, V1, 2025. https://doi.org/10.48331/SCIELODATA.XSPXTT, V1.

SAFFIOTI, Heleieth. *Gênero, patriarcado, violência*. Fundação Perseu Abramo, São Paulo, 2004.

SEVERI, Fabiana Cristina. Justiça em uma perspectiva de gênero: elementos teóricos, normativos e metodológicos. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 3, n. 3, p. 574-601, 2016. DOI: https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v3i3p574-601.

SIMIONI, Fabiane. Justiça de gênero: estudo de caso sobre conflitos familiares judicializados em Porto Alegre/RS. *Seminário Internacional Fazendo Gênero 11 & 13th Women 's World Congress*. Florianópolis, 2017.

SOUZA, Fábio Rocha de. *Alienação parental e violência de gênero*: uma análise sociojurídica da lei 12.318/10. Dissertação (mestrado) - Programa de pós graduação em Ciências Sociais, PUCRS, Porto Alegre, 2021.

SPINELLI, Ana Carolina Longhini. A*spectos não penais da Lei Maria da Penha: a indenização das vítimas de violência doméstica no âmbito Cível*. Trabalho de Conclusão de Curso. Direito FGV, São Paulo, 2020.

THURLER, Ana Liési. Violência doméstica e guarda compartilhada: uma oposição inconciliável. In: FERREIRA, Cláudia Galiberne e ENZWEILER, Romano José (org.). *A Invisibilidade de Crianças e Mulheres Vítimas da Perversidade da Lei de Alienação Parental*. Pedofilia, Violência e Barbarismo. Conceito Editorial, Florianópolis, 2019, p. 33-56.

Authorship information

Maria Eduarda Souza Porfírio. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, atualmente mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito pela mesma instituição. maria.porfirio@usp.br.

Fabiana Severi. Professora titular do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Doutora em Psicologia pela USP, mestrado em Direito pela UNESP. fabianaseveri@usp.br.

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

Acknowledgement: Agradecemos à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo pelo apoio técnico e estrutural, bem como ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pelo convênio firmado com a instituição de ensino e, em especial à Diretoria de Planejamento Estratégico (DEPLAN) e a Vara Regional Oeste de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, do Foro Regional do Butantã pela viabilização da coleta e análise dos dados na pesquisa. Agradecemos também à todas as juízas que se disponibilizaram a discutir os resultados da pesquisa, o diálogo foi essencial para a elaboração deste artigo. Por fim, agradecemos à Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP) pelo apoio concedido.

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.

- *Maria Eduarda Souza Porfírio*: conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Fabiana Severi*: 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.

Data Availability Statement: In compliance with open science policies, the dataset of this article is available in an open repository at the following link: https://doi.org/10.48331/SCIELODATA.XSPXTT.

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

- Submission: 23/03/2025
- Desk review and plagiarism check: 05/04/2025
- Review 1: 23/04/2025
- Review 2: 24/04/2025
- Review 3: 04/05/2025
- Preliminary editorial decision: 17/09/2025
- Correction round return: 30/09/2025
- Preliminary editorial decision 2: 01/10/2025
- Correction round return 2: 01/10/2025
- Final editorial decision: 01/10/2025

Editorial team

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

How to cite (ABNT Brazil):

PORFÍRIO, Maria Eduarda S.; SEVERI, Fabiana. Quando a violência doméstica bate à porta das Varas de Família: uma análise de processos com autoras que possuem medidas protetivas da Lei Maria da Penha. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 11, n. 3, e1208, set./dez. 2025. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v11i3.1208

License Creative Commons Attribution 4.0 International.

La presencia del acusado durante toda la audiencia de juicio oral. Una interpretación procesal de la inconstitucionalidad por omisión del art. 285 CPP

The presence of the accused during the entire oral trial hearing. A procedural interpretation of the unconstitutionality by omission of art. 285 CPP

Carlos del Río Ferretti[1]

Universidad Andrés Bello, Facultad de Derecho, Santiago, Chile

carlos.delrio@unab.cl

https://orcid.org/0000-0002-1508-998X

Resumen: Este artículo analiza el problema de constitucionalidad del deber procesal de asistencia del acusado a toda la audiencia del juicio oral, previsto en el art. 285 CPP chileno, que ha dado lugar a tres pronunciamientos del Tribunal Constitucional en los cuales se acogen parcialmente los correspondientes requerimientos de inaplicabilidad del precepto legal señalado por resultar contrario a determinadas disposiciones constitucionales y lesionar derechos fundamentales específicos del acusado. El estudio aborda el problema de la específica configuración legal del deber de asistencia (comparecencia real) del acusado a la audiencia del juicio oral, y la respuesta jurisdiccional que se ha dado en sede constitucional al problema de constitucionalidad del precepto legal indicado, y realiza, al tiempo, un examen procesal en el que apunta las cuestiones que cabe considerar para la comprensión del problema que plantea dicho deber de asistencia del acusado: ¿Es inconstitucional el deber del acusado de estar presente durante toda la audiencia del juicio oral, en los términos en que está prevista en el art. 285 CPP?

[1] Profesor titular de Derecho procesal de la Universidad Nacional Andres Bello (Chile). Dirección postal: Bellavista 0121, Providencia, Chile. Es licenciado en Ciencias Jurídicas de la Universidad Central (Chile), y doctor en Derecho por la Universidad de Valencia (España).

Palabras clave: Inconstitucionalidad por omisión; acumulación procesal; pluralidad de objetos procesales; comparecencia; prohibición de enjuiciamiento en ausencia.

Abstract: *This article analyzes the constitutionality of the accused's procedural duty to attend the entire hearing of the oral trial, as provided for in Article 285 of the Chilean Code of Criminal Procedure, which has given rise to three rulings by the Constitutional Court partially upholding the corresponding requests for inapplicability of the aforementioned legal provision, as it is contrary to certain constitutional provisions and violates specific fundamental rights of the accused. The study addresses the problem of the specific legal configuration of the accused's duty of attendance (actual appearance) at the oral trial hearing, and the jurisdictional response that has been given in constitutional courts to the problem of the constitutionality of this legal provision. It also carries out a procedural examination that points out the issues that should be considered in order to understand the problem posed by said duty of attendance of the accused: Is the accused's duty to be present during the entire hearing of the oral trial, as provided for in Article 285 of the Code of Criminal Procedure, unconstitutional?*

Keywords: *Unconstitutionality by omission; procedural accumulation; plurality of procedural objects; appearance; prohibition of prosecution in absentia.*

Introducción. Objeto de estudio

En el proceso penal chileno se ha suscitado el debate sobre la inconstitucionalidad del deber de asistencia del acusado a la audiencia del juicio oral, previsto en el art. 285 CPP[2], y se discute si la específica regulación legal infringe determinados preceptos constitucionales y lesiona derechos fundamentales específicos. El artículo legal señala:

> "Presencia del acusado en el juicio oral. El acusado deberá estar presente durante toda la audiencia.

[2] Código Procesal Penal chileno. Ley N° 19.696, publicada el 12 de octubre de 2000. Puede consultarse en https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=176595&idParte=0.

> El tribunal podrá autorizar la salida de la sala del acusado cuando éste lo solicitare, ordenando su permanencia en una sala próxima.
>
> Asimismo, el tribunal podrá disponer que el acusado abandonare la sala de audiencia, cuando su comportamiento perturbare el orden.
>
> En ambos casos, el tribunal adoptará las medidas necesarias para asegurar la oportuna comparecencia del acusado.
>
> El presidente de la sala deberá informar al acusado de lo ocurrido en su ausencia, en cuanto éste reingresare a la sala de audiencia."

La discusión se ha centrado en la compatibilidad de esta configuración con determinadas disposiciones constitucionales que establecen derechos fundamentales, en cuanto estos pueden resultar afectados por dicho deber de asistencia, especialmente en juicios orales que tienen una muy extensa duración.

La cuestión se ha planteado mediante requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Los requerimientos de inaplicabilidad son acciones que se formulan ante el Tribunal Constitucional chileno, por medio de las cuales se pide que se declare inaplicable por inconstitucional un precepto legal determinado en un proceso judicial pendiente.

El pronunciamiento del Tribunal Constitucional tiene efectos relativos para el proceso en cuestión al que se refiere el requerimiento, pero no supone la anulación del precepto legal impugnado, el cual mantiene su vigencia, aunque esta se ve sensiblemente afectada porque queda sujeto a nuevos requerimientos de inaplicabilidad o a la eventual declaración de inconstitucionalidad abrogatoria que pueda promoverse de oficio o a petición de parte.

Aquí expondremos los aspectos esenciales de la discusión, cuál ha sido la posición del Tribunal Constitucional, y analizaremos la solución que ofrece este Tribunal y las consideraciones dogmáticas relativas al problema jurídico indicado. Se demostrará el rendimiento que ofrece el enfoque desde el ángulo de determinadas categorías de Derecho procesal para dimensionar las posibilidades interpretativas y aplicativas del art. 285 CPP, así como la necesidad de mejoras en la regulación del deber legal de asistencia del acusado a la audiencia de juicio oral.

El origen del problema en sede constitucional se encuentra en los procesos constitucionales que se sustanciaron en las causas roles 14158-2023[3]; 14169-2023[4], y 14191-2023[5], que derivan de un mismo proceso penal pendiente que se sigue ante el Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo penal de Santiago, rol interno 90-2022, en contra de una pluralidad de acusados y por una pluralidad de delitos tributarios, de cohecho y de soborno, lo cual ha dado lugar a un proceso con un extensísimo juicio oral.

Dos de los acusados en el proceso penal plantearon requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, por medio de los cuales (procesos roles 14158-2023 y 14191-2023) pidieron la declaración de inaplicabilidad del art. 285 inciso primero[6] y del art. 141 inciso final, en su parte final[7], ambos del CPP. El tercer proceso constitucional deriva de un requerimiento planteado por los jueces del Tercer Tribunal de Juicio Oral de Santiago (proceso rol 14169-2023), que conoce del juicio oral (rol interno 90-2022) que formula la posible inconstitucionalidad del art. 285, aunque en este último no se cuestiona el art. 141 inciso final, en su parte final.

Lo cierto es que la diferencia anotada es irrelevante desde el punto de vista de la singularización del problema jurídico, porque la cuestión esencial que cabe despejar es la misma: ¿es inconstitucional el deber del acusado de estar presente durante toda la audiencia de juicio oral prevista en el art. 285 CPP? La eventual inconstitucionalidad del art. 141 inciso final, en su parte final, va a depender de cómo se resuelva y con qué alcance el tema que yace en el art. 285.

---

3 CHILE, Tribunal Constitucional, rol 14158-23, min. suplente redactor. Núñez Poblete, M. 28/12/202.

4 CHILE, Tribunal Constitucional, rol 14169-23, min. suplente redactor. Núñez Poblete, M. 09/11/2023.

5 CHILE, Tribunal Constitucional, rol 14191-23, min. suplente redactor. Núñez Poblete, M. 28/12/2023.

6 Artículo 285.- Presencia del acusado en el juicio oral. El acusado deberá estar presente durante toda la audiencia (...).

7 Artículo 141.- (...) Se decretará también la prisión preventiva del imputado que no asistiere a la audiencia del juicio oral, o a la de juicio simplificado, resolución que se dictará en la misma audiencia, a petición del fiscal o del querellante.

Es evidente que el precepto discutido está en íntima relación con la comparecencia del acusado al juicio oral, que en Derecho chileno es un presupuesto de validez del proceso, en clara concordancia con la prohibición de enjuiciamiento en ausencia del art. 93 letra I CPP[8]-[9], con lo cual —como se verá— el asunto que se plantea no es con relación a la legitimidad del deber de asistencia, sino a la forma en que este se articula adecuadamente con otros intereses y derechos del acusado.

En los requerimientos se plantea una misma denuncia de inconstitucionalidad, con mínimos matices. Se sostiene que el art. 285

---

[8] NÚÑEZ, Cristóbal. Tratado del proceso penal y del juicio oral, t. I, pp. 156 y ss., y NÚÑEZ, Cristóbal. Tratado del proceso penal y del juicio oral, t. II, pp. 232-233. También MATURANA, Cristián y MONTERO, Raúl. Derecho procesal penal, t. I, pp. 320 y ss., y particularmente pp. 353-355 y pp. 379-380, aunque estos autores no se refieren a los presupuestos de validez del proceso sino a requisitos de validez del proceso. Así mismo ROXIN, Claus y SCHÜNEMANN, Bernd. Derecho procesal penal, pp. 255 y 525-531. Para estos autores el carácter de presupuesto procesal del deber de asistencia del acusado es claro. Una opinión en contra en SCHLÜCHTER, Ellen. Derecho procesal penal, pp. 87, 114 y notas al pie 484 y 630, quien niega el carácter de presupuesto procesal del deber de asistencia del acusado a la audiencia, con el argumento de que la misma ley alemana prevé una serie de excepciones a aquel deber. Esas excepciones se opondrían a la consideración del deber legal de asistencia como presupuesto procesal.

[9] En nuestra opinión, no hay duda de que se trata de un presupuesto de validez del proceso, y de esta forma estimamos además que no tiene asidero el argumento que se esgrime de que el juicio sin la asistencia del acusado no estaría sancionado con la nulidad mediante el recurso de nulidad, con base en el texto del art. 374 letra b) que únicamente contempla como motivo absoluto de nulidad la ausencia de la audiencia del juicio de los sujetos a que se refieren los arts. 284 y 286, y no a la ausencia del acusado. Esta interpretación a partir de este motivo de nulidad es asistemática, y no tiene en cuenta que el art. 374 letra d) contempla como motivo absoluto la infracción de las disposiciones sobre continuidad del juicio, que se debe poner en relación con el art. 141 inciso final que establece la necesidad de conseguir la comparecencia del acusado, y con el art. 93 letra I) que garantiza el derecho a no ser juzgado en ausencia, y especialmente con el art. 283 relativo a las razones de absoluta necesidad que justifican la suspensión del juicio, todo lo cual hace evidente que la realización de la audiencia sin la asistencia permanente del acusado a aquella es una palmaria infracción a las disposiciones legales que regulan la continuidad de la audiencia, y en consecuencia configura el motivo absoluto del art. 374 letra d).

Pero aun si no lo fuera, también quedaría cubierto por el motivo del recurso de nulidad previsto en el art. 373 letra a).

CPP es inconstitucional por imponer al acusado el deber de asistir a toda la audiencia del juicio oral en un proceso como el que tiene lugar en la causa rol 90-2022. Este deber legal, tal como está concebido en el precepto, vulneraría preceptos constitucionales y de tratados internacionales.

En lo sustantivo se está planteando en ellos que el precepto del art. 285 inciso primero impone al acusado el deber de asistir a toda la audiencia de juicio oral, y las aparentes excepciones previstas en los incisos segundo y tercero del propio precepto[10] no flexibilizan dicho deber ante el caso de un proceso con un juicio oral que se proyecta con una duración de 18 meses o más (maxiproceso). Se argumenta que esa extensión hace que el deber de asistencia imponga un gravamen desproporcionado al acusado, que infringe el art. 19 N° 7 CPR[11], y lesiona el derecho a la libertad personal ahí previsto, e infringe el art. 19 N°s 16 y 21 CPR, y lesiona la libertad de trabajo y el derecho a desarrollar actividades económicas, respectivamente. Desde luego se mencionan otras disposiciones constitucionales y convencionales, pero todas giran en torno a este nudo central, que es el que singulariza la relevancia jurídico constitucional que se plantea en estos procesos.

1. El tratamiento del Tribunal Constitucional: Inaplicabilidad por inconstitucionalidad por omisión

Este nudo jurídico esencial es el que intentará resolver el TC[12] en las tres sentencias que dicta[13]. El TC adopta las decisiones con

---

[10] Los incisos segundo y tercero del art. 285 CPP señalan las siguientes disposiciones:

Art. 285 (...)

"El tribunal podrá autorizar la salida de la sala del acusado cuando éste lo solicitare, ordenando su permanencia en una sala próxima."

"Asimismo, el tribunal podrá disponer que el acusado abandonare la sala de audiencia, cuando su comportamiento perturbare el orden."

[11] Constitución Política de la República de Chile. Puede consultarse en https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302.

[12] Tribunal Constitucional chileno.

[13] CHILE, Tribunal Constitucional, rol 14158-23, min. suplente redactor. Núñez Poblete, M. 28/12/2023; CHILE, Tribunal Constitucional, rol 14169-23, min.

una misma fundamentación, y acoge parcialmente la inaplicabilidad por inconstitucionalidad declarando inaplicable solamente la palabra "toda" del inciso primero del art. 285 CPP, y desestima en lo demás los requerimientos.

Entiende que el deber legal de presencia en la audiencia del juicio oral no es inconstitucional en sí mismo. La inconstitucionalidad derivaría del establecimiento de dicho deber sin las excepciones legales. En otras palabras, la inconstitucionalidad yace en la omisión[14] de las excepciones legales necesarias y adecuadas al deber de asistencia, para casos que implican audiencias de juicio oral que puedan extenderse por mucho tiempo, de forma que dicha omisión normativa produce el efecto de extender el deber de comparecencia de forma desmesurada, y provoca entonces un gravamen lesivo para el acusado. La falta de este tipo de preceptos se acaba configurando, por esta razón, en oposición al régimen constitucional y lesionando en definitiva derechos fundamentales determinados[15]. La *ratio decidendi* que da cuenta de lo indicado está en el

suplente redactor. Núñez Poblete, M. 09/11/2023; CHILE, Tribunal Constitucional, rol 14191-23, min. suplente redactor. Núñez Poblete, M. 28/12/2023.

[14] VILLAVERDE, Ignacio. Los remedios de la inconstitucionalidad por omisión, pp. 195-271. Estudia con detalle los tipos de inconstitucionalidad por omisión y los remedios que proceden en cada caso. En Chile, entre otros, se pueden consultar los estudios de BULNES, Luz. La inconstitucionalidad por omisión, pp. 251-264; VERDUGO, Sergio. Inconstitucionalidad por omisión del legislador, pp. 373-396; PEREDO, Marcela. Hacia la configuración de la omisión como vicio de inconstitucionalidad, su posible control y sanción en el ordenamiento jurídico constitucional chileno, pp. 153 y ss., y también RUAY, Francisco. Inconstitucionalidad por omisión y paradigma neoconstitucional: los peligros de un exceso hermenéutico, pp. 81-96.

[15] La doctrina chilena ha reflexionado sobre la inconstitucionalidad por omisión. Puede consultarse ZAPATA, Patricio. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Parte general, pp. 117-133; BULNES, Luz. La inconstitucionalidad por omisión, pp. 251-264; VERDUGO, Sergio. Inconstitucionalidad por omisión del legislador, pp. 373-396; PEREDO, Marcela. Hacia la configuración de la omisión como vicio de inconstitucionalidad, su posible control y sanción en el ordenamiento jurídico constitucional chileno, pp. 153 y ss., y también RUAY, Francisco. Inconstitucionalidad por omisión y paradigma neoconstitucional: los peligros de un exceso hermenéutico, pp. 81-96.

considerando decimoquinto de las tres sentencias dictadas en los procesos roles 14158-2023[16]; 14169-2023[17], y 14191-2023[18], el cual señala:

> "Que el primer efecto contrario a la Constitución que produce el precepto legal que establece la obligación de estar presente en toda la audiencia de juicio oral consiste en la vulneración del derecho a la libertad personal y seguridad individual reconocido en el artículo 19 Nº 7 de la Constitución. Este efecto no lo genera ciertamente la obligación abstracta de estar presente durante la audiencia sino la ausencia de una habilitación para que el tribunal pueda dispensar al acusado de estar presente en una audiencia cuya extensión estimada es la que señalan las magistradas requirentes. Como ya se argumentó precedentemente, la obligación de comparecer personalmente en la audiencia se encuentra justificada en el interés público por salvaguardar la integridad y fiabilidad del proceso penal. Sin embargo, esa obligación no puede ser ni absoluta ni estar sujeta a excepciones tan limitadas que no sean capaces de evitar que la presencia forzada en la audiencia se transforme en una carga tan gravosa que restrinja la libertad ambulatoria de los acusados".

Por otra parte, las sentencias roles 14158 y 14169 desestiman la inconstitucionalidad del art. 141 inciso final, parte final[19], en la parte que contempla la imposición de la prisión preventiva para el caso de que el acusado incumpla con el deber de asistencia. El precepto señala "[s]e decretará también la prisión preventiva del imputado que no asistiere a la audiencia del juicio oral, o la del juicio simplificado, resolución que se dictará en la misma audiencia, a petición del fiscal o del querellante". El TC entiende que es una medida esencialmente compatible con la

[16] CHILE, Tribunal Constitucional, rol 14158-23, min. suplente redactor Núñez Poblete, M. 28/12/2023.

[17] CHILE, Tribunal Constitucional, rol 14169-23, min. suplente redactor Núñez Poblete, M. 09/11/2023.

[18] CHILE, Tribunal Constitucional, rol 14191-23, min. suplente redactor Núñez Poblete, M. 28/12/2023.

[19] Como se apuntó, en el proceso rol 14169-23 no se plantea esta denuncia constitucional. Es la única diferencia accesoria con los otros requerimientos mencionados.

Constitución, que asegura un deber legal —como es el de asistencia del acusado— que por regla general es considerado legítimo.

De nuevo, para el TC el problema de constitucionalidad no está en la existencia del deber legal de asistencia a la audiencia, sino en la omisión de excepciones a este para casos que la aplicación concreta de dicho deber se vuelva en contra de la Constitución, como sería el supuesto en que ese deber se pueda extender hasta por más de un año y medio durante todos los días de la semana entre 9 a 14 h, lo cual se convierte, en concreto, en un gravamen incompatible con el derecho a la libertad personal, en su dimensión ambulatoria. En esas circunstancias, el art. 141 inciso final, que prevé la aplicación de la prisión preventiva no puede ser considerada inconstitucional en tanto tiene por fin asegurar el cumplimiento de un deber constitucionalmente legítimo, como se desprende de lo que indica el TC en el considerando decimoctavo de las sentencias dictadas en los procesos roles 14158-2023[20] y 14191-2023[21]:

> "Que el requerimiento será desestimado respecto del precepto legal contenido en la parte final del artículo 141 del Código Procesal Penal (...) Como ya se explicó más arriba, el efecto contrario a la Constitución no resulta del diseño legislativo de una obligación que comparte su objeto con el derecho a estar presente en el juicio sino en el hecho de no reconocer esta obligación excepciones que permitan al juez otorgar una dispensa que evite las consecuencias gravosas o desproporcionadas que se siguen de un juicio de extensión temporal como el que tiene la gestión pendiente. Por lo tanto, para aquellos casos en que la obligación de presencia del acusado no sea dispensada por el tribunal, el precepto impugnado contenido en el artículo 141 del Código Procesal Penal mantiene pleno sentido, no vulnera la Constitución y guarda concordancia con la atribución contenida en el artículo 33 del mismo Código y con el espíritu de la atribución contenida en el inciso cuarto del artículo 285, preceptos no impugnados en este proceso constitucional".

[20] CHILE, Tribunal Constitucional, rol 14158-23, min. suplente redactor. Núñez Poblete, M. 28/12/2023.

[21] CHILE, Tribunal Constitucional, rol 14191-23, min. suplente redactor. Núñez Poblete, M. 28/12/2023.

Estas consideraciones jurídicas del Tribunal Constitucional evidencian que la inconstitucionalidad radicaría no en el deber de asistencia, sino en la falta de excepciones legales para supuestos como los maxiprocesos con extensísimos juicios orales. El Tribunal Constitucional lo expresa claramente cuando indica que la inconstitucionalidad radica en la omisión, en la falta de una excepción, en concreto, en "[l]a ausencia de una habilitación para que el tribunal pueda dispensar al acusado de estar presente en la audiencia cuya extensión estimada es la que señalan los magistrados requirentes", cosa que enfatiza cuando el propio Tribunal apunta que "el efecto contrario a la Constitución no resulta del diseño legislativo de la obligación que comparte su objeto con el derecho a estar presente en el juicio sino en el hecho de no reconocer esta obligación excepciones que permitan al juez otorgar una dispensa que evite las consecuencias gravosas o desproporcionadas".

2. La inconstitucionalidad por omisión como problema

Pese a que de la argumentación del Tribunal Constitucional se desprenda con claridad la inconstitucionalidad por omisión, este no hace expresamente esta calificación de la inconstitucionalidad. Puede ser especialmente complejo en el sistema chileno plantearse este tipo de inconstitucionalidad por omisión, entre otras razones, por las dificultades de relieve que implica la determinación de los remedios para tratarla, y si esos remedios son practicables en el Derecho chileno, que, por el momento, además, no contempla este tipo de control y acciones concretas para ello. La doctrina constitucional chilena[22] que se ha ocupado de la inconstitucionalidad por omisión si bien acepta su existencia, reconoce la dificultad que implica su tratamiento. Gravitan aun en nuestro medio reparos importantes con relación a la posibilidad de controlar este tipo de inconstitucionalidades, cuando todavía tiene un peso relevante la idea de que la jurisdicción constitucional es esencialmente negativa, y en cuanto tal solo debe ceñirse al control de la inconstitucionalidad de las normas que tienen existencia positiva, pero no permite censurar la inexistencia de

[22] Véase nota 14.

una norma legal, puesto que en ese caso se estaría invadiendo la función positiva del legislador de poner las normas legales que soberanamente determine. La extensión de la jurisdicción constitucional a este ámbito se considera todavía discutible desde el punto de vista de la legitimidad democrática de la que carecería la judicatura constitucional frente al poder legislativo, y constituiría un desconocimiento al régimen de separación de poderes[23].

Un camino que se ha intentado es tratarla como si fuera una inconstitucionalidad por comisión radicada en la norma efectivamente existente. Es decir, si bien lo que censura en realidad es la falta o ausencia relativa de norma, el silencio relativo de la ley respecto de un supuesto, o la falta de una excepción legal complementaria, o la incompletitud de un precepto, se resuelve, sin embargo, como si el asunto fuera con la norma positiva existente, declarando la inconstitucionalidad de una "palabra"[24] o de un "sintagma o frase"[25] del precepto positivamente existente[26]. Así, se

---

[23] En el sistema jurídico chileno, con todo, sigue siendo una discusión infrecuente. BULNES, Luz. La inconstitucionalidad por omisión, pp. 251-264; VERDUGO, Sergio. Inconstitucionalidad por omisión del legislador, pp. 373-396; PEREDO, Marcela. Hacia la configuración de la omisión como vicio de inconstitucionalidad, su posible control y sanción en el ordenamiento jurídico constitucional chileno, pp. 153 y ss., y RUAY, Francisco. Inconstitucionalidad por omisión y paradigma neoconstitucional: los peligros de un exceso hermenéutico, pp. 81-96.

[24] La hipótesis en estudio se encuadra en esta categoría, en la que se declara la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de una palabra.

[25] Un ejemplo de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un sintagma o frase que se entresaca de un precepto es el que se ha operado en una larga línea jurisprudencial sobre el art. 277 CPP, con exactamente el mismo propósito de "reescribir" todo el sentido del precepto intervenido mediante esta técnica y modificar sensiblemente su significado. En el caso del precepto en cuestión la jurisprudencia incluso llega a recortar el inciso problemático entresacando del precepto todo lo que estorba para hacer entrar en la norma el supuesto de recurribilidad subjetiva (legitimación) o supuestos de recurribilidad objetiva omitidos en el precepto. DEL RÍO, Carlos. Cuatro reflexiones a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional, rol 2330-12-INA, pp. 97 y ss.

[26] ACOSTA, José. Formación de la constitución y jurisdicción constitucional, pp. 285-287 y 290-298. Describe un fenómeno similar desarrollado en el sistema constitucional italiano, mediante las denominadas sentencias manipulativas o sentencias sustitutivas. Es cierto que la valoración que se haga de este tipo de intervenciones constitucionales depende de consideraciones relativas

censura la omisión de la ley (el silencio relativo de la ley), pero se declara la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de una partícula o sintagma o frase del precepto existente, con el propósito de conseguir un efecto notable: la "reescritura" del precepto legal y la modificación sensible de su contenido, sin necesidad de mediación legislativa alguna[27].

---

al sistema jurídico. ZAGREBELSKY, Gustavo. Il Giudice delle leggi artefice del diritto, pp. 46-53, entiende que en una concepción dualista del Derecho, en el que se reconoce dos lados al Derecho, lo justo constitucional (la cultura constitucional) y la legalidad, la Corte Constitucional cumple una función mediadora, armonizadora de esos dos lados, y desde esa perspectiva parecen coherentes aquellas formas de intervención constitucional que se materializan en esas especies de sentencias.

[27] El caso más recurrente sin duda es el relativo al art. 277 inciso 2° CPP, que ha dado lugar a una larga línea jurisprudencial en la que el TC utiliza esta técnica para corregir las inconstitucionalidades por omisión, y que ha llevado a recortar y entresacar del precepto uno, dos o tres sintagmas o frases, según sea la necesidad del caso concreto, para que del precepto emane una norma sustancialmente distinta de la que cabría extraer con el precepto sin los sintagmas recortados.

El inciso 2° del art. 277 señala: "El auto de apertura del juicio oral sólo será susceptible del recurso de apelación, cuando lo interpusiere el ministerio público por la exclusión de pruebas decretada por el juez de garantía de acuerdo a lo previsto en el inciso tercero del artículo precedente. Este recurso será concedido en ambos efectos. Lo dispuesto en este inciso se entenderá sin perjuicio de la procedencia, en su caso, del recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva que se dictare en el juicio oral, conforme a las reglas generales."

Hay sentencias del TC que eliminan —declaran inaplicable por inconstitucional— únicamente la frase "cuando lo interpusiere el ministerio público", con el fin de que aquella intervención del precepto que deja de poseer en el caso una norma de legitimación permita que la norma general inicialmente desplazada contenida en el art. 352 recobre eficacia, que contiene una regla de legitimación para todos los intervinientes. Pueden consultarse las siguientes sentencias del TC: CHILE, Tribunal Constitucional, rol 1535-09, ministros redactores Colombo Campbell, J. y Navarro Beltrán E. 28/01/2010; CHILE, Tribunal Constitucional, rol 1502-09, min. redactor. Aróstica Maldonado, I. 09/09/2010; CHILE, Tribunal Constitucional, rol 5668-18, min. redactor. Romero Guzmán, J. 10/12/2019; CHILE, Tribunal Constitucional, rol 9400-20, min. redactor. Romero Guzmán, J. 13/07/2021; CHILE, Tribunal Constitucional, rol 10177-21, min. redactor. Letelier Aguilar, C. 30/09/2021.

Hay sentencias del TC que eliminan dos frases "cuando lo interpusiere el ministerio público" y "de acuerdo a lo previsto en el inciso tercero del artículo precedente". En este caso la necesidad de "reescribir" el precepto es mayor y hace falta entresacar del mismo dos pasajes para que el sentido de la regla varíe sustancialmente. Se necesita quitar de en medio la regla de legitimación para apelar que el precepto confiere únicamente al ministerio público, esto es, la

Con esta técnica se va más allá de lo que se podría ir en la mayoría de los sistemas que admiten la declaración de inconstitucionalidad por

regla de recurribilidad subjetiva. Pero además hace falta reconfigurar la regla de recurribilidad objetiva, esto es, los contenidos del auto de apertura susceptible de ser impugnados, para que vaya más allá de la sola apelabilidad de la decisión de exclusión de prueba por razón de su ilicitud y abarque otras decisiones de exclusión omitidas por el legislador. Sentencias del TC: CHILE, Tribunal Constitucional, rol 2628-14, min. redactor. Bertelsen Repetto, R. 30/12/2014; CHILE, Tribunal Constitucional, rol 10205-21, min. redactor. Letelier Aguilar, C. 30/09/2021; CHILE, Tribunal Constitucional, rol 3197-16, min. redactor. Romero Guzmán, J. 11/07/2017; CHILE, Tribunal Constitucional, rol 4044-17, min. redactor. Romero Guzmán, J. 29/01/2019; CHILE, Tribunal Constitucional, rol 5579-18, min. redactor. Romero Guzmán, J. 05/11/2019; CHILE, Tribunal Constitucional, rol 5666-18, min. redactor. Romero Guzmán, J. 05/11/2019; CHILE, Tribunal Constitucional, rol 9329-20, min. redactor. Romero Guzmán, J. 06/05/2021; CHILE, Tribunal Constitucional, rol 11250-21, min. redactor. Romero Guzmán, J. 05/04/2022; CHILE, Tribunal Constitucional, rol 13347-22, min. redactor. Letelier Aguilar, C. 05/01/2023; CHILE, Tribunal Constitucional, rol 13459-2022, min. redactor. Letelier Aguilar, C. 05/01/2023; CHILE, Tribunal Constitucional, rol 13290-22, min. redactor. Letelier Aguilar, C. 17/01/2023; CHILE, Tribunal Constitucional, rol 13642-22, min. redactor. Letelier Aguilar, C. 07/03/2023; CHILE, Tribunal Constitucional, rol 13872-22, min. redactor. Pica Flores, R. 08/06/2023; CHILE, Tribunal Constitucional, rol 11430-21, min. redactor. Romero Guzmán, J. 17/03/2022; CHILE, Tribunal Constitucional, rol 14017-23, min. redactor. Letelier Aguilar, C. 31/07/2023; CHILE, Tribunal Constitucional, rol 13917-22, min. redactor. Letelier Aguilar, C. 22/08/2023.

Finalmente hay sentencias del TC que entresacan tres frases del precepto: "cuando lo interpusiere el ministerio público", "de acuerdo a lo previsto en el inciso tercero del artículo precedente" y "por la exclusión de pruebas decretadas por el juez de garantía". Aquí se necesita en el caso obtener un resultado todavía mayor a los precedentes. Tres cosas que no están previstas en el precepto, a saber, (a) una regla que confiera legitimación a los demás intervinientes, y no solamente al ministerio público, (b) una regla que permita apelar ya no solamente otras hipótesis de exclusión de prueba por ser esta ilícita, (c) sino también hipótesis inversas como puede ser por ejemplo la no exclusión de un medio de prueba ofrecido que sin embargo debió ser excluido, y no lo fue. Por ejemplo, CHILE, Tribunal Constitucional, rol 13451-22, min. redactor. Letelier Aguilar, C. 26/01/2023; Una variante de esta intervención son los casos en que se opta por eliminar toda la frase que abarca estas tres cuestiones, y en ese caso se declara inaplicable por inconstitucionalidad la frase del art. 277 siguiente: "cuando se interpusiere por el ministerio público por la exclusión de pruebas decretadas por el juez de garantía de acuerdo a lo previsto en el inciso tercero del artículo precedente". Por ejemplo: CHILE, Tribunal Constitucional, rol 13802-22, min. redactor. Pica Flores, R. 08/06/2023; CHILE, Tribunal Constitucional, rol 13950-23, min. redactor. Letelier Aguilar, C. 12/09/2023.

omisión —más allá de lo que son las sentencias interpretativas o aditivas[28]—. Se acaba reescribiendo el mismo precepto, con el fin de hacerle decir una cosa distinta de lo que en principio decía[29]. De ahí que el enunciado legal que dice "[e]l acusado deberá estar presente durante toda la audiencia", el Tribunal Constitucional lo deje en "[e]l acusado deberá estar presente durante la audiencia". La expectativa del TC es que eliminando la palabra "toda" el tribunal pueda de forma prudencial determinar un deber menos extenso de asistencia a la "audiencia". Es decir, el Tribunal pretende por esta vía convertir el deber absoluto de asistencia solo en una regla general, que se articule finalmente con excepciones —legalmente no previstas— que pueda determinar (crear) caso a caso el tribunal.

3. ¿Es procesalmente correcta la solución indicada?

Adentrándonos en el tema procesal, cabe plantearse si en verdad la solución del Tribunal Constitucional en este caso, mediante la "reescritura" del art. 285 inciso 1°, al que se le suprime la palabra "toda", produce una modificación sensible de su contenido y se puede extraer una norma distinta de la que se extraía antes de la intervención constitucional. En nuestra opinión, en este caso la respuesta es negativa: el propósito del Tribunal Constitucional no se consigue, y lo cierto es que parte de los mismos ministros que concurrieron al acuerdo son conscientes de esto[30].

---

[28] PEREDO, Marcela. Hacia la configuración de la omisión como vicio de inconstitucionalidad, su posible control y sanción en el ordenamiento jurídico constitucional chileno, pp. 53-54 y 128-132. Consultar las distinciones entre estos tipos de sentencias y las específicas formas de sentencias manipulativas o sustitutivas, las cuales siempre han despertado un arduo debate sobre la procedencia de estas técnicas. ACOSTA, José. Formación de la constitución y jurisdicción constitucional, pp. 285-287 y 290-298.

[29] VILLAVERDE, Ignacio. Los remedios de la inconstitucionalidad por omisión, pp. 195-271.

[30] Aquí hay una diferencia fundamental con la inconstitucionalidad por omisión del art. 277 del CPP, por el fenómeno del concurso de normas procesales que en ese caso opera simultáneamente, y que aquí no se da. Es decir, en el caso del art. 285 no existe una norma legal en concurso aparente desplazada por la disposición especial que, tras la expulsión de esta, recobre eficacia y aplicación, como sí acontece con la regla general de legitimación prevista en el art. 352 CPP, que recobra efectividad si se expulsa la norma de legitimación

En efecto, la prevención de los ministros Fernández, Pozo y Letelier, que —pese a concurrir a la decisión— hacen presente que estaban por declarar la inaplicabilidad de todo el inciso primero del art. 285, y no únicamente de la palabra "toda". Entienden que la sola inaplicabilidad de la palabra "toda" no es suficiente para conjurar el efecto de inconstitucional que se pretende evitar en el caso concreto, puesto que aun con la expulsión de dicha palabra subsiste el deber de estar presente durante la audiencia. En el proceso penal chileno no cabe duda que la audiencia está configurada como un acto único que se desarrolla en sesiones sucesivas, de modo que en estas circunstancias estos ministros no ven cómo[31] el tribunal del juicio oral pueda relativizar o flexibilizar el deber de asistencia sin que exista una norma que lo permita.

Es en este punto fundamental en el cual la prevención parece situarse. En verdad, los ministros de la prevención no se convencen de que esto pueda ser así. Y tienen razón. Pasar del precepto "[e]l acusado deberá estar presenta durante toda la audiencia" al reescrito por el Tribunal Constitucional que vendría a señalar "[e]l acusado deberá estar presente durante la audiencia", no supone desde el punto de vista normativo ninguna diferencia sustantiva. Son formas gramaticales distintas, pero no implican diferencias sensibles desde el punto vista jurídico. El precepto con este recorte sigue diciendo lo mismo. Estar presente "durante la audiencia", significa estar presente a lo largo de la audiencia, es decir, significa estar presente durante todas sus sesiones, y no en algunas, en la mitad o en un tercio, salvo que haya norma legal de excepción en ese sentido, que es lo que sigue faltando. Menos se puede concluir que de la reescritura del precepto se desprenda que el juez o tribunal del juicio quede investido de la potestad para establecer excepciones que no están legalmente previstas.

La solución no está en el recorte gramatical del precepto. En cambio, una solución parcial puede encontrarse mediante la aplicación

especial del art. 277, que omitía la legitimación a los intervinientes distintos del ministerio público. DEL RÍO, Carlos. Cuatro reflexiones a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional, rol 2330-12-INA, pp. 97 y ss.

31 Aunque no llegan a sostenerlo expresamente, por razones obvias. Esta especie de prevención que hacen los ministros no puede suponer romper con la formación del acuerdo que permite adoptar la decisión.

de categorías jurídicas adecuadas al fenómeno procesal que subyace al problema, que permita una reinterpretación del art. 285 CPP.

4. La comparecencia del acusado como presupuesto procesal, y la prohibición de juicio en ausencia

Como adelantamos, la comparecencia del acusado al juicio oral es un presupuesto de validez del proceso en nuestro Derecho, en clara concordancia con la prohibición de enjuiciamiento en ausencia del art. 93 letra I CPP.

La ausencia del imputado/acusado puede ser de distintas clases[32]. La ausencia con paradero desconocido, o con paradero en el extranjero, sin posibilidad de obtener la extradición, casos que son los que propiamente darán lugar a la declaración de rebeldía. La ausencia, en cambio, puede ser con paradero conocido dentro del territorio de la república, y en ese caso lo que tenemos es en rigor una incomparecencia. El problema que se plantea en los requerimientos con relación al art. 285 CPP se refieren a esta hipótesis. Es decir, se refieren a la regulación y exigencia de la comparecencia del imputado/acusado con paradero conocido en el territorio de la república a la audiencia del juicio oral.

Ahora bien, la comparecencia puede ser real o jurídica. La jurídica, como explica Ortells, comprende los casos en que se entiende que el imputado/acusado está a disposición del tribunal, tanto como supuestos de presencia ficta. En cambio, la presencia real es aquella que en principio consiste en la presencia física de la persona. En general, en el proceso penal basta con la presencia jurídica del imputado, pero hay veces que la ley exige la presencia real, como acontece en determinadas audiencias del proceso penal, y en todo caso en la audiencia del juicio oral. En este supuesto, la ausencia del imputado/acusado efectivamente da lugar a la incomparecencia, y con ello decae uno de los presupuestos del proceso penal[33], que impide la válida realización del juicio.

---

[32] ORTELLS, Manuel. La ausencia del imputado en el proceso penal. Consideración especial de la incomparecencia, pp. 433-492.

[33] Véase nota 8.

El art. 285 CPP establece el deber de comparecencia real durante toda la audiencia del juicio oral, y solamente contempla dos "excepciones" muy restringidas, que en realidad ni siquiera son auténticamente excepciones a dicho deber. Así acontece con la autorización para salir de la sala de audiencia, pero con el deber de permanecer físicamente en el tribunal en una sala próxima —"[e]l tribunal podrá autorizar la salida de la sala del acusado cuando éste lo solicitare, ordenando su permanencia en una sala próxima"— con lo cual, en rigor, no cesa el deber legal de comparecencia real, sino que apenas se modifica su modalidad. La segunda excepción —"[a]simismo, el tribunal podrá disponer que el acusado abandonare la sala de audiencia, cuando su comportamiento perturbare el orden"—, como puede observarse tampoco es una excepción que suponga el relevo del deber legal de comparecencia real, sino una medida de orden y disciplina ante un comportamiento inadecuado del acusado. De esta forma, en realidad el art. 285 CPP no contempla ninguna excepción efectiva al deber legal de comparecencia real a toda la audiencia del juicio oral.

El art. 107 ter COT permite que la comparecencia real, es decir, la presencia en la audiencia de juicio sea telemática —teleasistencia—, y no física en la sala de audiencia. Y lo mismo permite de forma excepcional por motivos de seguridad el art. 226 Z CPP, respecto del imputado privado de libertad. Estas reglas constituyen una excepción solo a la forma de cumplir con el deber de comparecencia, puesto que autoriza la teleasistencia en la audiencia correspondiente, pero no constituyen una excepción al deber de comparecer, ni permiten una limitación de la extensión del deber de comparecer, con lo cual, sea de donde fuere (desde su domicilio, desde el recinto de privación de libertad, u otro lugar), el acusado habrá de estar presente durante *toda* la audiencia del juicio, dure lo que dure. Y es precisamente esto último lo que se erige como un deber legal desproporcionado que lesiona los derechos fundamentales del acusado, si tiene que estar presente durante *toda* la audiencia que se calcula con una extensión de 18 meses consecutivos, de lunes a viernes entre las 9 y las 14 h.

La comparecencia real que exige el art. 285 CPP a toda la audiencia es distinta a aquella que se exige en otros ordenamientos. La jurisprudencia del TC pone en evidencia este punto y remite a las

regulaciones alemana[34] e italiana[35], que habrían servido de inspiración a la regulación chilena, pero que en realidad son bien distintas por su precisión y matización del deber de asistencia. En esos ordenamientos, este deber constituye una regla general que está convenientemente flexibilizada por diversos supuestos que ofrecen la plasticidad necesaria para tratar hipótesis que merecen un tratamiento diferenciado, con el fin de articular adecuadamente el deber de asistencia para asegurar el mejor conocimiento del asunto y el derecho del acusado de asistir a la audiencia de juicio oral para desplegar su defensa, con algún grado de flexibilidad que los haga compatibles con otros intereses y derechos del propio acusado.

5. La acumulación de procesos penales, una consideración para determinar el alcance del deber de asistencia a la audiencia del juicio oral, que resuelve parcialmente el problema

Una consideración necesaria para comprender el fenómeno es la relativa a la acumulación de procesos[36], que se sustancian en un único

---

[34] ROXIN, Claus y SCHÜNEMANN, Bernd. Derecho procesal penal, p. 255 y pp. 525-531. Estos realizan una detallada exposición sobre el deber de asistencia del acusado y las diversas excepciones que se pueden autorizar por el tribunal previstas en la Ordenanza procesal penal alemana. De forma sintética, también SCHLÜCHTER, Ellen. Derecho procesal penal, p. 87 y pp. 114-115.

[35] Para el caso italiano, TONINI, Paolo. Diritto processuale penale, pp. 314-316; GAROFOLI, Vincenzo. Istituzioni di diritto processuale penale, p. 238; SIRACUSANO, Delfino. Diritto processuale penale, v. II, pp. 295-300.

[36] Vale la pena apuntar que esta materia estaba presente en los análisis de la doctrina chilena clásica. En FONTECILLA, Rafael. Tratado de Derecho Procesal Penal, t. I, pp. 219-220; LÓPEZ, Osvaldo. Derecho procesal penal chileno, pp. 39-40. Estos autores analizaban normas positivas del Código Orgánico de Tribunales y del antiguo Código de Procedimiento Penal. Esas disposiciones que regulaban la acumulación y la desacumulación con esas denominaciones y la conexión penal entre distintos ilícitos hacían evidente la existencia del fenómeno mediante su regulación: la pluralidad de objetos en un único procedimiento. Con la reforma al proceso penal que se pone en marcha en 2000 y todas las nuevas disposiciones estos fenómenos desaparecen aparentemente de la regulación, y ello ha causado estragos conceptuales e interpretativos graves, que se han manifestado por ejemplo en la dificultad interpretativa del art. 285 o la dificultad interpretativa respecto del objeto

procedimiento, y al tratamiento que cabe hacer de él. La acumulación procesal puede ser así una clave para interpretar dogmáticamente los mismos preceptos procesales. Varias pretensiones procesales independientes y en contra de sujetos distintos (pluralidad de objetos procesales)[37] dan lugar a varios procesos que se pueden tramitar en un único procedimiento. Este fenómeno tan frecuente en el proceso civil y en el proceso penal tiene distintas implicaciones técnicas respecto de las cuales conviene tener conciencia. La existencia de la acumulación procesal deriva de la conexión existente entre distintos hechos ilícitos, de la necesidad de mantener los principios de continencia de la causa y de economía procesal, así como de la necesidad de evitar pronunciamientos contradictorios. Pero, por otro lado, la acumulación entra en tensión con el principio de unidad de objeto, con el derecho de defensa y puede poner en riesgo incluso el principio del juez predeterminado por la ley, lo cual se hace más patente cuando la acumulación concluye con la producción de los denominados maxiprocesos o macroprocesos, que hay que tratar de evitar todo cuanto sea posible[38].

Un caso de mucho interés para la situación que analizamos nos lo ofrece la jurisprudencia española en la denominada Operación Púnica,

---

del recurso de nulidad y del efecto de nulidad de la sentencia estimatoria del recurso, o el grave problema de la afectación del juez predeterminado por la ley, entre otros.

[37] Sobre el objeto del proceso en el proceso penal y la pluralidad de objetos, DEL RÍO, Carlos. Los poderes de decisión del juez penal, pp. 131 y ss.

[38] CUBILLO, Ignacio. Las causas de conexión penal y su aplicación tras la reforma operada por la ley 41/2015, pp. 39-83. Destaca la regulación de la Ley 41/2015, y la relación con los denominados macroprocesos, lo cual aparece expresamente manifestado en la Exposición de Motivos de la Ley en la parte que cita: "La reforma a las reglas de conexidad supone una racionalización de los criterios de conformación del objeto del proceso, con el fin de que tengan el contenido más adecuado para su rápida y eficaz sustanciación. Con ello se pretende evitar el automatismo en la acumulación de causas y la elefantiasis procesal que se pone de manifiesto en los denominados macroprocesos".

Este autor dice que la conveniencia de acumular o separar los procedimientos ha de tener en cuenta el fenómeno indeseado y lesivo de los macroprocesos. Ofrece ejemplos judiciales famosos de desacumulación como la que se dispuso en el caso ERES en Andalucía, en la cual se acordó la división de la causa en nueve piezas separadas, o el caso que se generó en la denominada Operación Púnica, en el que el proceso se separó en doce piezas distintas.

que dio lugar a un procedimiento enorme que hubo que dividir en doce piezas distintas. El auto que dispuso la división (desacumulación) parece redactado casi para el caso que analizamos en este texto. Señala "(n)o hay ruptura de la continencia de la causa, sino un intento de ordenar asequiblemente la marcha procesal de la misma, pues cabe hacerlo a distintas velocidades en función de la materia que se va a reubicar en cada una de las diferentes piezas y la intención, conforme permite el art. 762.6 de la Lecrim, es evitar dilaciones (...) no hacer esperar a unos, por lo que finalmente atañe a otros, y en definitiva no alargar ni hacer voluminosas instrucciones que lleven como ha ocurrido en casos mediáticamente notorios (juicios sobre hechos ocurridos en Marbella en el pasado) a juicios orales impracticables, de meses y meses, en muchas sesiones en las que el Juez no puede recordar ni asimilar tanta información para poner sentencias intratables por lo prolongadas y que a las imputadas también afectan, pues les generan agendas sorpresivas y las obligan a acudir a sesiones de juicio en las que lo único que hacen es escuchar diligencias que no incumben a sus representados (...)"[39].

El asunto relativo a la acumulación procesal y a la pluralidad de objetos procesales en el proceso penal cobra relevancia desde distintos puntos de vistas y necesita de una regulación cuidadosa desde cada perfil, que exige tener presentes principios y reglas que a menudo entran en tensión. Desde luego, por una parte juega el principio de unidad del objeto del proceso, esto es, un objeto procesal por proceso, o, un proceso y un objeto procesal, con el evidente contenido de garantía procesal que implica, pero, por otra parte, juega el principio de continencia de la causa penal en función de la necesidad de preservar valores de Derecho sustantivo, que promueve la sustanciación procesal en un único procedimiento de varios hechos ilícitos, incluso, con pluralidad de acusados, porque se quiere con ello preservar las mejores posibilidades de acierto, la correcta aplicación del Derecho, la evitación de pronunciamientos contradictorios y potenciar el rendimiento procesal, esto es, la economía procesal que implica la utilización de un procedimiento en lugar de varios separados.

[39] En CUBILLO, Ignacio. Las causas de conexión penal y su aplicación tras la reforma operada por la ley 41/2015, pp. 55-56.

Pero es que además la acumulación procesal toca, o puede tocar, cosas tan sensibles como la relativa a la garantía del juez predeterminado por la ley y su eventual afectación[40]-[41]. De aquí la gravedad de concebir la acumulación procesal como una decisión que en la práctica queda entregada primero a la valoración discrecional del ministerio público, y luego, a una valoración del juez de garantía carente de un tratamiento y orientación normativa claros.

La falta de comprensión adecuada de estas cuestiones relativas a la acumulación en el proceso penal tiene origen en los problemas de diseño legal, que a menudo ha inducido confusiones conceptuales. En el punto que toca ahora, el CPP no reguló el tema de la acumulación procesal, sino en dos escasas disposiciones en las que el tema se presenta de otra manera, y además de forma incompleta: arts. 185 y 274 relativos a la agrupación y separación de investigaciones, y a la unión y separación de acusaciones, respectivamente[42]. Por otra parte, se derogaron y modificaron disposiciones relevantes como los arts. 157 a 165 del COT, dejando al

---

[40] ROXIN, Claus y SCHÜNEMANN, Bernd. Derecho procesal penal, pp. 102 y ss., y 248-249, advierten sobre los cuestionamientos que se pueden formular desde este ángulo.

[41] FONTECILLA, Rafael. Tratado de Derecho procesal penal, t. I, pp. 219-220, y FONTECILLA, Rafael. Tratado de Derecho procesal penal, t. II, pp. 120-122; LÓPEZ, Osvaldo. Derecho procesal penal chileno, pp. 39-40. Estos autores siempre tuvieron claro —en el antiguo sistema— el alcance de este tema, acumulación y conexión, con relación a las reglas de competencia.

[42] Para aquilatar la trascendencia de la acumulación procesal (pluralidad homogénea de objetos procesales) y la importancia de un régimen jurídico claro, DE LA OLIVA, Andrés. La conexión en el proceso penal, pp. 1-222. En Chile el paso desde el antiguo proceso penal inquisitivo al proceso acusatorio trajo consigo confusiones conceptuales respecto de cuestiones que no quedaron claramente resueltas. Una de ellas es la relativa al fenómeno procesal de la acumulación de procesos que pervive en el COT y en el CPP, pero pareciera que existe poca consciencia de esto. Basta cotejar las explicaciones concisas pero claras respecto del proceso inquisitivo de FONTECILLA, Rafael. Tratado de Derecho procesal penal, t. I, pp. 219-220, para advertir que no se ha tenido en cuenta este fenómeno y sus alcances no solo en materia de competencia, sino aún más importante, como configuración de un procedimiento penal con pluralidad de objetos y la necesidad de su tratamiento procesal en infinidad de materias. ROXIN, Claus y SCHÜNEMANN, Bernd. Derecho procesal penal, pp. 102 y ss, y 248-249, ponen de relieve aspectos jurídicos críticos sobre este tema.

final una regulación débil que oscurece la trascendencia general del tema. Esta desregulación ha eclipsado la importancia de la acumulación procesal respecto de cuestiones como las relativas al objeto u objetos de las resoluciones judiciales o las tocantes a la amplitud objetiva de la cosa juzgada y el alcance del efecto anulatorio de los recursos.

Esta falta de claridad conceptual sobre este mismo tema ya provocó estragos prácticos concretos, como aconteció por mucho tiempo con la anulación de sentencias que se dictaban en un procedimiento penal mediante la cual se resolvían pretensiones procesales distintas, y que eran impugnadas por algunas de las partes o respecto de algunas de las pretensiones, casos en los cuales la jurisprudencia por mucho tiempo fue incapaz de interpretar acertadamente los arts. 372 y siguientes del CPP que se referían a la invalidación del juicio oral y la sentencia definitiva, concluyendo que en caso de estimar el recurso había, por fuerza, que invalidar todo el juicio y toda la sentencia. Tal solución era un error grave, que no tenía en cuenta el fenómeno procesal de la acumulación. Tan esencial como tener presente que en ese caso no se puede confundir la sentencia definitiva como documento, que es obviamente única, con la sentencia definitiva como acto procesal de decisión jurisdiccional, que en el caso es plural. En palabras simples, una sola sentencia definitiva, como documento, puede contener más de una sentencia definitiva, entendida esta como decisión jurisdiccional de mérito autónoma contenida en aquella[43].

6. La solución de la Corte Suprema

La Corte Suprema[44], sin embargo, esta vez parece dar con una interpretación adecuada del art. 285.

La Corte Suprema ha intervenido en el mismo proceso penal del que derivan los requerimientos de inaplicabilidad mencionados, a

[43] La falta de regulación clara del CPP causó tantos problemas de orden práctico, que hubo que introducir una reforma legal que despejara finalmente el malentendido.

[44] CHILE, Corte Suprema, rol 68334-2023, 2ª Sala, apelación amparo, 27/04/2023.

propósito de una acción de amparo[45] formulada por uno de los coacusados. Ese coacusado pidió en su momento autorización judicial para ausentarse de la audiencia del juicio oral durante aquellas sesiones que se referían a las acusaciones y pruebas que no le concernían. El Tribunal de Juicio oral rechazó esa petición porque el art. 285 no contempla esta posibilidad en su texto, lo cual además fue confirmado por la Corte de Apelaciones. La Corte Suprema, sin embargo, revocó lo resuelto y acogió el amparo con la siguiente fundamentación:

> "Que tal pesada carga de asistir al juicio durante todo ese tiempo importa que el acusado deba presenciar una parte importante del juicio que versará sobre prueba destinada a acreditar las imputaciones dirigidas contra otros acusados y, por tanto, la exigencia de su presencia no se funda ya en garantizar el ejercicio de su propio derecho de defensa y con ello revestir de legitimidad una eventual sentencia condenatoria en su contra, sino en una mera interpretación literal y formalista del artículo 285 del Código Procesal Penal por parte del Tribunal, lo cual deviene en una restricción de su libertad ambulatoria arbitraria y antojadiza que equivale a una verdadera pena anticipada".

Y en virtud de esta argumentación señala que acoge: "[s]olo en cuanto ordenar al Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, que permita al acusado asistir únicamente a las audiencias de juicio oral en las que se rinda prueba destinada a acreditar las imputaciones que le corresponda, adoptando las medidas necesarias para cumplir con dicho objeto"[46].

La solución a la que arriba la Corte Suprema tiene sustento y mitiga en parte los efectos concretos a que conduce la aplicación del art.

---

[45] En el sistema jurídico chileno la denominación acción de amparo se refiere a una especie de *habeas corpus* que tutela la libertad personal y la seguridad individual, conocido y resuelto en primera instancia por las Cortes de Apelaciones y en segunda instancia por la Corte Suprema. Mediante esta acción se pueden impugnar determinada resoluciones judiciales que afecten estos derechos fundamentales, como en este caso sucedió respecto de la resolución del Tribunal de Juicio Oral que desestimó la petición de ausentarse de la audiencia durante las sesiones en que se iba a conocer de las acusaciones y pruebas que no le incumbían al acusado amparado.

[46] CHILE, Corte Suprema, rol 68334-2023, 2ª Sala, apelación amparo, 27/04/2023.

285. Dice la sentencia que no corresponde hacer una interpretación literal y formalista del precepto, y que cabría entonces imponer un deber de asistencia a la audiencia en aquella parte —sesiones— en que se conocerá de los cargos que se refieren al acusado y se practicará la prueba relativa a aquellos, mediante una interpretación que atienda a los fines de la disposición, como serían garantizar el derecho de defensa y asegurar la legitimidad de la sentencia que se pronuncie en la causa.

Esta vez la Corte Suprema parece intuir correctamente el punto, y con ello avanza una interpretación posible del art. 285 CPP, que compartimos. Aquí sí existe un argumento jurídico procesal de peso para desembarazarse de una interpretación gramatical que se centra en la palabra "toda" y "audiencia", poniendo en cambio el énfasis en el fenómeno jurídico detrás de las puras formas procedimentales, consistentes en comprender el alcance que hay que concederle a la pluralidad de objetos procesales que entraña la acumulación de acusaciones.

Esta interpretación del art. 285 CPP es correcta. Sin embargo, solo podría atenuar el problema en juicios extensos, pero no lo resuelve íntegramente. La eficacia de esta interpretación queda sujeta a ciertos factores. Para que surta un efecto benéfico real se requiere de una organización del juicio oral y de la práctica de la prueba en la que el Tribunal haga valer poderes de dirección formal para determinar el orden de examen de las cuestiones y de la práctica de los medios de prueba. Así, sería fundamental que el Tribunal pudiese —con el acuerdo de las partes o aun sin este— disponer el examen de los medios de prueba que son comunes, vale decir, que se refieren a todos los hechos punibles y partícipes o a una buena parte de ellos, y dejar para un momento distinto aquellos medios de prueba relativos a hechos específicos o a acusados determinados, de modo tal que tenga sentido lo que señala la Corte Suprema, en orden a exigirle comparecencia únicamente durante las sesiones en que se examinarán los medios de pruebas relativos a los hechos que se le imputan al acusado, liberándolo de la asistencia a las demás sesiones[47].

---

[47] GARCÍA, Ramón y FUENTES, Claudio. El surgimiento del case managment y la superación del juez director del proceso: el proceso como reflejo de las exigencias y problemas de nuestra época, pp. 113-147; GARCÍA, Ramón y NÚÑEZ, Raúl. La gestión de casos en los Tribunales Superiores chilenos. Una

Una solución de esta especie puede colisionar con lo dispuesto en el art. 328 CPP, que parece dejar en manos de las partes la determinación del orden en que se practicará la prueba por ellos ofrecida, cosa que no recibe la necesaria matización —al menos explícita— en el art. 292 CPP relativo a la dirección de la audiencia de juicio que le corresponde al presidente de la sala[48], salvo que se vea en la dirección del debate una potestad genérica para organizar la audiencia en los términos que exija la compatibilización de esa organización con una delimitación más adecuada y proporcional del deber de asistencia que la ley impone en el art. 285 CPP.

Por otra parte, incluso existiendo en manos del tribunal una potestad de este tipo, la utilidad de la misma todavía depende de que la causa penal y la prueba admita una organización de la audiencia del juicio oral que permita la minoración sensible del deber de asistencia de los acusados, cosa que no siempre es posible.

---

aproximación teórica desde la perspectiva de la gestión de casos al problema de la (sobre) carga de trabajo y su impacto en la adjudicación, pp. 1-17.

Los autores exponen una aproximación propia del *case managment* del proceso moderno, que bien puede ofrecer apoyo a lo que aquí se sustenta, en cuanto la incorporación de normas procesales que permitan una mejor organización de la actividad probatoria de las partes en el juicio puede generar dinámicas de mayor eficiencia de la actividad procesal y al tiempo potenciar la mejor tutela de los derechos de las partes y, en este caso, del acusado.

[48] Se ha dicho con alguna frecuencia que la opción de dejar en manos de las partes la organización del orden en que se practica su prueba es una cosa que encontraría acogida y sustento en el modelo acusatorio, como por ejemplo mantienen DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristian. Proceso penal, pp. 397-398. El tema es desbordante por su amplitud y complejidad y requiere de muchos matices, partiendo por aquellos relativos a la definición de lo que se entienda por modelos acusatorios y modelos inquisitivos, tanto como la ardua tarea de determinar los elementos esenciales y distintivos que se asignan a cada uno de estos en sus distintas específicas formas históricamente existentes. En particular, esto es especialmente difícil en lo relativo a la producción de prueba y los poderes de dirección formal y material que cabe conferirle al juzgador sobre este tema. En esta línea, por ejemplo, AMBOS, Kai. El principio acusatorio y el proceso acusatorio: Un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica, pp. 49-72; ARMENTA, Teresa. Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América, pp. 19 y ss.

7. La necesidad de modificaciones legales: Regular específicamente el deber de comparecencia para el caso de la acumulación de procesos y de los denominados maxiprocesos, y conceder más poderes de dirección formal a los jueces y tribunales

La doctrina[49] se ha preocupado del surgimiento de los denominados maxiprocesos en sistemas más complejos que el nuestro y las dificultades que plantean. Se pone de relieve la dificultad en la organización de los maxiprocesos y los inconvenientes que pueden estar aparejados a la existencia de estos, asociados a una serie de costos relativos a la eficacia y vigencia de garantías y principios fundamentales del Derecho penal y procesal penal.

Esos inconvenientes son ciertos, sin duda, pero el fenómeno procesal al tiempo parece inevitable y una necesidad que también responde a la preservación de determinados valores jurídicos. La acumulación de acusaciones (pretensiones) en un único procedimiento encuentra sustento en el Derecho procesal chileno —según el art. 274 CPP— en la necesidad de evitar pronunciamientos contradictorios entre asuntos que están vinculados o en la conveniencia de maximizar el rendimiento del esfuerzo probatorio en casos donde las fuentes de prueba son en buena medida las mismas.

Un instrumento destinado a articular las reglas y valores en tensión está en la norma recién citada. El art. 274 en su inciso segundo contempla la posibilidad de que el juez de garantía ordene la separación de acusaciones (desacumulación) contenidas en un solo escrito de acusación, y dicte en consecuencia distintos autos de aperturas de juicio oral, "cuando, de ser conocida en un solo juicio oral, pudiere provocar graves dificultades en la organización o el desarrollo del juicio o detrimento al derecho de defensa, y siempre que ello no implicare el riesgo de provocar decisiones contradictorias".

---

[49] FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, pp. 823-824; CUBILLO, Ignacio. Las causas de conexión penal y su aplicación tras la reforma operada por la ley 41/2015, pp. 41-44 y 55-57. DE LA OLIVA, Andrés. La conexión en el proceso penal, pp. 28-31, alertaba de la importancia y del valor de garantía que tiene la regla general del principio de unidad de objeto en el proceso penal.

Pero si se opta por descartar la separación de acusaciones en autos de aperturas distintos, con el fin de privilegiar otros valores distintos como podría ser la evitación de fallos contradictorios o incluso la economía procesal mediante la unidad del juicio de los asuntos en los que deban practicarse unos mismos medios de prueba, ello no puede hacerse con cargo a los derechos fundamentales de los acusados que quedan sujetos a un deber legal de asistencia absoluto que puede llegar a ser muy gravoso.

Desde este punto de vista vale la pena considerar de *lege ferenda* al menos dos instrumentos específicos. Primero, una disposición que potencie las facultades del juez o tribunal para organizar el juicio oral y disponer el orden de la práctica de la prueba —con audiencia de las partes— especialmente en procesos de cierta envergadura, para hacerlos más eficientes desde el punto de vista de la comparecencia de los acusados y permitir, por ejemplo, que la interpretación que ha hecho la CS pueda tener el rendimiento que se pretende en orden a moderar las consecuencias eventualmente gravosas del deber de comparecencia del acusado[50].

En segundo lugar, se debería considerar la incorporación al CPP de un régimen legal semejante al existente en Italia o Alemania con normas que contemplen excepciones que moderen el deber de asistencia a la audiencia del juicio oral.

En Italia la comparecencia y la intervención del acusado en el juicio se miran en primer lugar desde el ángulo del derecho del acusado a participar en el proceso[51] y, en consecuencia, los efectos de la incomparecencia dependerán de si se trata de una elección voluntaria o si, por el contrario, se debe a la falta de conocimiento o a un impedimento.

Si hay falta de conocimiento efectivo, sin su culpa, se debe proceder a la renovación de la citación a juicio, por aplicación de lo dispuesto en el art. 420 bis. Si la incomparecencia se debe a la absoluta imposibilidad de comparecer que afecta al acusado, se procede conforme lo ordena el art. 420 ter, y el juez ordena el reenvío a una nueva audiencia

---

[50] Nos remitimos a lo apuntado sobre los trabajos relativos al *case managment* en nota 47.

[51] TONINI, Paolo. Diritto processuale penale, pp. 314-315; SIRACUSANO, Delfino. Diritto processuale penale, v. II, pp. 295-300.

y ordena la renovación de la citación. Si la imposibilidad no es absoluta, el juez declara la contumacia del acusado y este es representado en el juicio por el defensor.

Con todo, lo importante es que el acusado puede renunciar a comparecer y sin embargo se puede proceder en su ausencia, entendiéndose representado por su defensor en el juicio, art. 420 bis números 1, 2, 3 y 4. Esto revela un cariz y una configuración distintos de la asistencia y comparecencia del acusado en el juicio, en el que prima el derecho a intervenir en el proceso por sobre un deber legal rígido, que no acoge las diferentes situaciones que se presentan.

La norma del artículo 420 2-ter confirma la flexibilidad normativa. Este precepto dispone que el imputado-acusado que, luego de haber comparecido, se aleja de la sala de audiencia o que, presente en una audiencia, luego no comparece a las sucesivas, es considerado presente y representado por el defensor. Esta norma ofrece un buen ejemplo de la regulación de las distintas formas de comparecencia que contempla la ley, y la distinción que cabe hacer entre comparecencia real y jurídica[52]. Y bien puede la ley modular la comparecencia combinando disposiciones que den un tratamiento matizado según los supuestos y los derechos y valores en juego en cada caso. Es evidente además que con normas como estas el principal problema del art. 285 CPP queda enteramente conjurado.

Esa configuración flexible no pierde de vista, por otro lado, el inconveniente que puede derivar de la ausencia del acusado en la audiencia del juicio, y la necesidad de preservar el valor de la eficacia de las actuaciones procesales, y en particular la actividad probatoria desplegada en aquel. Por esta razón el art. 490 le confiere al tribunal la potestad de disponer la comparecencia coactiva del acusado ausente cuando su presencia sea necesaria para la práctica de un medio de prueba.

En Alemania el § 230 de la Ordenanza Procesal Penal contempla la comparecencia del acusado como un deber legal y presupuesto

[52] ORTELLS, Manuel. La ausencia del imputado en el proceso penal. Consideración especial de la incomparecencia pp. 433-492.

procesal[53]-[54], salvo que exista una excepción legal. Por eso se dice[55] que "(s)i falta el acusado, normalmente el tribunal debe postergar el juicio oral. Si el acusado no está suficientemente disculpado, puede ordenar su comparecencia compulsiva para el juicio oral, o disponer una orden de captura limitada a la duración del juicio oral".

Con todo, la legislación alemana contempla excepciones relevantes. Es así como el juicio oral puede tener lugar en ausencia del acusado en casos de delitos de bagatela o incluso de delitos simples (§§ 232 y 233, respectivamente).

Pero además de estas importantes excepciones, el § 231.2 establece la posibilidad de que el acusado que comparece al inicio de la audiencia, luego de escuchar la acusación, se aleje por su propia voluntad, y sin embargo pueda continuar el juicio en ausencia del acusado, siempre que el juez no considere necesaria su presencia en juicio. Una regla semejante existe para aquellos casos en que el acusado ha provocado su incapacidad para estar presente en juicio de forma intencional. Se entenderá que su presencia no es necesaria para la realización del juicio.

Existe una diversidad de otros supuestos en que el deber de comparecencia en el juicio oral es relativizado en el régimen jurídico alemán[56]. Entre todos ellos cabe poner de relieve la norma prevista en el § 231c, que se refiere exactamente al problema en estudio, esto es, al supuesto de procesos con pluralidad de acusados por hechos distintos en los que estos se ven compelidos a estar presente durante la audiencia del juicio incluso en aquellas partes que no les afecten. En el § 231c alemán la disposición —a diferencia del art. 285 chileno— ofrece un tratamiento excepcional para este supuesto: establece que los acusados se pueden ausentar de aquellas partes del juicio que no les afecten, con la autorización del tribunal[57]. Esta disposición

---

53 ROXIN, Claus y SCHÜNEMANN, Bernd. Derecho procesal penal, p. 255.

54 SCHLÜCHTER, Ellen. Derecho procesal penal, p. 87 y pp. 114-115, como dijimos, estima que el deber de asistencia no es un presupuesto procesal precisamente por la existencia de diversas excepciones legales a este.

55 ROXIN, Claus y SCHÜNEMANN, Bernd. Derecho procesal penal, p. 525.

56 ROXIN, Claus y SCHÜNEMANN, Bernd. Derecho procesal penal, pp. 525-532.

57 ROXIN, Claus y SCHÜNEMANN, Bernd. Derecho procesal penal, pp. 531-532; SCHLÜCHTER, Ellen. Derecho procesal penal, p. 114.

señala exactamente lo mismo que la Corte Suprema concluía en la interpretación del art. 285 CPP.

En consecuencia, como ha quedado demostrado, de *lege ferenda* cabe auspiciar una regulación más completa y matizada del deber de asistencia y comparecencia del acusado en la audiencia del juicio oral. Como mínimo habría que contemplar normas que se hagan cargo de la necesidad de atenuar la rigidez del deber de asistencia, con las excepciones que permitan moderar ese deber, admitiendo la ausencia del acusado en aquella, con autorización del tribunal, cuando su presencia no tenga sentido desde el punto de vista del derecho de defensa del acusado, ni desde el punto de vista del interés público en la eficacia del proceso penal.

También sería muy útil una norma específica para el acusado de acumulación de procesos con pluralidad de acusados, que permitiese —como hace el § 231c— el alejamiento de la audiencia en aquellas partes del juicio que no afectan a un acusado.

Conclusiones

Tras la exposición precedente volvemos a la pregunta inicial: ¿es inconstitucional el deber del acusado a estar presente durante toda la audiencia del juicio oral, en los términos previstos en el art. 285 CPP? La respuesta no puede ser binaria, y merece las siguientes consideraciones.

1) La tesis del Tribunal Constitucional sobre la inconstitucionalidad del art. 285 se sustenta en dos premisas. Primero, que el establecimiento del deber legal de asistencia a la audiencia del juicio oral discurre sobre la consideración de que la disposición representa la forma de asegurar el derecho del acusado de asistir al juicio oral y defenderse en este, pero al mismo tiempo representa un deber, porque también con él se tutela un interés público como es la justa realización del juicio, exento de vicios que puedan afectar su validez, e, incluso, el interés público que existe en la optimización del descubrimiento de la verdad y la evitación de sentencias erróneas. Entiende entonces que el deber legal previsto en el precepto es constitucionalmente legítimo.

Por otra parte, sentada la premisa de legitimidad de una norma como la del art. 285 que impone el deber de asistencia del acusado, la

premisa segunda de la decisión es que la inconstitucionalidad se anida no en la regla puesta por el legislador sino en la omisión de excepciones a aquel deber con disposiciones que relativicen el alcance de ese deber para supuestos como los maxiprocesos con juicios orales extensísimos, de modo que ese deber no se vuelva en un gravamen insoportable para el acusado con afectación sensible de sus derechos fundamentales.

2) De estas dos premisas deriva la conclusión, no declarada explícitamente por el Tribunal Constitucional, de una inconstitucionalidad por omisión, por el silencio relativo del legislador, en los términos expuestos.

3) El tratamiento que da el Tribunal Constitucional a esta inconstitucionalidad por omisión, sin embargo, es la de inaplicabilidad por inconstitucionalidad por comisión (positiva) sobre el precepto legal existente, de una sola palabra de dicho precepto, la voz "toda", con el fin de relativizar el deber de asistencia del acusado, y permitirle a la autoridad jurisdiccional ordinaria que determine la extensión de ese deber. Esta solución plantea dos dudas.

La primera es que con esta técnica parece ser que se quiera eludir el asunto de la inconstitucionalidad por omisión y los medios y formas para tratar esta, pero se puede estar incurriendo en una técnica mediante la cual —sin la debida advertencia— se proceda a reescribir el precepto legal, haciéndolo decir por este medio algo enteramente distinto de lo que decía con la palabra que se "expulsa" por ser ella sola inconstitucional.

Por otra parte, con el intento de reescribir el precepto legal con la expulsión de la palabra "toda" del inciso primero del art. 285, no se consigue, sin embargo, el efecto de relativizar la extensión del deber de asistencia a la audiencia, precisamente por la razón de la naturaleza que tiene la audiencia de juicio, esto es, en cuanto actuación procesal unitaria. Bien se componga de una, de dos o de tres o más sesiones, la audiencia sigue siendo una sola, y ella no deviene en fraccionable por el hecho de eliminar del precepto la palabra "toda". El enunciado legal que dice "[e] l acusado deberá estar presenta durante toda la audiencia" no cambia su valor jurídico por el hecho de ser reescrito por el Tribunal Constitucional: "[e]l acusado deberá estar presente durante la audiencia". Estar presente "durante la audiencia" es lo mismo que estar presente "a lo largo de la audiencia", y esto significa estar presente durante todas sus sesiones, y no en algunas, en la mitad o en un tercio. Menos se puede concluir que

la reescritura del precepto habilite al juez —que quede investido de la potestad— para establecer excepciones no contempladas en la disposición legal, cuestión que por lo demás los ministros Fernández, Pozo y Letelier, advierten y deslizan en su prevención.

4) Tiene más provecho técnico para la interpretación del deber de asistencia del art. 285 CPP atender al fenómeno jurídico procesal que en estos supuestos está operando normalmente: la acumulación procesal. La importancia de considerar la relevancia de la acumulación procesal y la pluralidad de objetos para hacer una interpretación más adecuada del precepto, tal como hizo la Corte Suprema intuyendo el camino más adecuado desde el punto de vista procesal, cuando se pronuncia en el recurso de amparo de 27 de abril de 2023, rol 68334-2023.

Cabe auspiciar entonces una forma de interpretar la expresión "durante toda la audiencia", como "durante toda [la parte de] la audiencia que se refiera a la pretensión acusatoria y pruebas que le conciernen al acusado", siguiendo el criterio de la acumulación de procesos en un mismo procedimiento, de manera que una interpretación racional del deber de asistencia se ciña en principio a los objetos procesales en los que es parte el acusado y no, como es palmario, respecto de aquella [parte de la] audiencia en que se ventila prueba únicamente referida a otros objetos procesales en los que un acusado determinado no posea la calidad de tal.

5) Es efectivo, sin embargo, que esta reinterpretación racional del alcance del precepto no resuelve íntegramente el problema. El diseño legal no contempla normas claras que le aseguren al tribunal las potestades suficientes para organizar el juicio oral de forma eficiente, especialmente en juicios complejos, con una cantidad importante de prueba y con una pluralidad de acusados. Son insuficientes por otro lado las escasas disposiciones legales que se ocupan del fenómeno de la acumulación y desacumulación —unión y separación de acusaciones—, y con ellas no es posible responder adecuadamente a dichos procesos (a menudo calificados como maxiprocesos).

6) De *lege ferenda* cabe evaluar la introducción de disposiciones que regulen la comparecencia-asistencia del acusado de forma íntegra y con los matices y excepciones necesarias, en las cuales se parta de la base de conjugar el derecho de asistencia y defensa del acusado, el presupuesto de validez que implica la comparecencia del acusado y el

interés público envuelto en esto que hace del mismo un deber legal, con los casos en que la flexibilización de la asistencia no afecta la esencia del deber de asistencia, y consienta la articulación adecuada con los derechos fundamentales afectados por una extensión desmesurada de dicho deber.

Bibliografía citada

ACOSTA SÁNCHEZ, José. *Formación de la constitución y jurisdicción constitucional*, Madrid: Tecnos, Madrid, 1998.

AMBOS, Kai. El principio acusatorio y el proceso acusatorio: Un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica. In BACHMAIER WINTER, Lorena (coordinadora). *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2008.

ARMENTA DEU, Teresa. *Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2012.

BULNES ALDUNATE, Luz. La inconstitucionalidad por omisión. *Estudios Constitucionales*, Santiago, vol. 4, N° 1, 2006, pp. 251-264.

CUBILLO PÉREZ, Ignacio José. Las causas de conexión penal y su aplicación tras la reforma operada por la Ley 41/2015, *Revista Estudios de Deusto*, Bilbao, vol. 65/2, 2017, pp. 39-83. https://doi.org/10.18543/ed-65(2)-2017pp39-83

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *La conexión en el proceso penal*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1974.

DEL RÍO FERRETTI, Carlos. *Los poderes de decisión del juez penal*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2009.

DEL RÍO FERRETTI, Carlos. Cuatro reflexiones a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional, rol 2330-12-INA, *Revista chilena de Derecho y Ciencias penales*, Santiago de Chile, V.II, N° 2, pp. 97-120, 2013.

DUCE JULIO, Mauricio y RIEGO RAMÍREZ, Cristián. *Proceso penal*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, (traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohíno, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés), 1995.

FONTECILLA RIQUELME, Rafael. *Tratado de Derecho procesal penal*, t. I, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1978.

FONTECILLA RIQUELME, Rafael. *Tratado de Derecho procesal penal*, t. II Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1978.

FUENTES MAUREIRA, Claudio y GARCÍA ODGERS, Ramón. El surgimiento del case managment y la superación del juez director del proceso: el proceso como reflejo de las exigencias y problemas de nuestra época, *Revista de Derecho, Universidad de Concepción*, Concepción, n° 248, pp. 113-147, 2020. http://dx.doi.org/10.29393/rd248-14scrg20014

GARCÍA ODGERS, Ramón y FUENTES MAUREIRA, Claudio. El surgimiento del case managment y la superación del juez director del proceso: el proceso como reflejo de las exigencias y problemas de nuestra época, *Revista de Derecho, Universidad de Concepción*, Concepción, n° 248, pp. 113-147, 2020. http://dx.doi.org/10.29393/rd248-14scrg20014

GARCÍA ODGERS, Ramón y NÚÑEZ OJEDA, Raúl. La gestión de casos en los Tribunales Superiores chilenos. Una aproximación teórica desde la perspectiva de la gestión de casos al problema de la (sobre) carga de trabajo y su impacto en la adjudicación, Revista Justicia y Derecho, Universidad Autónoma de Chile, Santiago de Chile, volumen 7-1, pp. 1-17, 2023. https://doi.org/10.32457/rjyd.v7i1.2394

GAROFOLI, Vincenzo. *Istituzioni di diritto processuale penale*. Milano: Giuffrè, 2006.

GÓMEZ ORBANEJA, Emilio. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. I, Barcelona, Bosch, 1947.

LÓPEZ LÓPEZ, Osvaldo. *Derecho procesal penal chileno*, Santiago de Chile: Ediar Editores, 1983.

MATURANA MIQUEL, Cristián y MONTERO LÓPEZ, Raúl. *Derecho procesal penal*, t. I, 3ª. edición, Santiago de Chile, Librotecnia, 2017.

MONTERO LÓPEZ, Raúl y MATURANA MIQUEL, Cristián (2017): *Derecho procesal penal*, t. I, 3ª. edición, Santiago de Chile, Librotecnia, 2017.

NÚÑEZ OJEDA, Raúl y GARCÍA ODGERS, Ramón. La gestión de casos en los Tribunales Superiores chilenos. Una aproximación teórica desde la perspectiva de la gestión de casos al problema de la (sobre) carga de trabajo y su impacto en la adjudicación, *Revista Justicia y Derecho, Universidad Autónoma de Chile*, Santiago de Chile, volumen 7-1, pp. 1-17, 2023. https://doi.org/10.32457/rjyd.v7i1.2394

NÚÑEZ VÁSQUEZ, J. Cristóbal. *Tratado del proceso penal y del juicio oral*, t. I Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2003.

NÚÑEZ VÁSQUEZ, J. Cristóbal. *Tratado del proceso penal y del juicio oral*, t. II Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2003.

ORTELLS RAMOS, Manuel. La ausencia del imputado en el proceso penal. Consideración especial de la incomparecencia, *Revista de Derecho procesal Iberoamericana*, Madrid, N° II-III, abril-septiembre, 1978.

PEREDO ROJAS, Marcela. *Hacia la configuración de la omisión como vicio de inconstitucionalidad, su posible control y sanción en el ordenamiento jurídico constitucional chileno*. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2020.

RIEGO RAMÍREZ, Cristián y DUCE JULIO, Mauricio. *Proceso penal*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.

ROXIN, Claus y SCHÜNEMANN, Bernd. *Derecho procesal penal* (29° edición, Buenos Aires: Ediciones Didot (traducción de Mario Moretti y Darío Rolón), 2019.

RUAY SÁEZ, Francisco Alberto. Inconstitucionalidad por omisión y paradigma neoconstitucional: los peligros de un exceso hermenéutico, *Revista Jurídica Digital, Universidad de Los Andes*, Santiago de Chile, volumen 6/1, pp. 81-96, 2022. https://doi.org/10.24822/rjduandes.0601.5

SCHÜNEMANN, Bernd y ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal* (29° edición, Buenos Aires: Ediciones Didot (traducción de Mario Moretti y Darío Rolón), 2019.

SCHLÜCHTER, Ellen. *Derecho procesal penal* (revisión traducción Iñaki Esparza Leibar y Andrea Planchadell Gargallo) Segunda edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

SIRACUSANO, Delfino. *Diritto processuale penale*, v. II (con Galati, Tranchina y Zappalà), Milano: Giuffrè, 2011.

TONINI, Paolo. *Diritto processuale penale*, 3ª. edición, Milano: Giuffrè, 2005.

VERDUGO RAMÍREZ, Sergio. Inconstitucionalidad por omisión del legislador, *Revista Actualidad Jurídica*, Santiago de Chile, tomo I (enero), pp. 373-396, 2009.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio. Los remedios de la inconstitucionalidad por omisión, *Justicia Electoral*, Ciudad de México, N° 16, Cuarta Época, julio-diciembre, pp. 195-271, 2015.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il giudice delle leggi artefice del diritto*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007.

ZAPATA LARRAÍN, Patricio. *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Parte general*, Santiago de Chile: Biblioteca Americana, 2002.

Authorship information

Carlos del Río Ferretti. Profesor titular de Derecho procesal de la Universidad Nacional Andres Bello (Chile). Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Universidad Central (Chile), y doctor en Derecho por la Universidad de Valencia (España). carlos.delrio@unab.cl

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

Acknowledgement: Agradezco a Sebastián Ríos Alvarado, licenciado en Derecho y abogado, por su colaboración con la revisión formal de la bibliografía y de las notas a pie de página.

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.

Data Availability Statement: In compliance with open science policies, all data generated or analyzed during this study are included in this published article.

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

- Submission: 08/04/2025
- Desk review and plagiarism check: 22/04/2025
- Review 1: 12/05/2025
- Review 2: 16/05/2025
- Preliminary editorial decision: 17/09/2025
- Correction round return: 12/10/2025
- Final editorial decision: 13/10/2025

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Reviewers: 2

How to cite (ABNT Brazil):

DEL RÍO FERRETTI, Carlos. La presencia del acusado durante toda la audiencia de juicio oral. Una interpretación procesal de la inconstitucionalidad por omisión del art. 285 CPP. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 11, n. 3, e1217, set./dez. 2025. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v11i3.1217

License Creative Commons Attribution 4.0 International.

Cartografia das competências ministeriais e judiciais na recusa de oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal no sistema acusatório brasileiro

Cartography of prosecutorial and judicial legal competences in the refusal of offering a Non-Criminal Prosecution Agreement in the Brazilian accusatory system

Ivan Xavier Vianna Filho[1]
Pesquisador independente, Curitiba, PR, Brasil
ivan@xvbm.com.br
http://lattes.cnpq.br/6027648283553531
https://orcid.org/0009-0007-3446-9332

Matheus Felipe Manika[2]
Pesquisador independente, Curitiba, PR, Brasil
matheus.manika@xvbm.com.br
http://lattes.cnpq.br/5765087375927373
https://orcid.org/0000-0002-1216-1915

Resumo: O artigo investiga e traça uma cartografia das competências ministeriais e judiciais na recusa de oferecimento de Acordo de Não Persecução Penal no Brasil, através da análise da repartição de competências atribuídas pela Lei 13.964/2019 ao Ministério Público e ao Poder Judiciário. A identificação das competências privativas tem por fio condutor a submissão dos atores institucionais ao regime jurídico

[1] Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Federal do Paraná. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Ex-Juiz de Direito no Paraná. Advogado.

[2] Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Pós-graduado em Processo Penal pela Universidade de Coimbra, em colaboração com o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Advogado.

constitucional do sistema acusatório e visa a garantir ao investigado ou acusado segurança jurídica no enfrentamento de eventual usurpação de competência. Dentre os temas e desafios no exame da cisão de competências, destacam-se o dever-poder ministerial ao seu oferecimento do acordo, a compulsória remessa dos autos à instância revisora do *parquet* após a recusa do agente oficiante em primeiro grau, a sobrevinda de modificação normativa favorável ao investigado e as consequências da inobservância do dever de fundamentação exauriente do pronunciamento do Ministério Público para a recusa do instituto.

Palavras-chave: Acordo de Não Persecução Penal; Sistema acusatório; Competências; Previsibilidade.

Abstract: *The article investigates and maps out the prosecutorial and judicial legal competences in refusal of offering Non-Criminal Prosecution Agreements in Brazil, through the analysis of the distribution of legal competences attributed by the Law 13.964/2019 to the Public Ministry and the Judiciary. The identification of exclusive legal competences is guided by the submission of institutional parts to the structuring constitutional precept of the accusatory system that aims to guarantee the investigated or accused the predictability in confronting possible usurpations of legal competences. Among the themes and challenges in the examination of the division of competences, the ministerial duty-power to offer the agreement, the compulsory referral of the case to the reviewing instance of the prosecution after the refusal of the officiating agent in the first instance, the occurrence of a normative modification favorable to the investigated and the consequences of the failure to observe the duty to exhaustively justify the Public Prosecutor's statement for the refusal of the institute stand out.*

Keywords: *Non-Criminal Prosecution Agreement; Accusatory system; Legal competences; Predictability.*

INTRODUÇÃO

O problema ora apresentado é próprio do campo jurídico, situado – e sitiado – entre diversos territórios hermenêuticos, técnicos e conceituais de difícil elucidação, acesso ou desbravamento. O sistema

acusatório brasileiro, que exige um compromisso epistemológico, normativo, axiológico e técnico, ainda é um espaço-conceitual em desenvolvimento e não alcançou, na comunidade jurídica e nas instituições pátrias, assentamento, localização, aplicação e definitividade precisos e plenos. Sem embargo, é preciso delimitar um espaço-conceitual comum e prévio que permita o esquadrinhamento e estudo do objeto de pesquisa. Por isso, antes de focar diretamente o tema, algumas considerações metodológicas mostram-se necessárias.

A Cartografia é arte e ciência antiga, desenvolvida há milênios pelo esforço de vários povos que almejavam localizar, guiar, delimitar e representar um determinado espaço. Seu objeto principal é a transposição do real apreensível pelo cartógrafo para um outro plano representativo, regrado, porém fictício, de um mapa [3]. O mapa, por natureza, não contém o real, mas revela e materializa a realização de sua metrificação e representação morfológica, geológica, social, política, filosófica e, quiçá, como aqui se pretende, jurídica. Sua natureza adaptável, reversível, pretensamente tradutora do real e suscetível das mais amplas modificações favorece, portanto, o objetivo que persegue [4]. Nas palavras de Maturana e de Varela "todo ato de conhecer traz um mundo às mãos, [...] todo fazer é conhecer, todo conhecer é fazer" [5].

Cuida-se, portanto, de utilizar o método cartográfico para representar o espaço-conceitual do sistema acusatório, com suas divisões, lugares comuns e particulares de cada um dos atores envolvidos – acusador, defensor e julgador – e localizar nesse mesmo espaço o instituto do Acordo de Não Persecução Penal. O objetivo, no entanto, não se confunde com a investigação do lugar do acordo no sistema de justiça penal negociada, seu impacto sociológico ou político criminal. O desiderato restringe-se ao escopo específico da investigação: a

---

[3] NUNES, Mônica Balestrin. Cartografia e paisagem: o mapa como objeto de estudo. *Revista do Instituto de Estudos Brasileiros*, São Paulo, Brasil, n. 65, p. 96–119, 2016. p. 98 e 99.

[4] DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *Mil platôs*. Capitalismo e esquizofrenia. Vol. 1. São Paulo: Editora 34, 1995. p. 22.

[5] MATURANA, H.; VARELA, F. *El arbol del conocimiento: las bases biológicas del conocimiento humano*. Madrid: Debate, 1990. p. 21.

identificação de como as atribuições ministeriais e judiciais operam e devem operar nesse espaço, notadamente no caso da recusa de oferta de acordo ao destinatário.

Delimitado o âmbito de abrangência, o problema de fundo e o problema específico, o artigo pretende demonstrar que, presentes os seus pressupostos, a oferta de acordo de não persecução penal encerra autêntico dever-poder do Ministério Público. Essa é a base teórica e o ponto de partida das atribuições ministeriais no sistema acusatório. Logo, impõe-se o reconhecimento de um regime jurídico a que se sujeita a atuação ministerial, com particular atenção aos conceitos indeterminados estabelecidos pelo legislador.

Na sequência, incursionar-se-á nos desafios limítrofes e práticos para a aplicação do sistema acusatório, diante da recusa de oferecimento do acordo de não persecução penal. Em especial, no controle jurisdicional da recusa do agente ministerial oficiante em primeiro grau – obrigado a fundamentá-la de modo exauriente –, mesmo diante da sobrevinda de modificação normativa favorável ao acusado, e na consequente e compulsória remessa dos autos à instância revisora do *parquet*.

Ao fim, demonstrar-se-á a cisão de atribuições ministeriais e judiciais no caso de recusa da oferta do instituto ao beneficiário.

1. O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO OBJETO CARTOGRÁFICO: CONSIDERAÇÕES PREAMBULARES

O Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 13.964/2019, regulamentado pelo art. 28-A, do Código de Processo Penal. O instituto inovou o sistema processual penal brasileiro, embora fosse uma nova espécie do gênero

justiça penal negociada, até então circunscrita às previsões dos arts. 76 e 89, da Lei 9.099/1995 [6], e 4º, § 4º, da Lei 12.850/2013 [7].

Apresenta características comuns à transação penal, especialmente no que concerne ao momento de sua celebração, aos requisitos para seu oferecimento e à dinâmica da iniciativa de proposta de solução consensual.

Malgrado a inclusão do ANPP no CPP fosse novidade em 2019, a bem da verdade, ela apenas positivou a pioneira Resolução n.º 181/2017, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), encerrando, assim, o profícuo debate sobre a sua constitucionalidade, então questionada, ao fundamento segundo o qual o Ministério Público não teria atribuição para estabelecer hipóteses em que pudesse se abster da persecução penal [8].

Com o advento dessas manifestações – inicialmente administrativa ministerial e, após, legislativa –, o ordenamento rompeu a barreira quase septuagenária da obrigatoriedade da ação penal e disponibilizou um novo

---

[6] Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta....

§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência...

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

[7] Art. 4º. O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:... § 4º. Nas mesmas hipóteses do caput deste artigo, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se a proposta de acordo de colaboração referir-se a infração de cuja existência não tenha prévio conhecimento e o colaborador: I – não for o líder da organização criminosa; II – for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

[8] BARROS, Francisco Dirceu; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira; CUNHA, Rogério Sanches; SOUZA, Renee do Ó. (org.) *Acordo de Não Persecução Penal. Resolução 181/2017 do CNMP*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 23.

instrumento ao Ministério Público, autorizando-o a se abster de propor ação penal em determinadas circunstâncias, mesmo que presentes os pressupostos para tanto (possibilidade jurídica do pedido, legitimidade da parte, interesse de agir e justa causa).

A inspiração para edição dos comandos, administrativo e legislativo, foi a discussão sobre a aplicabilidade do princípio da oportunidade na hipótese de o investigado, indiciado ou denunciado cumprir determinadas obrigações acordadas e ter a sua punibilidade extinta [9].

O debate acerca das eventuais e benéficas implicações do princípio da oportunidade no ordenamento jurídico brasileiro adveio do seu papel central na tradição jurídica da *common law* estadunidense, na qual o *plea bargain* é amplamente utilizado pelo Departamento de Justiça como meio de concretização da política criminal [10].

O regime jurídico instituído pelo legislador brasileiro – que estabeleceu pressupostos estritos para a oferta do acordo – confere acerto à formulação adotada pela tradição jurídica portuguesa, que concebeu o princípio da legalidade aberta na aplicação de medidas despenalizadoras e/ou que consagram a contratualização do direito e do processo penal, na medida em que se consolidou como conceito intermediário entre o princípio da legalidade, de obrigatoriedade da instauração do processo penal, e o princípio da oportunidade, como concepção generalizada de justiça penal negociada [11].

Sob a ótica da crise do sistema criminal enfrentada no Brasil, o que acarreta, entre outras consequências, encarceramento recorde [12] e insuperáveis dificuldades materiais, humanas e logísticas para implementação

---

[9] FRANCO, Paulo Alves. *Lei anticrime comentada artigo por artigo: Lei n° 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Leme: Imperium Editora, 2020. p. 165.

[10] FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph. A History of plea bargaining in America*. Stanford: Stanford University Press, 2003. p. 40-42.

[11] SILVA, Germano Marques da. *Curso de Processo Penal – Noções Gerais, Elementos do Processo Penal*. Lisboa: Verbo, 6ª ed. 2010. p. 90-91.

[12] Com 832 mil presos, Brasil tem maior população carcerária de sua história. Folha de São Paulo. Edição de 20 de julho de 2023. Brasil. Acesso em fevereiro de 2025. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2023/07/brasil-tem-832-mil-presos-populacao-carceraria-e-maior-que-a-de-99-dos-municipios-brasileiros.shtml.

do instituto do juiz de garantias [13], é certo que a introdução do ANPP no ordenamento amoldou-se ao paradigma do processo penal consensual [14], como meio de mitigar mazelas históricas, sociais e, principalmente, institucionais do sistema de Justiça Criminal.

Sob essa nova arquitetura, o instituto objetivou, inicialmente e a par de outras finalidades, (a) ofertar resposta estatal para equacionar os problemas derivados dos crimes de menor potencial ofensivo, (b) garantir a economia de recursos públicos, humanos e materiais, na administração da justiça penal, (c) diminuir a demanda do Poder Judiciário e (d) criar mecanismos eficientes e alternativos ao regime punitivo [15].

O caráter negocial da novel categoria colocou o Ministério Público, *dominus litis* e responsável pelo oferecimento e celebração do acordo, em posição de protagonismo no campo da política criminal brasileira, porquanto, diferentemente do que se previa outrora, houve extraordinário aumento do número de ilícitos sujeitos à disciplina do ANPP [16].

Apesar do relevo da atuação ministerial, o ANPP não dispensou – e nem poderia, em face do princípio da inafastabilidade de recurso ao Judiciário, encartado no art., 5º, XXXV, da Constituição Federal – o controle judicial, seja no exame dos requisitos para sua formalização, seja no que concerne ao conteúdo de suas cláusulas.

Há, portanto, um liame de competências entre a atuação institucional do Ministério Público, cuja atribuição é a de propor o acordo ao investigado ou denunciado, e do Poder Judiciário, que detém a prerrogativa de aferir a legalidade do acordo.

---

[13] FERREIRA E FERREIRA, T. Quem tem medo do Juiz das Garantias? Uma análise acerca dos reais obstáculos ao sistema acusatório. *Boletim IBCCRIM*, v. 28, n. 334, p. 24–27, 2023.

[14] OLIVEIRA, Rafael Serra. *Consenso no processo penal: uma alternativa para a crise do sistema criminal.* Coimbra: Almedina, 2015. p. 126.

[15] CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote anticrime: Lei 13.964/2019: comentários às alterações no CP, CPP e LEP*. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 128.

[16] SCHIETTI CRUZ, Rogerio.; MONTEIRO, Eduardo M. N. Acordo de Não Persecução Penal (ANPP): aspectos gerais e observações sobre a confissão extrajudicial. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, vol. 10, n. 1, 2024. p. 6-7.

Logo, revela-se necessária a identificação, clara e precisa, dos limites da atribuição de cada um dos atores – Ministério Público e Judiciário –, para submeter o acordo ao regime jurídico constitucional, notadamente quando o oferecimento do ANPP é negado ao investigado.

O estudo versando a recusa da oferta do acordo põe em realce a compulsória obediência ao sistema acusatório, que (a) exige rígida distribuição dos misteres de acusar, defender e julgar, bem como (b) distingue e concede atribuições específicas a cada um dos atores institucionais, em atenção à estruturação do Estado Democrático de Direito e do próprio conceito de República.

Em última análise, a cartografia de tais competências atende ao compromisso de proteger os direitos fundamentais do investigado, indiciado ou denunciado, que, alvo da persecução penal, precisa vislumbrar um mínimo de previsibilidade na atuação ministerial e judicial.

2. SISTEMA ACUSATÓRIO: O DEVER-PODER DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE OFERECER ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O ordenamento jurídico pátrio recepcionou, inequivocamente, o sistema acusatório no processo penal e embora não conte com previsão explícita na Carta de 1988, não era difícil constatar que o sistema inquisitorial, vigente até então, era, de fato, incompatível com o Estado Democrático de Direito [17].

Objetivando contemplar, expressamente, o princípio no ordenamento, a Lei n.º 13.964/2019 inseriu o art. 3º-A, no CPP, que, submetido ao controle concentrado pelo STF [18] teve a sua constitucionalidade reconhecida e assegurada a sua eficácia imediata, encerrando, assim, os debates a respeito da natureza do sistema processual penal adotado pelo sistema pátrio.

---

[17] GARCETE, Carlos Alberto. *Sistemas jurídicos no processo penal: uma compreensão a partir da civil law e common law, os transplantes jurídicos e os sistemas inquisitório, acusatório e adversarial*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2022. p. 89.

[18] Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.º 6.298, 6.300 e 6.305.

Em que pese louvável a previsão normativa explícita, a própria análise conjugada das regras estruturantes do processo penal já evidenciava, semântica e pragmaticamente, a união dos postulados fundantes do sistema acusatório, entre os quais (a) a privatividade do exercício da ação penal pública pelo Ministério Público e (b) a garantia aos acusados dos princípios do devido processo legal, da ampla defesa, da paridade de armas, do contraditório, da presunção de inocência e do julgamento por juiz competente e imparcial [19].

A subordinação do processo penal brasileiro ao sistema acusatório importa reconhecer, ainda, que o protagonismo ministerial na aplicação da política criminal se estende, também, ao âmbito extraprocessual, em especial, à seara negocial no oferecimento de ANPP.

Do exame do texto do art. 28-A, do CPP, infere-se haver cisão estrutural de competências entre o Ministério Público e o Judiciário: ao *parquet* cabe o poder-dever – como protagonista da política criminal – de oferecer o acordo ao investigado ou denunciado, se e quando presentes os pressupostos para tanto, e ao Magistrado compete o controle jurisdicional, veiculado na decisão que homologará ou não o acordo proposto [20].

Trata-se, por conseguinte e na verdade, de um dever-poder, porque na precisa lição de Santi Romano:

> ...un derecho, así como también un poder, que fuese al mismo tiempo un deber, no sería ya un derecho o un poder, porque una cosa no puede ser lo contrario de ella. La verdad es que un poder puede implicar deberes, pero que afecten no a tol él, sino solamente a él en algún momento y en alguna dirección de él y, por tanto, sin coincidir con él. Por ejemplo, el Estado puede tener el deber de ejercitar un poder suyo, pero cuando lo ejercita, tal poder se determina libremente en relación a su contenido, que implica siempre un señorío de voluntad. Por el contrario, se puede ser libre para ejercitar o no una función, pero si se la ejercita, se podrá tener el deber de ejercitarla en un determinado sentido, tomando

[19] PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais.* 4ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 195.

[20] CAVALCANTE, André Clark Nunes; LIMA, Antônio Edilberto Oliveira; PINHEIRO, Igor Pereira; VACARRO, Luciano; ARAS, Vladimir. *Lei Anticrime comentada*. Leme: J. H. Mizuno, 2020. p. 215.

> en cuenta ciertos intereses, etc. Todavía, en ocasiones, el sujeto de un deber, a fin de cumplir con ese deber, tendrá que ejercitar algún poder suyo: por ejemplo, cuando a ese fin tenga que cumplir un acto jurídico, ya que el cumplimiento de un acto jurídico implica, siempre, el ejercicio de un poder. [21]

Essa visão cresce de importância quando se tem em conta, também, que a competência do *parquet* não o credencia a fazer personalíssimo juízo de conveniência e oportunidade – reservado, em certas situações, apenas ao Administrador Público e ao Legislador – como se dispusesse de um "cheque em branco" a ser preenchido segundo sua particularíssima e subjetiva convicção.

O promotor natural não dispõe, assim, da faculdade de oferecer ou não o ANPP ao investigado, indiciado ou acusado se a situação destes se subsumir ao arquétipo legal. Aí, o poder de que dispõe converte-se em dever e, por isso, impor-se-lhe-á a obrigação de usar o instituto despenalizador.

Ainda nessa linha, o princípio republicano – porque a *res* é pública – impõe o dever de fundamentar suficiente, motivada e esclarecidamente as decisões dos operadores do direito, tanto no campo judicial quanto no administrativo. Ou seja, ao agente ministerial impõe-se a obrigação de declinar as razões em que se assenta o oferecimento ou a recusa do acordo, sob pena de extravagante aceitação do princípio da convicção íntima, próprio do sistema inquisitório e só aceito, no processo penal brasileiro, nos julgamentos do conselho de sentença do Tribunal do Júri.

Por isso, recusada a oferta do instituto ao investigado, por parecer fundamentado do agente ministerial, é interditada ao Judiciário a determinação de propositura de acordo, porque a consequência de sua discordância é o dever de encaminhar os autos para apreciação ministerial em superior instância, à luz da previsão do disposto do § 14, do art. 28-A, do CPP [22].

---

[21] ROMANO, Santi. *Fragmentos de un diccionario juridico*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1964. p. 347.

[22] Art. 28-A... § 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos ao órgão superior, na forma do art. 28 deste Código.

Sem embargo da certeza de se tratar de dever-poder do *parquet* de propor o acordo ao investigado ou denunciado, caso presentes os requisitos legais, a cláusula aberta, prevista no *caput* do art. 28-A [23], exige que a aplicação do instituto seja "necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime".

Sucede que os signos necessidade e suficiência para reprimir e prevenir a prática de ilícitos, na esteira da previsão da parte final do *caput*, do art. 59, do Código Penal, constituem conceito jurídico indeterminado, o que demanda acurada reflexão pelos operadores do direito.

De há muito, Eros Grau já sustentava que o arsenal de significados e sentidos contidos na indeterminabilidade dos conceitos linguísticos veiculados pelas normas é favorável ao intérprete e advertia para os riscos dessa abertura. Veja-se:

> A suposição da existência de apenas uma definição verdadeira – exata – é insatisfatória no âmbito do Direito. Não há nele, uma definição exata de qualquer termo conceitual, mas sempre um elenco de significações, de cada termo, conversível em elenco de definições corretas. Vimos já que, no Direito, para cada problema podem ser discernidas inúmeras soluções, nenhuma delas exata, porém todas corretas. O dinamismo e a complexidade da realidade social reclamam a disponibilidade de um arsenal de soluções corretas a serem adotadas pelo aplicador do Direito. De outra parte, em razão das mesmas causas acima referidas – complexidade e dinamismo da realidade social – a prisão do aplicador do Direito a uma concepção ontológica unidimensional torna-se também insatisfatória. [24]

Sem dúvida, a envergadura do desafio hermenêutico, sobre o qual, a propósito, se debruçaram atentamente a filosofia e a teorias jurídicas do século XX, permanece em debate.

---

[23] Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:...

[24] GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas.* São Paulo: Revista dos tribunais, 1988. p. 78.

Mesmo diante de propostas convincentes – *v.g.* as de Hans-Georg Gadamer, em *Verdade e Método*, Ronald Dworkin, em *Império do Direito* e Herbert Hart, em *Conceito de Direito*, o tema ainda é aporético.

Nesse âmbito, o método utilizado pelos intérpretes para definir o objeto hermenêutico e dele extrair o sentido necessário para a tomada de decisão constitui o cerne da ciência jurídica, como já havia constado muito antes Tércio Sampaio Ferraz Jr:

> ... o ato interpretativo tem um sentido problemático localizado nas múltiplas vias que podem ser escolhidas, o que manifesta a liberdade do intérprete como outro pressuposto básico da hermenêutica jurídica. A correlação entre estes dois pressupostos, um atendendo a aspectos objetivos e outro a aspectos subjetivos da interpretação, portanto, a correlação entre dogma e liberdade, nos leva a um novo pressuposto, ou seja, o caráter deontológico e normativo da interpretação. A tensão entre dogma e liberdade é, na verdade, uma tensão entre a instauração de um critério objetivo e o arbítrio do intérprete. Ora, no Direito, segue-se, em vista desta tensão, que não apenas estamos obrigados a interpretar (não há norma sem sentido nem sentido sem interpretação), como também deve haver uma interpretação e um sentido que preponderem e ponham um fim (prático) à cadeia das múltiplas possibilidades interpretativas. O critério para entender-se este fim prático é a própria questão que anima a ciência jurídica: o problema da decidibilidade, isto é, criar-se condições para uma decisão possível. [25]

Diante de tal desafio e justamente em razão da "textura aberta" do Direito, os operadores podem incorrer em equívocos graves quando exercem o dever-poder de oferecimento do ANPP.

No Estado Democrático de Direito, o conceito de suficiência e necessidade do acordo para prevenção e reprovação do crime, segundo Rodrigo Sanchez Rios e Victor da Silva Costa, é construído a partir de uma hermenêutica calcada na função do Direito Penal e da pena.

Para estes autores, (a) o castigo como retribuição ou expiação é incompatível com a secularização e o pluralismo inerente à ordem

[25] FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A., 1986. p. 73.

constitucional brasileira, (b) o paradigma razoável e limitado da justiça penal – que preserve a liberdade individual – deve se centrar nos mecanismos de descriminalização e diversificação, para contemplar a intervenção mínima e perseguir a prevenção da criminalidade mais grave, (c) a redação do art. 28-A, do CPP, similar à do art. 59, do CP, presume a identidade de situações absolutamente distintas, eis que a ponderação sobre a pena exercida pelo julgador presume o juízo de culpabilidade do agente, enquanto que o exame sobre a oferta do acordo trata apenas de equivalente funcional da pena, e que (d) o princípio da proporcionalidade seria o parâmetro mais adequado para substituir a cláusula aberta [26].

Exemplo candente, ainda não resolvido pela prática forense brasileira, diz respeito às posições institucionais antagônicas dos Ministérios Públicos estaduais sobre a possibilidade de oferecimento do acordo em casos de homicídios culposos.

Realmente, a gravidade do injusto decorrente do resultado nos tipos penais dessa natureza não é inerente à vontade do agente, razão pela qual a violência deles advinda não poderia ser impeditiva da propositura do acordo, conforme se obstaria por uma apressada leitura do *caput* do art. 28-A, do CPP, para o qual a existência de violência inviabiliza a celebração do ANPP.

Sobre a matéria, após longos debates, o próprio Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça (CNPG) e o Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM), através do Enunciado n.º 23, orientaram os agentes ministeriais à oferta de acordo em casos tais, porquanto a violência descrita pela norma é a da conduta, não a do resultado [27].

---

[26] RIOS, Rodrigo Sanchéz; COSTA, Victor Cezar Rodrigues da. Contributo para a interpretação das finalidades do acordo de não persecução penal: O sentido e o alcance da expressão "reprovação e prevenção" no art. 28-A do CPP. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 191, n. 191, p. 207–233, 2024. p. 226.

[27] Enunciado 23 – É cabível o acordo de não persecução penal nos crimes culposos com resultado violento, uma vez que nos delitos desta natureza a conduta consiste na violação de um dever de cuidado objetivo por negligência, imperícia ou imprudência, cujo resultado é involuntário, não desejado e nem aceito pela agente, apesar de previsível.

Malgrado a aprovação do enunciado pelo Conselho, a orientação ainda rende margem à controvérsia entre o Ministério Público de cada Estado e os Tribunais Superiores, competentes para examinar a matéria definitivamente e promover a uniformização necessária, até o momento não dirimiram a questão.

Cuida-se, induvidosamente, de desdobramento da malfadada concepção de poder-dever concedido ao agente ministerial, a quem o ordenamento teria atribuído ampla discricionariedade.

Entretanto, a indeterminação dos conceitos não pode se converter em instrumento de arbítrio, porque, malgrado o labor hermenêutico ser o de selecionar uma entre as possíveis significações jurídicas, dentro da moldura normativa – como advertiu Kelsen [28] – é certo que o trabalho exegético encontra limites no próprio sistema.

Nesse particular, diante do dissenso, a própria norma disciplinadora do ANPP estabeleceu controle administrativo pelo órgão superior do *parquet* para a atividade ministerial de primeiro grau, conforme dispõe o §14, do próprio art. 28-A, em atenção aos princípios da impessoalidade e da devolutividade do duplo grau de jurisdição.

A referida norma determina que, recusada a oferta de ANPP ao investigado, indiciado ou acusado caberá a remessa dos autos ao Órgão Superior do Ministério Público para que, em nova e fundamentada manifestação, ratifique ou não a opinião do agente cuja decisão é submetida ao seu crivo.

A manifestação ministerial há, pois, de ser fundamentada e suficiente para justificar ou rever a posição do agente que interveio originariamente. Acaso mantida a posição inaugural, não é possível sustentá-la apenas com a reiteração dos argumentos precedentemente alinhados. Impõe-se ao órgão superior o exame do caso concreto, independentemente das razões antes alinhadas, como se fosse o primeiro exame [29].

Tal estruturação normativa circunscreve, administrativamente, a competência do Ministério Público e institui o devido processo legal para

---

[28] KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 5. ed. Coimbra: Arménio Amado. 1979. p. 466.

[29] MESSIAS, Mauro. *Acordo de não persecução penal: teoria e prática*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 41.

o oferecimento do acordo, que regula o dever-poder do *parquet*, garante previsibilidade e segurança jurídica ao interessado e a sua inobservância está sujeita ao controle jurisdicional.

3. OS LIMITES JURISDICIONAIS DA RECUSA DE OFERTA DO ACORDO: COMPULSÓRIA REMESSA DOS AUTOS À SUPERIOR INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO, A SOBREVINDA DE FATOS NOVOS E A FUNDAMENTAÇÃO EXAURIENTE DO CASO CONCRETO

Ao contrário do que ocorre com o regime jurídico do *plea bargain* nos Estados Unidos – no qual (a) o papel do Judiciário tende à inexistência, (b) a centralidade do Promotoria é normalizada e (c) a reserva de jurisdição convive com a assunção de tal competência pelo órgão acusatório [30] –, o ordenamento jurídico brasileiro legou um papel diferente ao Poder Judiciário.

Exigiu como condição para a validade do ANPP a sua homologação judicial e, para tanto, uma série de requisitos objetivos e subjetivos, concernentes (a) à existência de justa causa para a promoção de possível ação penal, (b) haver confissão formal e circunstanciada do cometimento do ilícito pelo investigado, (c) a infração ter pena mínima cominada inferior a 4 (quatro) anos, (d) o crime ter sido praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa, (e) ser suficiente e necessário para a reprovação do delito, (f) à impossibilidade de beneficiar o criminoso habitual, profissional ou o agente beneficiado por acordo nos últimos 5 (cinco) anos[31].

Nesse exame preliminar e homologatório, o Juízo é competente para averiguar, a par dos pressupostos antes aludidos, (a) a voluntariedade do acordo, (b) a legalidade de seu conteúdo, a suficiência, a abusividade

---

[30] HEUMANN, Milton. *Plea Bargain. The experience of prosecutors, judges and defense attorneys*. Chigago: The University of Chigago Pres, 1981. p. 94.

[31] DIVAN, Gabriel Antinolfi; ARARUNA SANTIAGO, Nestor Eduardo. Acordo de Não Persecução Penal como instrumento político-criminal: possibilidades, reconfigurações jurisprudenciais vinculantes e os novos rumos do processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 10, n. 1, 2024. p. 4.

ou a inadequação das cláusulas e (c) determinar o local em que as obrigações pactuadas deverão ser cumpridas [32].

Nesse mesmo diapasão, entretanto, é certo que o devido processo legal de oferta do ANPP admite intervenção judicial que não apenas a circunscrita ao juízo homologatório, realizado em audiência, consoante determinado pelo §4º, do art. 28-A, do CPP.

Ainda na fase de negociação do acordo, quando há recusa de oferta do ANPP pelo agente ministerial oficiante em primeiro grau, surge a primeira hipótese admissível de controle jurisdicional fora do juízo homologatório.

Neste caso, em atenção ao §14, do já citado art. 28-A, do CPP, e se houver pedido do interessado, a decisão denegatória deverá ser submetida ao Órgão Superior do Ministério Público e compete ao Magistrado sob cuja presidência tramitam os autos de oferta do acordo – ou, ainda, os da ação penal – determinar a sua remessa.

A propósito, é incontroverso que o pedido de reexame da recusa ministerial de oferta do ANPP em primeiro grau deve ser endereçado ao Magistrado e diretamente remetido ao Órgão Superior do *parquet*, pois do contrário caracterizaria uma potestade do interessado, imune a fiscalização jurisdicional [33].

A recusa do juiz à remessa dos autos à superior instância do *parquet* em casos que tais é passível de controle jurisdicional, porque a negativa de fazê-la – quando o devido processo legal de oferta do ANPP assim o exige – constitui manifesta usurpação de competência privativa do Ministério Público, além de vulnerar os princípios acusatório e da separação de poderes.

O conceito de sistema acusatório já foi utilizado para compreender a cisão de competências no âmbito da justiça penal negociada, mas sua tônica sempre o foi para criticar a concentração do poder na figura do acusador que, por intermédio da usurpação de competências do juiz

---

[32] JUNQUEIRA, Gustavo ... et al. *Lei anticrime: comentada: artigo por artigo*. São Paulo: Saraiva, 2020. p.153- 165.

[33] CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo de não persecução penal: à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote anticrime)*. São Paulo: JusPODIVM, 2020. p. 173.

[34], transformar-se-ia numa espécie de *juiz às portas do tribunal* [35], capaz de prejudicar, ao fim, a parte mais frágil do processo penal: o acusado [36].

O conceito também se presta a demonstrar a interdição da usurpação de competência privativa do órgão acusatório pelo julgador, porquanto o acusado não poderá se ver compelido à insólita situação na qual lhe tenha sido negada a oferta do acordo e, mesmo irresignado, tenha seu direito de reexame do tema indeferido pelo Magistrado.

Realmente, se o duplo grau de jurisdição administrativa é garantido ao investigado no curso da negociação do acordo, a intromissão do Judiciário, que acarrete a sua supressão, importa indevida e ilegal autoatribuição de competência, de todo incompatível com o sistema acusatório.

A compulsória remessa dos autos à superior instância administrativa constitui, portanto, um autêntico postulado sobre o qual se assentam os direitos fundamentais do possível destinatário do ANPP, cuja aplicabilidade encontra esteio, inclusive e por exemplo, na sobrevinda de fato novo no curso do processo.

Por definição, fatos supervenientes são acontecimentos cronologicamente posteriores a um marco temporal específico e, logicamente, só podem suceder um determinado momento anterior. Denotam a ocorrência de mudança que pode acarretar consequências em um estado de coisas predecessor, inevitavelmente alterado pela ocorrência de fatos novos [37].

Nesse rol, incluem-se (a) as mudanças fáticas – materializadas em provas novas – (b) as alterações legislativas mais benéficas e (c) as alterações jurisprudenciais mais benignas, eis que todas essas situações

---

[34] GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006. p. 103.

[35] DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra editora, 1997. p. 484.

[36] VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. 2. ed. Belo Horizonte: D`Plácido, 2021. p. 179.

[37] DEGENSZAJN, Daniel Raichelis. *Alteração dos fatos no curso do processo e os limites de modificação da causa petendi*. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo. São Paulo. 2010. p. 85.

constituem matéria epistêmica e alteram, invariavelmente, determinada concepção jurídica adotada pregressamente [38].

Assim, se vier a lume alteração fática ou jurídica, posterior ao exame inicial - em primeiro e segundo grau administrativo – do cabimento da oferta de ANPP, constitui direito do investigado, indiciado ou acusado a reanálise do tema diante do fato novo.

A pretensão do interessado pode ser veiculada com base, entre outros fundamentos, no direito de petição [39], assim como ser objeto de deliberação de ofício do Magistrado ou do agente ministerial.

Se se cuidar de *novatio legis in mellius* – por alteração legislativa ou mudança no entendimento dos tribunais –, o fundamento da necessária revisão do juízo de valor acerca do cabimento do ANPP será o princípio da retroatividade de norma penal favorável ao réu, insculpido no art. 5º, XL, da Constituição Federal.

Sobre a *novatio legis in mellius*, uma reflexão mais aprofundada é pertinente, porque os conceitos de lei e norma jurídica não se confundem.

As leis compõem o direito positivo e se materializam num conjunto de enunciados linguísticos e discursivos – sintáticos, semânticos e pragmáticos – cujo caráter é deontológico e prescritivo, e sobre o qual se debruça o hermeneuta, o cientista e/ou o operador do direito.

O grande postulado sobre o qual tal constatação foi estabelecida encontra base na conclusão de Kant, que distinguiu *numenon* e *phaenomenon*. Segundo o autor, embora a razão organize a experiência e seja essencial para o conhecimento, ela tem limites intransponíveis definidos pela própria percepção. A "coisa em si" – *noumenon* – é inacessível ao intelecto e seu status de realidade última por trás da aparência é imperceptível. O limite do conhecimento é, portanto, o da percepção e tudo o que se conhece é o fenômeno (*phaenomenon*) [40].

---

[38] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Coleção Tratado de direito penal.* Volume 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 132.

[39] Constituição Federal. Art. 5º ... XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.

[40] KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. 4ª edição. Petrópolis: Vozes, 2015, p. 251-255.

É tão-somente a partir da leitura do direito positivo que o exegeta é capaz de, a partir do contato com os símbolos linguísticos expressos pelo direito positivo, compatibilizá-los com os princípios que emergem da totalidade do sistema jurídico para formar a norma jurídica.

De fato, os enunciados prescritivos, cuja funcionalidade pragmática é a de prescrever condutas, distinguem-se das normas jurídicas, eis que essas são significações construídas a partir do contato do operado do direito com os textos positivados e são estruturadas através da lógica dos juízos condicionais. Ou seja, das associações entre duas ou mais proposições prescritivas [41].

Em outras palavras, o texto normativo é uma porta de entrada do processo hermenêutico de concretização que, se bem sucedido, culmina na criação da norma jurídica [42].

A norma jurídica é, portanto, o produto da atividade do hermeneuta e se constitui como uma categoria epistemológica que abarca todos os comandos expressos por regras ou princípios, explícitos ou implícitos, escritos ou não, editados por autoridades competentes.

Dito de outra forma, a ordem jurídica é integrada por um sistema de normas gerais e abstratas, editadas pelo poder legislativo, com observância do devido processo legal para sua produção, mas tais regras só ingressam, de fato, no mundo jurídico através de normas individuais e concretas (atos jurídicos de um modo geral, declarações unilaterais de vontade, contratos, atos administrativos, sentenças etc).

É por intermédio destas que as normas gerais e abstratas são individualizadas e ganham concretude.

Na seara penal, especialmente, a subsunção e a aplicabilidade de normas jurídicas estão condicionadas à observância do princípio da legalidade estrita ou da reserva legal, consoante o qual só há crime e/ou pena com prévia lei em sentido estrito que os defina.

A lei em sentido estrito a que se refere o princípio da reserva legal é o produto da atividade do Poder Legislativo, ao qual a Constituição

---

41 CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008. p. 129.

42 MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes.* 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 13.

Federal atribui ou reconhece competência privativa para instituir normas incriminadoras.

Uma das características da lei, de um modo geral e da lei penal, particularmente, é o seu caráter de ultratividade. Vale dizer, só se aplica a situações e fatos ocorridos após o início da sua vigência.

Entretanto, a Constituição Federal e o Código Penal impõem a retroatividade quando a nova lei disciplina o tema versado pela anterior de modo mais favorável ao investigado, indiciado, sentenciado ou condenado.

Caracteriza-se como *novatio legis in mellius* toda a alteração legislativa que crie situação mais favorável a quem se imputa a prática de um ilícito penal.

E essa alteração legislativa pode provir tanto da mudança da lei, em sentido estrito, que veicula normas gerais e abstratas, quanto das normas individuais e concretas, como é o caso de sentenças, atos administrativos, contratos etc.

Por conseguinte, todas as espécies normativas, de que trata o art. 59, da Constituição Federal [43] (regras gerais e abstratas), assim como a interpretação que lhes deem os operadores do direito (regras individuais e concretas) – como súmulas vinculantes, precedentes judiciais e a própria jurisprudência – são aptas a inovar a ordem jurídica, inclusive quando disciplinam situações de modo mais favorável aos acusados.

Assim, a alteração de precedentes judiciais, súmulas, enunciados e da própria jurisprudência, pode caracterizar *novatio legis*, porque por lei, em sentido amplo, se entende tanto o texto escrito que veicula comando geral e abstrato quanto a sua exegese, pelo operador do direito, por força da qual se introduz no sistema regra individual e concreta, como bem pontua Luís Roberto Barroso:

> Se é o Poder Judiciário, e sobretudo o Supremo Tribunal Federal, no sistema brasileiro, o órgão que define em última análise qual é o direito, a modificação do entendimento consolidado da Corte sobre determinada matéria modifica o direito vigente e, sob a perspectiva do cidadão, isso equivale em todos os elementos relevantes, à

[43] Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I – emendas à Constituição; II – leis complementares; III – leis ordinárias; IV – leis delegadas; V – medidas provisórias; VI – decretos legislativos; VII – resoluções.

> alteração do próprio texto legislado... A aplicação do que se acaba de expor ao caso é de singela verificação. A eventual mudança de interpretação por parte do STF na hipótese produz os mesmos efeitos da edição de um novo ato legislativo. Mesmo porque, como já se sublinhou, a norma não se confunde com o texto legislado, sendo na verdade o produto final da interpretação. [44]

Então, se houver *novatio legis in mellius* – seja via regra geral e abstrata, seja por norma individual e concreta – deve retroagir para beneficiar o acusado, por isso, impor-se-á a abertura de vista ao agente ministerial para pronunciar-se sobre o ANPP, não se franqueando ao Magistrado a possibilidade de realização de juízo de valor sobre a oportunidade ou cabimento do oferecimento da proposta de não persecução penal.

Conclusão diversa, adotada ao fundamento de que já houve remessa pregressa para manifestação do *parquet*, viola o sistema acusatório e importa usurpação de competência privativa do órgão ministerial.

Consoante se vislumbra do comando normativo inserto no art. 28-A, não há proibição de discussão do tema ANPP, no âmbito ministerial, mais de uma vez, seja em primeiro ou em segundo grau.

Quatro razões, quando menos, amparam esse ponto de vista, a saber: (a) o prestígio aos princípios da ampla defesa, da separação de poderes, do devido processo legal e da legalidade, (b) o fato de ser juridicamente permitido o que não é objeto de proibição, (c) a circunstância de o administrador pode rever seus próprios atos quando eivados de nulidade [45], e, por fim, (d) o caráter subsidiário da ação penal e o preponderante da consensualização do processo penal.

Nessa toada, há ainda um outro exemplo de controle jurisdicional do devido processo legal no caso de recusa de oferecimento do ANPP:

---

[44] BARROSO, Luís Roberto. Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais. *Revista de Direito do Estado* n. 2, Rio de Janeiro: Renovar, p. 273 e 283.

[45] Súmula 473, do STF – A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

casos de déficit de fundamentação do parecer exarado pelo Órgão Superior do Ministério Público.

Diante da imposição de fundamentação motivada, suficiente e exauriente, decorrente, primeiro, do dever de fundamentação previsto nos artigos (a) 93, IX, da Constituição Federal [46], aplicável ao Ministério Público em razão do princípio da simetria, e (b) art. 43, III, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público [47].

O preenchimento de tais pressupostos – epistemológicos, discursivos e jurídicos – ocorrerá pela oferta de manifestação, pelo agente ministerial responsável, contendo histórico do caso, criterioso exame da matéria fática e jurídica e conclusão [48].

Assim, o parecer ministerial de segundo grau que descumpre tais postulados é passível de anulação judicial, para que um novo parecer seja exarado, pois constitui direito do interessado ser destinatário de manifestação ministerial cujas razões de decidir sejam explícitas, coerentes e reflitam as peculiaridades do caso concreto.

A consequência de tal constatação é que o Magistrado – instado pelo interessado – poderá exercer controle jurisdicional das razões de decidir do agente ministerial, pois seu exame fundar-se-á no cotejo entre essas e as circunstâncias fáticas e jurídicas submetidas à apreciação do *parquet*.

Noutro dizer, se o parecer do Órgão Superior do Ministério Público de segundo grau – chancelando a orientação do de primeiro grau, pelo não oferecimento do acordo ao interessado – estiver dissociado das particularidades do caso concreto, o Poder Judiciário poderá anular o parecer ministerial, com esteio na violação ao preceito constitucional regente da matéria e, também, na contrariedade ao regime estatutário do MP.

---

[46] Art. 93. ... IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

[47] Art. 43. São deveres dos membros do Ministério Público, além de outros previstos em lei:... III - indicar os fundamentos jurídicos de seus pronunciamentos processuais, elaborando relatório em sua manifestação final ou recursal;

[48] DECOMAIN, Pedro Roberto. *Comentários à Lei Orgânica Nacional do Ministério Público: Lei n° 8.625, de 12/02/1993*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 633.

Nenhuma dessas hipóteses de controle jurisdicional confunde-se com as teses de acordo com as quais o (a) interessado tem direito subjetivo ao acordo e (b) o Judiciário não pode compelir o MP a oferecer o instituto.

Conceber o problema nesses termos revela-se equivocado, pois exime o Judiciário do resguardo do devido processo legal de oferta do ANPP.

As hipóteses de controle judicial do devido processo legal de oferecimento do acordo, com o objetivo precípuo de resguardo do sistema acusatório – porquanto vocacionadas a evitar e/ou combater a usurpação de competências – não podem ser fundidas e confundidas com a controvérsia própria do direito público subjetivo do investigado ao ANPP e/ou à prerrogativa do Poder Judiciário de determinação da formalização da avença, posições já adotadas pelo Supremo Tribunal Federal e sobre as quais ainda há amplo debate doutrinário [49].

Sustentar que o oferecimento do ANPP se submete a um devido processo legal e seu oferecimento é um dever-poder do Ministério Público não significa afrontar ou contestar a premissa de que, no regime jurídico brasileiro e pan-americano, existe um direito subjetivo do investigado ao acordo, como consectário do direito fundamental à locomoção e de outros direitos fundamentais conexos, como defendeu Augusto Cesar Leite de Resende [50].

Muito ao contrário. Destacar que o oferecimento do instituto se submete a um regime bem definido de dever-poder do órgão acusatório significa que, além do direito fundamental à locomoção, também o devido processo legal e, consequentemente, o sistema acusatório, encontram-se no suporte fático que permite identificar os direitos fundamentais relacionados ao ANPP [51].

---

[49] VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. O acordo de não persecução penal na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em 2020 e 2021. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 191, n. 191, p. 93–120, 2024. p. 110 e 111.

[50] RESENDE, Augusto César Leite de. Direito (Subjetivo) ao Acordo de Não Persecução Penal e Controle Judicial: Reflexões à Luz da Teoria dos Direitos Fundamentais. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 6, n. 3, p. 1543–1582, 2020. p. 1575 e 1576.

[51] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*.12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 408.

Em resumo, a recusa de oferecimento do acordo, quando presentes todos os seus requisitos, pelo Ministério Público não apenas caracteriza vulneração ao direito à liberdade de locomoção do indivíduo, como defende Resende, mas, também, violação à cláusula do *due process*, contra o que o interessado poderá se insurgir, inclusive se a transgressão combatida tiver por alvo o desrespeito à cisão de competências ínsitas ao sistema acusatório.

De fato, trata-se de reconhecer a competência do Judiciário – cujo controle é inafastável por expressa previsão constitucional – sobre os limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro ao princípio da oportunidade.

Diferente do que se passa nos Estados Unidos, onde 95% dos casos penais são resolvidos mediante um acordo [52], o princípio da oportunidade no Brasil é restrito e se submete, como bem definem os juristas portugueses, ao regime de "legalidade aberta" ou "de soluções legais de oportunidade"[53], identificada pelos critérios hermenêuticos e institucionais que visam a balizar o dever-poder do agente ministerial no exercício de seu protagonismo na justiça negociada.

Trata-se, portanto, de submeter as possíveis concepções subjetivas do agente ministerial (a) às normas interpretativas editadas pelos Órgão Superiores da instituição a qual está vinculado, (b) ao duplo grau de controle administrativo, (c) ao contraditório e ampla defesa do interessado e (d) ao controle jurisdicional, para que a parte mais vulnerável no processo penal não seja vitimada pelo arbítrio do protagonista da justiça penal negociada.

---

[52] ROSS, Jacqueline E. The encrenched position of plea bargaining in United States legal practice. In: THAMAN, Stephen (org.). *World plea bargaining: consensual procedures on the avoidance of the full criminal trial*. Durham: Carolina Academic Press, 2018. p. 107.

[53] CAEIRO, Pedro. Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da "justiça absoluta" e o fetiche da "gestão eficiente". *Revista Do Ministério Público*, Lisboa, v. 84, 2000. p. 31 a 33.

CONCLUSÃO

A cartografia de competências no processo penal sempre foi palco de disputa no Direito Brasileiro. O longo período de hegemonia do sistema inquisitorial – ainda em cizânia e insuperado – impôs dificuldades epistemológicas e político-criminais para a assimilação das distinções entre as competências ministeriais e jurisdicionais.

Até que o modelo adversarial e o sistema acusatório arregimentassem defensores comprometidos com as garantias fundamentais suficientes para lhe configurar como uma alternativa válida ao sistema inquisitório, as fusões e confusões entre as funções de julgar e acusar eram visíveis e irremediavelmente deletérias para o acusado.

A reconfiguração da ordem jurídica promovida pela Constituição Federal de 1988 não foi suficiente, por si, para transformar as práticas e concepções dos integrantes do sistema de justiça criminal acerca dos novos compromissos que os postulados elencados pela Carta Política demandavam.

Após trinta anos, um projeto legislativo – inicialmente idealizado para reprimir mais gravemente a criminalidade – foi utilizado como veículo para a positivação do sistema acusatório no Código de Processo Penal e, mesmo com o pronunciamento do legislador, as concepções ainda não foram de todo reformuladas por agentes ministeriais e membros do Poder Judiciário.

Daí a necessidade de, definindo a qual operador do direito cabe dada atribuição, limitar o poder, o arbítrio, a imprevisibilidade e a insegurança jurídica.

Especialmente no âmbito da justiça penal negociada, quando o poder estatal se submete ao regime do consenso e estão à mesa o Estado-acusação e o cidadão, a disparidade de poder torna-se nítida, exigindo balizas estruturais, objetivas e criteriosas para impedir o subjetivismo e eventuais idiossincrasias.

Para isso, conclui-se que (a) há um dever-poder de oferecimento do acordo, pelo Ministério Público, se presentes os pressupostos para tanto, (b) é compulsório o pronunciamento do *parquet*, de primeiro e segundo graus, neste último caso, a requerimento do interessado, devendo o Magistrado instá-lo a tanto, como medida antecedente à deflagração

ou continuação da ação penal, (c) a sobrevinda de alterações normativas – legais e/ou pretorianas – que, em tese, permitam a oferta de ANPP, impõe ao Magistrado, de ofício ou a requerimento do interessado, o encaminhamento dos autos ao agente ministerial, não se franqueando ao julgador a realização de juízo de valor sobre a conveniência ou oportunidade da possível oferta de ANPP, ainda que a pretexto de existir anterior pronunciamento ministerial em sentido contrário, por incorrer em usurpação de competência, e (d) constitui direito do jurisdicionado e dever das autoridades constituídas a declinação de fundamentação idônea, particular e exauriente, no parecer que examina o cabimento de aplicação do instituto.

Tais conclusões prestigiam o devido processo legal de oferta do acordo e a separação dos misteres de julgar e de acusar, seja na fase pré-processual – quando não deflagrada a ação penal – ou na via processual, quando já oferecida a denúncia.

Portanto, definir as competências ministeriais e judiciais no caso de recusa ao oferecimento do acordo garante (a) a segurança jurídica e previsibilidade aos interessados sobre a atuação do MP e do Judiciário, (b) a utilização dos remédios processuais efetivos para correção de abusos e (c) prestígio aos direitos fundamentais do jurisdicionado.

REFERÊNCIAS

BARROS, Francisco Dirceu; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira; CUNHA, Rogério Sanches; SOUZA, Renee do Ó. (org.) *Acordo de Não Persecução Penal. Resolução 181/2017 do CNMP*. Salvador: Juspodivm, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Mudanças da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar. N. 2, 2006. .

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Coleção Tratado de direito penal*. vol. 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo de não persecução penal: à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote anticrime)*. São Paulo: JusPODIVM, 2020.

CAEIRO, Pedro. Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da "justiça absoluta" e o fetiche da "gestão eficiente". *Revista Do Ministério Público*, Lisboa, v. 84, 2000.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008.

CAVALCANTE, André Clark Nunes; LIMA, Antônio Edilberto Oliveira; PINHEIRO, Igor Pereira; VACARRO, Luciano; ARAS, Vladimir. *Lei Anticrime comentada*. Leme: J. H. Mizuno, 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote anticrime: Lei 13.964/2019: comentários às alterações no CP, CPP e LEP*. Salvador: Juspodivm, 2020.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Comentários à Lei Orgânica Nacional do Ministério Público: Lei n° 8.625, de 12/02/1993*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DEGENSZAJN, Daniel Raichelis. *Alteração dos fatos no curso do processo e os limites de modificação da causa petendi*. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *Mil platôs*. Capitalismo e esquizofrenia. Vol. 1. São Paulo: Editora 34, 1995.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra editora, 1997.

DIVAN, Gabriel Antinolfi; ARARUNA SANTIAGO, Nestor Eduardo. Acordo de Não Persecução Penal como instrumento político-criminal: possibilidades, reconfigurações jurisprudenciais vinculantes e os novos rumos do processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 10, n. 1, 2024. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v10i1.920

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A., 1986.

FERREIRA E FERREIRA, T. Quem tem medo do Juiz das Garantias? Uma análise acerca dos reais obstáculos ao sistema acusatório. *Boletim IBCCRIM*, v. 28, n. 334, 2023.

FISHER, George. *Plea Bargaining's Triumph. A History of plea bargaining in America*. Stanford: Stanford University Press, 2003.

FRANCO, Paulo Alves. *Lei anticrime comentada artigo por artigo: Lei n° 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Leme: Imperium Editora, 2020.

GARCETE, Carlos Alberto. *Sistemas jurídicos no processo penal: uma compreensão a partir da civil law e common law, os transplantes jurídicos e os sistemas inquisitório, acusatório e adversarial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006.

GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1988.

HEUMANN, Milton. *Plea Bargain. The experience os prosecutors, judges and defense attorneys*. Chicago: The University of Chicago Press, 1981.

JUNQUEIRA, Gustavo. *Lei anticrime: comentada: artigo por artigo*. São Paulo: Saraiva, 2020.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. 4ª edição. Petrópolis: Vozes, 2015.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 5. ed. Coimbra: Arménio Amado. 1979.

MATURANA, H.; VARELA, F. *El arbol del conocimiento: las bases biológicas del conocimiento humano*. Madrid: Debate, 1990.

MESSIAS, Mauro. *Acordo de não persecução penal: teoria e prática*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NUNES, Mônica Balestrin. Cartografia e paisagem: o mapa como objeto de estudo. *Revista do Instituto de Estudos Brasileiros*, São Paulo, n. 65, p. 96–119, 2016. https://doi.org/10.11606/issn.2316-901X.v0i65p96-119

OLIVEIRA, Rafael Serra. *Consenso no processo penal: uma alternativa para a crise do sistema criminal*. Coimbra: Almedina, 2015.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RESENDE, Augusto César Leite de. Direito (Subjetivo) ao Acordo de Não Persecução Penal e Controle Judicial: Reflexões à Luz da Teoria dos Direitos Fundamentais. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 6, n. 3, p. 1543–1582, 2020. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i3.347

RIOS, Rodrigo Sanchéz; COSTA, Victor Cezar Rodrigues da. Contributo para a interpretação das finalidades do acordo de não persecução penal: O sentido e o alcance da expressão "reprovação e prevenção" no art. 28-A do CPP. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 191, n. 191, p. 207–233, 2024.

ROMANO, Santi. *Fragmentos de un diccionario juridico*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1964.

ROSS, Jacqueline E. The encrenched position of plea bargaing in United States legal practice. In: THAMAN, Stephen (org). *World plea bargaining: consensual procedures on the avoidance of the full criminal trial.* Durham: Carolina Academic Press, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.* 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHIETTI CRUZ, Rogerio.; MONTEIRO, Eduardo M. N. Acordo de Não Persecução Penal (ANPP): aspectos gerais e observações sobre a confissão extrajudicial. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 10, n. 1, 2024. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v10i1.907

SILVA, Germano Marques. *Curso de Processo Penal – Noções Gerais, Elementos do Processo Penal*. 6. ed. Lisboa: Verbo, 2010.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. 2. ed. Belo Horizonte: D`Plácido, 2021.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. O acordo de não persecução penal na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em 2020 e 2021. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 191, n. 191, p. 93–120, 2024.

Authorship information

Ivan Xavier Vianna Filho. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Federal do Paraná. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Ex-Juiz de Direito no Paraná. Advogado. ivan@xvbm.com.br

Matheus Felipe Manika. Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Pós-graduado em Processo Penal pela Universidade de Coimbra, em colaboração com o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Advogado. matheus.manika@xvbm.com.br

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

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

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

- *Ivan Xavier Vianna Filho*: conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Matheus Felipe Manika*: 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.

Data Availability Statement: In compliance with open science policies, all data generated or analyzed during this study are included in this published article.

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

- Submission: 22/03/2025
- Desk review and plagiarism check: 06/04/2025
- Correction round return 1: 16/04/2025
- Review 1: 14/07/2025
- Review 2: 21/07/2025
- Review 3: 22/07/2025
- Preliminary editorial decision: 09/09/2025
- Correction round return 2: 01/10/2025
- Final editorial decision: 13/10/2025

Editorial team

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

How to cite (ABNT Brazil):

VIANNA FILHO, Ivan X.; MANIKA, Matheus F. Cartografia das competências ministeriais e judiciais na recusa de oferecimento do acordo de não persecução penal no sistema acusatório brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 11, n. 3, e1198, set./dez. 2025. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v11i3.1198

License Creative Commons Attribution 4.0 International.

Teoria da Prova Penal

Criminal evidence theory

A busca pessoal e a "fundada suspeita": uma análise dos critérios da medida adotados em decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná em 2022 e 2023

The personal search and the "well-founded suspicion": an analysis of the measure criteria adopted in decisions of the Tribunal de Justiça do Estado do Paraná in 2022 and 2023

Maria Eduarda Fernandes Taques[1]
Pesquisadora independente – Ponta Grossa, Paraná, Brasil
mtaques.adv@gmail.com
https://lattes.cnpq.br/5874371929838824
https://orcid.org/0009-0008-2043-4304

Jorge Sebastião Filho[2]
Pesquisador independente – Ponta Grossa, Paraná, Brasil
jorgesfylho@hotmail.com
http://lattes.cnpq.br/3507110086269198
https://orcid.org/0000-0001-5972-3295

Francieli Lunelli[3]
Pesquisadora independente – Ponta Grossa, Paraná, Brasil
francieli.lunelli@professorsecal.edu.br
http://lattes.cnpq.br/8960483487745098
https://orcid.org/0000-0001-6427-7023

---

1 Graduada em Bacharelado em Direito pela Sociedade Educativa e Cultural Amélia (2023), com registro na Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Paraná (OAB/PR nº 125.034).

2 Graduado em Bacharelado em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (1994). Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba (2011). Pós-graduado em Direito Processual Penal e Ciência Penais pela PUC/PR (2006). Professor convidado do Curso de Especialização em Direito Processual Penal e Prática Penal da Universidade Estadual de Ponta Grossa. Foi Conselheiro Estadual da Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional do Paraná (2019/2021). Foi Presidente da Subseção de Ponta Grossa da OAB/PR (2022-2024). Sócio proprietário de Jorge Sebastião Filho Sociedade Individual de Advocacia, com registro na Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Paraná (OAB/PR nº 43.022).

3 Doutora em Ciências Sociais Aplicadas com período sanduíche na Universidade de Coimbra, em Portugal (2018). Mestre em Ciências Sociais Aplicadas pela

Resumo: Este artigo aborda a busca pessoal no âmbito do Código de Processo Penal (CPP), uma medida cautelar probatória realizada pela autoridade policial no indivíduo, incluindo a possibilidade de inspecionar seu corpo e suas roupas, bem como, os pertences em sua posse. O estudo que segue objetiva analisar os critérios de legalidade adotados pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Brasil (TJPR) em suas decisões acerca da realização da busca pessoal sem a necessidade de mandado judicial, baseada na "fundada suspeita" de posse de arma proibida ou objeto que constitua corpo de delito. Para alcançar tal objetivo, foi desenvolvida uma pesquisa documental e bibliográfica, por meio de pesquisas jurisprudenciais, junto de consultas às legislações penais e processuais penais, bem como, à manuais jurídicos. Desta feita, buscou-se verificar se as respostas dadas pelo TJPR estão de acordo com as exigências objetivas do texto constitucional e infraconstitucional dos arts. 240 e 244 do CPP e em que medida a corte estadual assimilou, aplicou ou eventualmente se distanciou das balizas fixadas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). Por fim, a pesquisa sugere que o Poder Judiciário adote um entendimento vinculante sobre a matéria, com base no Recurso em Habeas Corpus nº 158.580 do STJ, entendimento relevante acerca da temática.

Palavras-Chave: Busca pessoal; Fundada suspeita; Critérios legais; Tribunal de Justiça do Paraná.

Abstract: *This article discusses the personal search under the Criminal Procedure Code (CPP), a precautionary evidentiary measure that is carried out by the police authority on the individual, including the possibility of inspecting their body and clothing, as well as the belongings in their possession. The paper that follows aims to analyze the legality measure adopted by the Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Brasil (TJPR) in its decisions regarding the carrying out of personal searches without the need for a court warrant, based on the "well-founded suspicion" of possession of a prohibited weapon or object that constitutes a crime. To achieve this objective and bibliographical research was carried out, conducted through case law research, together with consultations of criminal and procedural*

Universidade Estadual de Ponta Grossa (2009). Pós-graduada em História, Arte e Cultura também pela UEPG (2006). Graduada em Licenciatura em História pela UEPG (2004) e em Licenciatura em Sociologia pela Uninter (2018).

legislation, as well as legal manuals. This time, the aim was to verify whether the responses given by the TJPR are in accordance with the requirements of the constitutional and the infra-constitutional text of 240 and 244 of de CPP and to what extent the TJPR assimilated, applied, or eventually distanced itself from the guidelines introduced by the Superior Tribunal de Justiça (STJ). Finally, the research suggests that the Judiciary adopt a binding interpretation on the matter, based on Habeas Corpus Appeal No. 158.580 of the STJ, a relevant understanding on the subject.

Keywords: *Personal search; Well-founded suspicion; Legal criteriums; Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR).*

Introdução

De acordo com a legislação vigente, a busca pessoal é uma medida cautelar probatória que é realizada pela autoridade policial no indivíduo, incluindo a possibilidade de inspecionar seu corpo e suas roupas, bem como, os pertences em sua posse. O Código de Processo Penal (CPP) estabelece como um dos critérios de legalidade para a busca pessoal a "fundada suspeita", termo abrangente e subjetivo, que confere ampla margem de discricionariedade ao policial, principalmente naquelas situações as quais o artigo 244 do CPP dispensa a necessidade de mandado judicial.

Apesar de o texto normativo estabelecer a necessidade de indicação de elementos objetivos, quando a norma se utiliza de termos imprecisos para definir essas restrições, abre-se espaço para interpretações divergentes. Cumpre esclarecer os aspectos legais e os impactos dessas interpretações variáveis, no sentido de verificar a existência ou não de segurança jurídica por meio de uma aplicação justa e adequada da busca.

A escolha do tema justifica-se pela relevância da análise dos requisitos legais adotados para a realização de busca pessoal que independe de prévia autorização judicial, haja vista que estes compõem limitações que evitam *fishing expeditions*[4] e o tirocínio policial, preservando a dig-

[4] "*Fishing expedition* ou pescaria legal probatória é a procura especulativa, no ambiente físico ou digital, sem 'causa provável', alvo definido, finalidade tangível ou para além dos limites autorizados (desvio de finalidade), de

nidade da pessoa humana e os direitos da personalidade do abordado. Tendo em vista que esta situação é vivida por muitos brasileiros, como alvos de abordagens, tratar da temática permite analisar as complexidades e os desafios enfrentados no equilíbrio entre a segurança pública e os direitos individuais, promovendo o debate acerca dos limites e as salvaguardas necessárias para evitar arbitrariedades de autoridades policiais, sem esgotar o tema.

Portanto, a presente pesquisa teve como propósito examinar os critérios de legalidade adotados pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR) em decisões acerca da realização da busca pessoal sem a necessidade de mandado judicial, baseada na "fundada suspeita" de posse de arma proibida ou objeto que constitua corpo de delito, dentro do lapso temporal de 01 de abril de 2022 à 23 de abril de 2023, análise que foi realizada por meio do método dedutivo e abordagem quanti-qualitativa, decodificando os dados numéricos e analisando os dados qualitativos através da observação, interação participativa e interpretação do discurso dos indivíduos[5]. Para alcançar tal objetivo, foi desenvolvida uma pesquisa documental e bibliográfica, realizada por meio de pesquisas jurisprudenciais, junto de consultas às legislações penais e processuais penais, bem como, à manuais jurídicos.

O presente estudo foi conduzido em três etapas, sendo que a primeira definiu a busca pessoal e seus critérios à luz do Código Processual Penal e da Constituição Federal (CF/88), enquanto que a segunda apresentou o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no Recurso em Habeas Corpus n. 158.580, julgado em abril de 2022[6], cuja relevância justifica o recorte temporal adotado e fornece

---

elementos capazes de atribuir responsabilidade penal a alguém. [...] O termo se refere à incerteza própria das expedições de pesca, em que não se sabe, antecipadamente, se haverá peixe, nem os espécimes que podem ser fisgados, muito menos a quantidade" (ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do Processo Penal Estratégico:* de acordo com a Teoria dos Jogos, 1ª ed., Santa Catarina: Emais, 2021, p. 389-390).

[5] Sobre isso: KNECHTEL, Maria do Rosário. *Metodologia da pesquisa em educação*: uma abordagem teórico-prática dialogada. Curitiba, PR: Intersaberes, 2014.

[6] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *Recurso em Habeas Corpus nº 158580-BA (2021/0403609-0)*. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. Data

parâmetros interpretativos para a análise. Por fim, procedeu-se ao exame das decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR), com o intuito de demonstrar quais foram os fundamentos autorizadores da busca pessoal adotados e se estes estão de acordo com as exigências objetivas do ordenamento jurídico brasileiro, bem como, buscando verificar em que medida as fundamentações utilizadas pela corte estadual alinham-se ou se distanciam das balizas fixadas pelo STJ.

1. A busca pessoal à luz do Código de Processo Penal e da Constituição Federal de 1988

O CPP, em seu artigo 240, elencou duas modalidades de busca: a domiciliar e a pessoal, na qual a primeira hipótese é aquela realizada na residência do indivíduo, mediante autorização judicial, com fulcro no art. 5º, inciso XI da CF/88, enquanto que, a busca pessoal é aquela executada no indivíduo, que abrange aquilo que se refere ou pertence à pessoa, podendo ocorrer em contato direto com o corpo e vestimentas e se estender aos objetos que pertencem ao sujeito abordado, incluindo, por exemplo, uma mochila ou um veículo, desde que este não seja destinado à habitação[7].

A busca se traduz ao "[...] ato de procurar, varejar, rastrear, tentar descobrir vestígios, coisas ou pessoas"[8], ou seja, tem como finalidade encontrar indícios físicos ou materiais do crime, que servem como evidências da ocorrência de um tipo penal anterior, constituindo o que

---

de julgamento: 19 de abril de 2022. Data de publicação: 19 de abril de 2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=151144910&registro_numero=202104036090&peticao_numero=&publicacao_data=20220425&formato=PDF>. Acesso em: 27 nov. 2022.

7 NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito processual penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

8 WANDERLEY, Gisela Aguiar. *Liberdade e suspeição no Estado de Direito o poder policial de abordar e revistar e o controle judicial de validade da busca pessoal*. 2017a. 290 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/24089>. Acesso em: 11 mar. 2023. p. 114.

se chama de corpo de delito, motivo pelo qual, sob o viés processual, se relacionará diretamente com o fato aparentemente punível[9].

Portanto, assim como preceitua Wanderley[10], a razão de ser da busca processual estará, obrigatoriamente, ligada a duas características: à referibilidade e a instrumentalidade, uma vez que a busca, como medida cautelar probatória, não possui um fim em si mesma, ou seja, é aplicada para garantir o cumprimento de uma "[...] finalidade mediata, que está inserida no procedimento principal"[11] e existirá única e exclusivamente para cumprir a finalidade a que se destina, devendo necessariamente guardar uma relação de referibilidade com o caso penal objeto da persecução penal, permitida ser realizada desde a fase investigatória até a fase de execução[12]. Ainda, terá caráter instrumental, uma vez que "é o meio e modo de garantir a efetividade de providências definitivas que constituem objeto do processo principal"[13]. É por este motivo que a busca foi inserida no segmento que trata das provas, pois será utilizada como instrumento para a sua obtenção, ou seja, agregando elementos a estes meios probatórios[14], podendo atuar para "[...] instrumentalizar a própria pretensão acusatória"[15].

---

9 *Idem*, 2017a.

10 WANDERLEY, Gisela Aguiar. A busca pessoal no direito brasileiro: medida processual probatória ou medida de polícia preventiva? *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 3, p. 1117-1154, 2017b. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i3.96>. Acesso em: 11 mar. 2023.

11 SEBASTIÃO FILHO, Jorge. *Interceptação Telefônica como Medida Cautelar Probatória nos Delitos Econômicos*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 86.

12 WANDERLEY, *idem*, 2017a.

13 MARQUES, José Frederico, 1998, p. 32 *apud* SEBASTIÃO FILHO, Jorge. *Interceptação Telefônica como Medida Cautelar Probatória nos Delitos Econômicos*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 87.

14 DINIZ NETO, Eduardo. Meios de obtenção de prova criminal: considerações de direito constitucional aplicado. *Ciências Penais*: a Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, ano 4, n. 6, São Paulo: RT, jan-jun., 2007, p. 151-173 *apud* CANGERANA NETO, Francisco Alves. *Busca pessoal e admissibilidade no processo penal dos elementos de prova obtidos*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, USP, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/D.2.2017.tde-27112020-171438>. Acesso em: 14 set. 2025.

15 LOPES JUNIOR, Aury. *Investigação preliminar no processo penal*. Ricardo Jacobsen Gloeckner. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 194.

Representado pelos órgãos a que o art. 144 da CF/88 faz menção, o sujeito ativo da busca será a autoridade policial, que colocará em prática este instituto em observância ao poder de polícia, o qual está imbuído de atributos: a autoexecutoriedade, a coercibilidade, e, a discricionariedade[16], e que se caracteriza "quando o Poder Público interfere na órbita do interesse privado para salvaguardar o interesse público, restringindo direitos individuais [...]"[17].

Lemgruber e Freire Junior[18] entendem que, por esta previsão normativa englobar policiais militares, uma busca pessoal realizada de forma preventiva encontraria fundamento na preservação da ordem pública e no direito fundamental da segurança pública (art. 5º, caput da CF/88), o que vai contra às características de instrumentalidade e referibilidade mencionadas. Além de que, o parágrafo 5º deste mesmo dispositivo se limita a conferir a estes apenas o encargo de preservar a ordem pública, sem fazer qualquer menção à uma prática restritiva de direitos ou suas hipóteses de cabimento, tampouco seus requisitos, formas de execução ou finalidades. Portanto, ao sustentar-se somente em mera norma constitucional de repartição de atribuições, sem nenhum permissivo legal específico, se admite o uso da coerção sem estar ligado a qualquer condição legal anterior, encontrando limitação na premissa da *nulla coatio sine lege*[19].

---

[16] O exercício do poder de polícia ocorre por meio da autoexecutoriedade, ou seja, a possibilidade de a Administração tomar decisões sem a necessidade de intermédio do Judiciário, complementado pela coercibilidade, que autoriza que a própria Administração determine e coloque em prática os atos de polícia necessários, permitidos, inclusive, a empregar a força física, nos casos de resistência do administrado, haja vista que o ato de polícia é imperativo (Meirelles, 2003). Para tanto, será usado da discricionariedade, que "[...] se distingue da vinculada pela maior liberdade de ação que é conferida ao administrador. [...] Um ato discricionário é livre, no âmbito em que a lei lhe concede essa faculdade". MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28ª ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 115.

[17] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, [n. p].

[18] LEMGRUBER, Letícia; FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. A Busca pessoal no policiamento preventivo e repressivo. Fundamento constitucional e *standards* probatórios autorizadores. *Revista ESMAT,* [S. l.], v. 14, n. 24, p. 147–170, 2022. DOI: 10.29327/270098.14.24-8. Disponível em: <https://doi.org/10.29327/270098.14.24-8>. Acesso em: 14 set. 2025.

[19] WANDERLEY, *idem*, 2017b.

Ademais, acredita-se que o caráter de urgência da medida, por si só, acaba por relativizar determinados direitos e garantias do sujeito abordado, razões pelas quais este ato discricionário deve ser conduzido ao seu verdadeiro e único objetivo.

1.1 Dos direitos fundamentais do sujeito abordado

A busca pessoal encontra proteção principalmente no art. 5º, inciso X da CF/88, que trata das esferas da vida privada e da intimidade. A primeira, levou em consideração proteger o aspecto exterior do indivíduo, que diz respeito às suas relações sociais – estas, públicas – e, a segunda, buscou abranger seu aspecto interior, íntimo e relativo à própria pessoa e que não admite intromissões[20].

Apesar de justificar-se por atender o interesse coletivo, esta prática traduz-se em situação vexatória e constrangedora para aquele que está sendo abordado, momento em que direitos fundamentais[21] que versam sobre a liberdade, a igualdade (art. 5º, *caput*), a privacidade, a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem (art. 5º, inciso X), e o direito de ir e vir (art. 5º, inciso XV) destes indivíduos, são mitigados momentaneamente. Portanto, junto do poder discricionário conferido à autoridade que procederá à busca pessoal, é preciso que seja feito o devido sopesamento de direitos e que se mantenha a proporcionalidade, haja vista que é tênue a linha que separa a legalidade da ilegalidade do ato.

Estes atributos investidos à função devem ser exercidos considerando a presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII) a que o sujeito abordado faz jus, bem como, promovendo o bem sem preconceito e discriminação (art. 3º, inciso IV), garantindo a proteção contra a tortura, tratamento desumano ou degradante (art. 5º, inciso III) no momento da abordagem, visando erradicar a marginalização e reduzir as desigualdades

---

[20] FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

[21] Os direitos e garantias fundamentais "[...] demarcam o espaço da liberdade que o Estado deve respeitar e, inclusive, deve este proteger a pessoa da sua violação por terceiros, em que pese estarem voltados contra o ente estatal, na qualidade de principal infrator". FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 531.

sociais e regionais, e prezar pela prevalência dos direitos humanos (art. 4º, inciso II).

Ademais, demonstra-se imprescindível que esta medida limitadora de direitos obedeça a critérios legais em reverência ao princípio da legalidade, assim como dispõe o inciso II do art. 5º da CF/88, que garante que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"[22], esta, que determinará em caso de necessidade uma ordem judicial prévia, assim como permitirá sua dispensa nas hipóteses descritas em norma, sendo que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". Pontua Sebastião Filho que

> Dentre os reflexos desta utilização generalizada de métodos ocultos de investigação e obtenção de prova está o confronto com princípios e garantias constitucionais, tendo em vista que tais métodos são invasivos e violadores de direitos fundamentais como a privacidade e a intimidade. Decorre daí a necessidade de assegurar ao indivíduo uma ampla proteção, através do sistema de princípios e garantias inerentes ao direito penal e processual penal constitucional, dentre eles o devido processo legal, a presunção de inocência e seus corolários[23].

Destarte, a interpretação do ordenamento jurídico como unidade, observando limites constitucionais e objetivos definidos pela legislação infraconstitucional, garante que a abordagem não se traduza em justificativas discriminatórias que violem ainda mais os direitos fundamentais do sujeito abordado.

1.2. Uma análise dos arts. 240, §2º e 244 do CPP

Com o objetivo de evitar o uso excessivo dessa prática e garantir que seja aplicada somente em circunstâncias objetivas e fundamentadas, o §2º do art. 240 estabelece que a busca pessoal pode ser realizada quando a autoridade policial tiver uma "fundada suspeita" de que o indivíduo

---

[22] BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

[23] SEBASTIÃO FILHO, *idem*, 2012, p. 34.

está ocultando uma arma proibida ou objetos descritos nas alíneas do §1º do mesmo artigo, como itens adquiridos por meios criminosos, objetos falsificados ou relacionados a delitos[24].

O art. 244 do CPP, por sua vez, dispensa a autorização judicial nas seguintes situações: (a) durante uma prisão; (b) no curso de uma busca domiciliar; ou (c) quando houver fundada suspeita de ocultação de arma ou objetos que constituam corpo de delito[25]. Entretanto, em ambos os casos, a exigência da "fundada suspeita" permanece, permitindo certa discricionariedade ao policial, mas que deve ser exercida com cautela, a fim de evitar abusos ou a realização de atos arbitrários. Assim como alerta Lopes Júnior,

> O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí por que somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal). [26]

Nesse contexto, a adoção de um conceito vago e subjetivo, como a "fundada suspeita", abre margem para interpretações variadas e riscos de abuso de poder. Segundo Nucci, uma suspeita nada mais é do que "[...] uma desconfiança ou suposição, algo intuitivo e frágil, por natureza [...]"[27], ao mesmo tempo em que Lopes Junior define este requisito como "uma cláusula genérica, de conteúdo vago, impreciso e indeterminado, que remete à ampla e plena subjetividade (e arbitrariedade) do policial"[28].

---

[24] BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, 03 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 10 nov. 2022.

[25] BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, 03 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 26 nov. 2022.

[26] LOPES JUNIOR, *idem*, 2020, [n.p].

[27] NUCCI, *idem,* 2020, [n.p].

[28] LOPES JUNIOR, *idem*, 2020, [n.p].

À vista disso, se está diante da "[...] ausência de um regramento legal que impeça sua utilização enquanto prática que reproduz preconceitos estruturais, estigmatização de grupos marginalizados por critérios subjetivos, a partir de juízos discricionários de cada policial"[29], pois a adoção do critério da "fundada suspeita" para autorizar esta medida

> [...] é lição restrita ao plano normativo, pois ignora o manejo cotidiano desse conceito pelas polícias de modo abertamente potestativo. Nesse cenário, identifica-se, de um lado, uma crença cega nos limites legais que são diariamente desobedecidos pelo aparato policial e, de outro, uma crítica à suposta vagueza da lei desatenta de seu próprio conteúdo e desatrelada de propostas concretas de superação do problema. Com isso, não se firmam parâmetros mínimos para o controle da atuação policial, de modo que a retórica doutrinária preocupada com os direitos fundamentais pode conviver com uma rotina de buscas pessoais arbitrárias e abusivas.[30]

Embora a Constituição Federal de 1988 e o Código de Processo Penal forneçam apenas parâmetros normativos mínimos, Ronald Dworkin[31] sustenta que o direito não se esgota em regras, mas se projeta também em princípios, cuja interpretação exige do julgador escolhas valorativas diante de termos jurídicos indeterminados. Assim, o magistrado não aplica a norma como quem aciona um mecanismo automático: ele precisa recorrer a um juízo de integridade, buscando a resposta que melhor se ajusta ao conjunto de princípios do ordenamento. Nesse processo, a ausência de critérios legislativos específicos amplia a margem de discricionariedade judicial, mas essa discricionariedade não é absoluta — ela deve ser limitada pela coerência e pela integridade do sistema jurídico.

Por este motivo, importa que estes elementos materiais sejam passíveis de revisão por uma instância imparcial e não podem se basear

---

[29] LEMGRUBER, Letícia; FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. A Busca pessoal no policiamento preventivo e repressivo. Fundamento constitucional e *standards* probatórios autorizadores. *Revista ESMAT*, [S. l.], v. 14, n. 24, p. 147–170, 2022, p. 154. DOI: 10.29327/270098.14.24-8. Disponível em: <https://doi.org/10.29327/270098.14.24-8>. Acesso em: 14 set. 2025.

[30] WANDERLEY, *idem*, 2017b.

[31] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

apenas em suposições, não bastando indicar atitudes, pessoas ou situações como suspeitas, mas sim, a necessidade de indicar fatos que constituam o que se chama de *fumus comissi delicti*. A necessidade de fundados indícios é reforçada por Sebastião Filho, que faz apontamentos acerca da necessidade do pressuposto cautelar para a aplicação da medida da interceptação telefônica, que se entende plenamente aplicável ao caso da busca pessoal:

> Pois bem. Se para deferir o pedido de interceptação das comunicações telefônicas é necessária a existência de indícios razoáveis de autoria, evidente que, ainda que em sede de investigação preliminar, a medida somente tem cabimento quando já iniciados os atos persecutórios e deles já se tenham, ao menos, por dedução resultante dos indícios colhidos, que a pessoa ou pessoas que terão suas comunicações interceptadas sejam os prováveis autores do crime investigado. [...] Para se chegar a estas conclusões, seja a autoridade policial, o promotor de justiça ou o juiz já terão à sua disposição elementos de investigação capazes de apontar o provável autor do delito, bem como a subsunção, ainda que em caráter preliminar, do fato investigado a um determinado tipo penal. Ora, se já disponíveis tais elementos de convicção, o que se busca através da interceptação telefônica não é a demonstração de indícios de autoria, pois, eles são pré-requisitos para a decretação da medida, mas, sim, a confirmação da autoria, preliminarmente deduzida por indícios e agora devendo ser confirmada por provas robustas capazes de levar a um maior juízo de probabilidade capaz de propiciar a propositura da ação penal.[32]

Ressalta-se que a doutrina não é unânime quanto à interpretação do rol de objetos listados no art. 240 do CPP, se ele é exemplificativo[33]

---

[32] SEBASTIÃO FILHO, Jorge. *Interceptação Telefônica como Medida Cautelar Probatória nos Delitos Econômicos*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 153-154.

[33] PITOMBO, Cleunice. 2005b, p. 150; LIMA, Renato. 2013, p. 703; TÁVORA, Nelson; ALENCAR, Rosmar Rodrigues 2012, p. 465 *apud* WANDERLEY, Gisela Aguiar. *Liberdade e suspeição no Estado de Direito o poder policial de abordar e revistar e o controle judicial de validade da busca pessoal*. 290f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2017a. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/24089>. Acesso em: 13 set. 2022.

ou taxativo[34]. No entanto, para evitar interpretações extensivas ou analógicas, adota-se o entendimento de que, por tratar-se de medida cautelar probatória – atrelada à necessidade de demonstração do *fumus comissi delicti* – que irá gerar restrição de garantias fundamentais, "não se admite, pois, interpretação extensiva ou analógica"[35], devendo amparar-se na exposição mais explícita, clara e taxativa possível.

Tais previsões constitucionais e processuais estabelecem o arcabouço normativo mínimo que orienta a busca pessoal no ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, a interpretação do que se deve entender por "fundada suspeita" tem sido objeto de intenso debate jurisprudencial, dada a ausência de critérios legislativos mais objetivos. Nesse contexto, a atuação das cortes superiores assume papel central, na medida em que suas decisões funcionam como guias interpretativos para os tribunais locais.

Por isso, antes de examinar os julgados do TJPR, faz-se necessário apresentar o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso em Habeas Corpus nº 158.580/BA, que, embora não vinculante, apresenta diretrizes relevantes que servem como marco interpretativo para os tribunais pátrios, inclusive o TJPR, e justifica o recorte temporal adotado nesta pesquisa.

2. O Recurso em Habeas Corpus nº 158580/BA do Superior Tribunal de Justiça

Cabe salientar que, ao contrário da busca domiciliar, não existe, até o momento, um precedente vinculante por parte das Cortes Superiores acerca do modo de aplicação da busca pessoal, levando a interpretações divergentes por parte dos tribunais estaduais, resultando em decisões

---

[34] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, 2012, p. 413; LIMA, Marcellus Polastri, 2014b, p. 632; MARCÃO, Renato, 2014, p. 572 *apud* WANDERLEY, Gisela Aguiar. *Liberdade e suspeição no Estado de Direito o poder policial de abordar e revistar e o controle judicial de validade da busca pessoal*. 290f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2017a, p. 119. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/24089>. Acesso em: 13 set. 2023.

[35] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, v. 3. 2012, p. 413.

discrepantes sobre a validade e os limites da medida. Contudo, o entendimento proferido em 19 de abril de 2022 pela Sexta Turma do STJ, no âmbito do Recurso em Habeas Corpus n. 158.580 do TJBA[36], de relatoria do Ministro Rogério Schietti, tese firmada e divulgada em Informativo de Jurisprudência nº 735 pela sua repercussão no meio jurídico, apesar de seus efeitos limitados *inter partes*, inovou ao fixar diretrizes para a realização de busca pessoal e veicular sem mandado judicial.

O STJ decidiu por unanimidade, pela nulidade da ação penal proposta contra o acusado, o qual foi preso em flagrante delito pelo crime de tráfico de drogas, após ter sido submetido à busca pessoal pela Polícia Militar da Bahia (PMBA), os quais teriam avistado o indivíduo em "atitude suspeita" dirigindo uma motocicleta, momento em que realizaram a abordagem e foi encontrado sob sua posse drogas e uma balança digital. A defesa do acusado impetrou HC perante o TJBA alegando que a simples indicação de elemento subjetivo pela autoridade policial, de que o indivíduo se encontrava em "atitude suspeita" era insuficiente para permitir a busca pessoal, e que, consequentemente, todas as provas obtidas posteriormente à abordagem seriam ilícitas, tendo sido este denegado, sendo então o feito levado à análise do STJ por meio de Recurso em Habeas Corpus (RHC) ou também chamado de Recurso Ordinário Constitucional (ROC), ao qual foi dado provimento e resultou no trancamento da ação penal.

Nesta Corte, portanto, nas certeiras palavras do Ministro Rogério Schietti Cruz, estabeleceu-se que a suspeita deve ser "[...] aferida de modo objetivo e devidamente justificada pelos indícios e circunstâncias do caso concreto – de que o indivíduo esteja na posse de drogas, armas ou de outros objetos ou papéis que constituam corpo de delito, evidenciando-se a urgência de se executar a diligência"[37], bem como estipulou que não é

---

[36] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *Recurso em Habeas Corpus nº 158580-BA (2021/0403609-0)*. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. Data de julgamento: 19 de abril de 2022. Data de publicação: 19 de abril de 2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=151144910&registro_numero=202104036090&peticao_numero=&publicacao_data=20220425&formato=PDF>. Acesso em: 27 nov. 2022.

[37] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *Recurso em Habeas Corpus nº 158580-BA (2021/0403609-0)*. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. Data

satisfatório para preencher a exigência legal do art. 244 do CPP indicar meras denúncias de fontes não identificadas ou intuições intangíveis, como a classificação de maneira subjetiva de uma atitude ou de certa reação nervosa como suspeita, assim como foi elucidado no capítulo anterior.

O entendimento determinou, ainda, três (3) finalidades principais para que se exijam tais elementos, quais sejam: a) evitar o uso excessivo desse expediente e, por consequência, a restrição desnecessária e abusiva dos direitos fundamentais; b) garantir a sindicabilidade da abordagem, isto é, controlar a sua validade *a posteriori* por um terceiro imparcial, o Poder Judiciário, o que se torna inviável quando a abordagem se baseia unicamente em aspectos subjetivos, intangíveis e não passíveis de comprovação; e, c) evitar a repetição de práticas que reproduzem preconceitos estruturais, mesmo que inconscientemente[38]. Além disso, limitou-se a execução da busca pessoal à finalidade probatória e à motivação relacionada, proibindo a realização de busca pessoal desvinculada desses critérios, restrição baseada no entendimento de que "o art. 244 do Código de Processo Penal não autoriza buscas pessoais praticadas como "rotina" ou "praxe" do policiamento ostensivo, com finalidade preventiva e motivação exploratória [...]", de uma maneira mais acertada à luz da Carta Magna Federal de 1988.

O julgamento da Sexta Turma também abordou temáticas relevantes como a marginalização de pessoas socioeconomicamente afetadas, o racismo estrutural, práticas policiais abusivas e os papéis dos atores do sistema de justiça[39].

---

de julgamento: 19 de abril de 2022. Data de publicação: 19 de abril de 2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=151144910&registro_numero=202104036090&peticao_numero=&publicacao_data=20220425&formato=PDF>. Acesso em: 27 nov. 2022.

[38] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *Recurso em Habeas Corpus nº 158580-BA (2021/0403609-0)*. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. Data de julgamento: 19 de abril de 2022. Data de publicação: 19 de abril de 2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=151144910&registro_numero=202104036090&peticao_numero=&publicacao_data=20220425&formato=PDF>. Acesso em: 27 nov. 2022.

[39] SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Os limites à busca pessoal no STJ: um debate a partir da criminologia pública. *Criminologia & Vitimologia*,

Portanto, frente à notável insegurança jurídica que permeia o tema, entende-se que a vinculação e orientação dada pelo RHC n. 158580/BA do STJ nos casos de busca pessoal poderia trazer benefícios tanto para os aplicadores do direito quanto para os cidadãos, uma vez que os magistrados teriam um referencial para embasar suas decisões, enquanto os indivíduos teriam maior segurança de que seus direitos fundamentais seriam adequadamente protegidos diante da atuação policial, motivo pelo qual entendeu-se pertinente realizar maiores considerações acerca deste entendimento.

2.1 A INOBSERVÂNCIA DA FINALIDADE LEGAL PROBATÓRIA E AS *FISHING EXPEDITIONS*

O referido Tribunal consolidou por meio deste julgado que o art. 244 do CPP não autoriza buscas pessoais de motivação exploratória, delineando seu objetivo de apreender objetos que possuam valor probatório, justificando a natureza jurídica da medida como meio de obtenção de prova, ou seja, entendendo pelo desvio de finalidade se aplicada preventivamente[40], assim como apontado anteriormente.

Em suma, a abordagem sem propósito certo e determinado caracteriza o que Rogério Schietti[41] chamou de *fishing expeditions*, a prática vedada de uma medida restritiva de direitos sem causa provável. Apesar de ser impossível enumerar todas as hipóteses possíveis que autorizariam a abordagem do sujeito, a decisão ressalta que, ausentes os

---

p. 47-66, 2022. Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/143796/2/576884.pdf#page=48>. Acesso em: 27 nov. 2022.

40 WANDERLEY, Gisela Aguiar. A busca pessoal no direito brasileiro: medida processual probatória ou medida de polícia preventiva? *Revista Brasileira de Direito Processual Penal,* v. 3, p. 1117-1154, 2017b. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i3.96>. Acesso em: 14 set. 2025.

41 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *Recurso em Habeas Corpus nº 158580-BA (2021/0403609-0).* Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. Data de julgamento: 19 de abril de 2022. Data de publicação: 19 de abril de 2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=151144910&registro_numero=202104036090&peticao_numero=&publicacao_data=20220425&formato=PDF>. Acesso em: 27 nov. 2022.

critérios objetivos de legalidade e as respectivas motivações específicas que a justifiquem, as provas derivadas da busca pessoal serão tidas como ilícitas, por força da teoria dos frutos da árvore envenenada, teoria que surgiu no direito norte-americano[42] e está implicitamente inserida no art. 5º, inciso LVI da CF/88. Em outras palavras, significa dizer que, mesmo que tenha sido encontrado material ilícito em posse do acusado, essa evidência não pode ser considerada válida devido ao vício de legalidade na forma como foi obtida.

Em contraste com a análise jurisprudencial feita no tópico posterior, percebe-se que atípicas são as decisões que, com base na ausência de justa causa para a abordagem, reconheceram a ilegalidade das provas dela decorrentes, porquanto que em apenas uma (1) se reformou a sentença para absolutória ao considerar que todos os elementos probatórios são igualmente inadmissíveis e ilícitos.

Essa resistência no âmbito jurídico ocorre majoritariamente devido à visão predominante de que o processo penal não tem como principal objetivo garantir direitos fundamentais e prevenir abusos estatais, mas sim, atuar como meio legítimo e eficaz de proteção à segurança pública. Entretanto, ao prevalecer a ideia de uma salvaguarda incondicional do valor da segurança pública, os direitos fundamentais são considerados inconvenientes para atingir esses objetivos, resultando em negligência em relação à importância destes e refletindo em inobservância dos requisitos que autorizam a busca pessoal, diligência que, frequentemente, tem sua legitimidade confirmada pelos Tribunais de forma acrítica e sem um esforço substancial de fundamentação, conforme se observou.

---

[42] "O precedente que originou a construção do conceito de prova ilícita por derivação está ligado ao caso SILVERTHORNE LUMBER CO v. US, de 1920, em que a Suprema Corte norte-americana reputou inválida uma intimação que tinha sido expedida com base numa informação obtida por meio de uma busca ilegal. A acusação não poderia usar no processo a prova obtida diretamente da busca ilegal, nem a prova obtida indiretamente por meio da intimação baseada nessa busca. Posteriormente, no julgamento do caso NARDONE v. US (1939), foi cunhada a teoria dos frutos da árvore envenenada (em inglês, *fruits of the poisonous tree*, segundo a qual o vício da planta se transmite a todos os seus frutos), ou *taint doctrine*" LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal:* volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 690.

É importante ressaltar que as decisões analisadas posteriormente são apenas uma parcela dos casos de abordagem policial que chega ao Poder Judiciário, uma vez que, diariamente, a medida ocorre e infringe os direitos constitucionais dos cidadãos, sendo que muitas destas não são registradas oficialmente pois não resultam na descoberta de qualquer atividade ilícita por parte do abordado. Essa situação por si só levanta preocupações em relação ao respeito aos direitos fundamentais, já que a ausência de registro oficial dessas abordagens ilegais dificulta a adoção de medidas corretivas adequadas e pode perpetuar um ambiente propício para abusos e violações dos direitos dos indivíduos, pois a impunidade nesses casos pode incentivar práticas policiais indevidas. Neste sentido, Lopes Junior critica a atuação de magistrados que muitas das vezes legitimam as mencionadas *fishing expeditions*:

> O problema de medidas assim, com amplo espaço para abusos, poderia ser atenuado com maior rigor no preparo técnico dos policiais e, principalmente, efetivo controle da validade dos atos por parte dos juízes e tribunais. Infelizmente nada disso ocorre e, com ampla complacência dos julgadores, os abusos são frequentes. Não raras vezes, os próprios juízes legitimam as buscas de "arrastão" e sem qualquer critério legítimo, sob o argumento de que são "meros dissabores, justificados pelos altos índices de violência urbana" (claro, até porque eles estão imunes a tais dissabores...). Outros ainda, com precários subterfúgios discursivos, recorrem à lógica de que os fins justificam a (ilegalidade) dos meios.[43]

Todavia, entende-se que a problemática da segurança pública não pode ser considerada apenas como um desafio de repressão estatal, é fundamental reconhecer que suas raízes também estão intrinsecamente ligadas à carência de efetivas políticas públicas em áreas cruciais que garantam a manutenção de direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Isso porque, uma política de segurança pública eficaz requer a integração das medidas repressivas e preventivas contra o crime, sendo necessário a adoção de uma abordagem de prevenção social, em contraste com o atual sistema de prevenção criminal.

---

[43] LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, [n.p.].

2.1.2 Interseccionalidades e o tirocínio policial

Importa considerar que a insuficiência de políticas públicas efetivas que se direcionem à promoção e preservação da dignidade humana, como a disposição à uma educação de qualidade, por exemplo, contribui diretamente para a formação de uma sociedade com menor acesso a oportunidades, aumentando a vulnerabilidade social e a probabilidade de envolvimento em atividades criminosas, haja vista que a educação desempenha um papel fundamental na prevenção do crime, ao fornecer conhecimento, valores e habilidades necessárias para uma vida digna e produtiva. Desta forma, a deficiência de infraestrutura básica afeta a sensação de segurança nas comunidades, tornando-as mais propensas à criminalidade e à violência, e, portanto, às ações policiais.

Destarte, reconhece-se que a desigualdade e reflexos opressivos não se dão apenas por único fator, mas pela interação de múltiplas formas de identidade e estrutura social, que se interconectam e se reforçam mutuamente motivo pelo qual as abordagens policiais podem ser analisadas de maneira mais aprofundada a partir da interseccionalidade. Para Kimberlé Crenshaw[44], esse conceito revela que raça, gênero e classe não atuam de forma isolada, mas se cruzam, produzindo experiências específicas de opressão que não podem ser compreendidas a partir de uma única categoria analítica. Já Patricia Hills Collins e Sirma Bilge[45] ressaltam que a interseccionalidade deve ser entendida como uma ferramenta crítica para examinar como sistemas de poder — como racismo, sexismo e classismo — operam de forma articulada e estrutural. Essa distinção entre as abordagens teóricas permite evidenciar que, no contexto das práticas policiais, a seletividade e a desigualdade não decorrem apenas de um marcador social isolado, mas da sobreposição de múltiplas vulnerabilidades.

---

[44] CRENSHAW, Kimberlé. *Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero*. Revista estudos feministas, v. 10, p. 171-188, 2002. https://doi.org/10.1590/S0104-026X2002000100011. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/mbTpP4SFXPnJZ397j8fSBQQ/abstract/?lang=pt>. Acesso em 13 set. 2025.

[45] COLLINS, Patricia Hill; BILGE, Sirma. *Interseccionalidade*. Boitempo Editorial, 2021. https://doi.org/10.21167/9786557170519. Disponível em: <http://www.ser.puc-rio.br/2_COLLINS.pdf>. Acesso em: 13 set. 2025.

Tal perspectiva é fundamental para compreender, por exemplo, por que uma pessoa negra e de classe baixa pode enfrentar desafios e barreiras adicionais em comparação com uma pessoa branca de classe média, interseccionalidades que, por consequência, estão intimamente relacionadas com o tirocínio policial, uma vez que a presença destas podem resultar em tratamento diferenciado e seletivo durante as abordagens, afetando especialmente pessoas pertencentes a grupos racializados e de baixa classe social, refletindo as disparidades e desigualdades presentes na sociedade[46].

Neste sentido Schietti ressaltou ao expor que

> Em um país marcado por alta desigualdade social e racial, o policiamento ostensivo tende a se concentrar em grupos marginalizados e considerados potenciais criminosos ou usuais suspeitos, assim definidos por fatores subjetivos, como idade, cor da pele, gênero, classe social, local da residência, vestimentas etc. [...] A pretexto de transmitir uma sensação de segurança à população, as agências policiais – em verdadeiros "tribunais de rua" – cotidianamente constrangem os famigerados "elementos suspeitos" com base em preconceitos estruturais, restringem indevidamente seus direitos fundamentais, deixam-lhes graves traumas e, com isso, ainda prejudicam a imagem da própria instituição e aumentam a desconfiança da coletividade sobre ela. [...][47]

A partir destas constatações, faz-se necessário o questionamento levantado por Gomes e Gonçalves: "estariam todas essas buscas pessoais amparadas em "fundada suspeita"? Os fatores socioeconômicos e raciais

---

[46] Cf. RAMOS, Silvia; MUSUMECI, Leonarda. *Elemento suspeito:* abordagem policial e discriminação na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005; BARROS, Geová da Silva. Filtragem racial: a cor na seleção do suspeito. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, v. 2, n. 3, 2008; MATA, Jéssica Gomes da. *A Política do Enquadro*. São Paulo: RT, 2021.

[47] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *Recurso em Habeas Corpus nº 158580-BA (2021/0403609-0)*. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. Data de julgamento: 19 de abril de 2022. Data de publicação: 19 de abril de 2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=151144910&registro_numero=202104036090&peticao_numero=&publicacao_data=20220425&formato=PDF>. Acesso em: 27 nov. 2022.

são determinantes para a discricionariedade policial na identificação de "suspeitos"?"[48]. No contexto da busca pessoal, por mais que o ordenamento jurídico estabeleça a necessidade de fundada suspeita com elementos objetivos limitantes da atuação policial, a autoridade, ao ser permitida de formar juízo amparado em uma "suspeita" genérica, que pode englobar critérios raciais, de status social, de condição econômica ou de local da moradia, acaba aplicando a norma baseada no senso comum, e, então, o dispositivo normativo "[...] nada mais se faz que pura ilação teórica, pois os policiais continuarão abordando quem e quando eles quiserem. Elementar que os alvos são os clientes preferenciais do sistema, por sua já conhecida seletividade"[49].

Significa dizer que, "[...] não se trata propriamente de debater juridicamente a busca pessoal, mas de enfrentar o contexto de utilização dessa medida como resposta que materializa violência estrutural e institucional contra populações em situação de vulnerabilidade"[50] estas, que pela seletividade do sistema repressivo estatal, acabam sendo as mais atingidas pelo instituto da busca pessoal.

> Exemplo típico [...] são as buscas pessoais feitas em ônibus urbanos, especialmente nas periferias, vias e 'favelas' das grandes cidades brasileiras. Como sustentar que, em relação a 50 pessoas desconhecidas (muitas retornando para casa após uma longa jornada de trabalho), existe 'fundada suspeita' de que alguém oculte armas, coisas achadas por meios criminosos etc.? Como justificar que todos tenham que descer, ficar de costas, com braços e pernas abertos, para serem revistados (muitas vezes sob mira de armas, com nervosos dedos no gatilho)? Ora, nada mais é do que uma atitude calcada nas metarregras do sistema punitivo,

---

[48] GOMES, Nestor Castilho; GONÇALVES, Ana Carolina Torres. Abordagem Policial, Seletividade e Fundada Suspeita: Contribuições da Teoria Estruturante do Direito. *Revista Direito Público,* [S. l.], v. 19, n. 103, p. 237, Jul./Set. 2022. DOI: 10.11117/rdp.v19i103.6591. Disponível em: <https://doi.org/10.11117/rdp.v19i103.6591>. Acesso em: 26 nov. 2022.

[49] LOPES JUNIOR, *idem*, 2020, [n.p.].

[50] SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Os limites à busca pessoal no STJ: um debate a partir da criminologia pública. *Criminologia & Vitimologia,* p. 58, 2022. Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/143796/2/576884.pdf#page=48>. Acesso em: 27 nov. 2022.

> especialmente nas revoltantes discriminações raciais, econômicas e sociais. Imagine-se um arrastão policial desse tipo feito na saída do aeroporto de Brasília, São Paulo ou qualquer outra capital? Ou mesmo num badalado *shopping center*? Impensável! Até porque, após tamanho suicídio político, cairia toda a cúpula da segurança pública... É assim que nasce a seletividade penal, tão bem explicada pelo *labeling approach*.[51]

Destarte, a busca pessoal realizada de maneira indiscriminada, além de não se mostrar eficaz em lidar com a criminalidade em seus níveis mais elevados, que são os que afetam de maneira mais significativa a segurança pública, contribui para a criação de um Estado despreocupado com o tirocínio policial, acabando por agravar a situação de vulnerabilidade social pré-existente, estigmatizando, oprimindo, subjugando e controlando as camadas sociais menos privilegiadas, que são frequentemente vítimas de criminalização secundária. Entende-se que "para além da eventual responsabilização por abusos e ilícitos, essa preocupação há de se dirigir igualmente a iniciativas propositivas em direção ao desenho da própria política criminal e de segurança pública do Estado"[52] voltadas a combater o preconceito, haja vista que

> [...] não se pode compreender a criminalidade se não se estuda a ação do sistema penal, que a define e reage contra ela, começando pelas normas abstratas até a ação das instâncias oficiais (polícia, juízes, instituições penitenciárias que as aplicam), e que, por isso, o *status* social de delinquente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle social da delinquência, enquanto não adquire esse *status* aquele que, apesar de ter realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado, todavia, pela ação daquelas instâncias. Portanto, este não é considerado e tratado pela sociedade como "delinquente". Neste sentido, o *labeling approach* tem se ocupado principalmente com as reações das instâncias oficiais de controle social, consideradas na sua função constitutiva em face da criminalidade. Sob este

[51] LOPES JUNIOR, *idem*. 2020.

[52] SUXBERGER, *idem*, 2022, p. 62.

> ponto de vista tem estudado o efeito estigmatizante da atividade da polícia, dos órgãos de acusação pública e dos juízes.[53]

Se faz necessário, então, que a reprodução do tirocínio policial seja evitada e que os fatos concretos sejam sopesados pelo Poder Judiciário, principalmente quando a medida for justificada de forma vaga e/ou capaz de traçar um perfil racial/social, motivo pelo qual

> é recomendável a adoção de uma metódica decisória para o controle *a posteriori* das justificativas concretas que fundamentam abordagens pessoais, de forma a evitar a convalidação de medidas ilegais e abusivas, perpetradas por órgãos de segurança pública. A licitude das provas colhidas em abordagens pessoais carece da adequada construção da norma jurídica, decorrente dos textos normativos consignados nos arts. 240, § 2º, e 244 do Código de Processo Penal. A metódica estruturante pode servir como importante instrumento de controle dos argumentos veiculados nas decisões judiciais. Por meio dela é possível avaliar de que modo as decisões respeitaram as diretivas de conteúdo dos textos normativos relevantes. A decomposição analítica das decisões pode servir para verificar em que medida foi preservado o conteúdo normativo e em que medida o texto foi dissolvido por considerações valorativas.[54]

Posto isto, pondera-se que "[...] uma mudança legislativa é imprescindível para corrigir tais distorções"[55], mas, igualmente, um controle judicial mais rígido e direcionado. Assim como pontuou Schietti, "é preciso que todos os integrantes do sistema de justiça criminal façam uma reflexão conjunta sobre o papel que ocupam na manutenção da seletividade racial"[56], pois uma colaboração entre as diferentes institui-

---

[53] BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal:* introdução à sociologia do Direito Penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6ª ed. – Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2ª reimpressão. 2014, p. 86.

[54] GOMES; GONÇALVES, *idem*, 2022.

[55] LOPES JUNIOR, 2020, [n.p.].

[56] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *Recurso em Habeas Corpus nº 158580-BA (2021/0403609-0)*. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. Data de julgamento: 19 de abril de 2022. Data de publicação: 19 de abril de 2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/

ções envolvidas no processo de busca pessoal, como as forças policiais, o Ministério Público e o Poder Judiciário, é crucial para assegurar que a busca pessoal seja realizada dentro dos limites legais e com base em critérios objetivos, evitando abusos e violações dos direitos individuais. Este diálogo interinstitucional para a construção de alternativas que moldem o problema em toda a sua complexidade deve ser pensado e aplicado proporcionalmente, tanto pelo Poder Judiciário, quanto pela autoridade policial no exercício do poder de polícia, uma vez que

> [...] sem o necessário diálogo interinstitucional na construção de alternativas, seguidamente ao chamado realizado pelo Judiciário em casos assim, o litígio estratégico fracassa como estratégia comunicacional. Como experimento em Criminologia pública, ou a decisão se insere no debate público mais aprofundado ou, de maneira negativa às reações institucionais, converte-se em apenas uma decisão isolada de caso.[57]

Posto isto, conclui-se que a interação entre estes atores da justiça permitiria a supervisão mútua e a revisão das ações realizadas, assegurando que os procedimentos de busca estejam em maior conformidade com a legislação e os direitos constitucionais, fortalecendo o sistema de controle e equilíbrio entre as instituições e promovendo a salvaguarda dos direitos dos cidadãos.

A partir desse precedente paradigmático do Superior Tribunal de Justiça, que delineou parâmetros interpretativos mais rigorosos para a noção de "fundada suspeita", passa-se ao exame das decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Paraná no período delimitado pela pesquisa. A análise do TJPR permite verificar em que medida a corte estadual assimilou, aplicou ou eventualmente se distanciou das balizas fixadas pelo STJ. Tal comparação não apenas ilumina a prática concreta de aplicação do art. 244 do CPP no âmbito local, mas também evidencia a heterogeneidade de critérios utilizados pelos magistrados paranaenses, reforçando a

---

eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=151144910&registro_numero=202104036090&peticao_numero=&publicacao_data=20220425&formato=PDF>. Acesso em: 27 nov. 2022.

[57] SUXBERGER, 2022, p. 64.

relevância de se confrontar o plano normativo e o entendimento da corte superior com a realidade jurisprudencial do tribunal *a quo*.

3. Análise jurisprudencial dos critérios de legalidade adotados em decisões do TJPR no período de 01 de abril de 2022 à 23 de abril de 2023

Diante da brecha existente entre a significação e a aplicação da medida, guiou-se pelo interesse da repercussão desta no campo jurídico, e, ante as incontáveis decisões acerca da temática no Brasil e a impossibilidade de análise da totalidade destas, optou-se pelo estudo por amostragem das decisões do TJPR.

Tomando o RHC nº 158.580/STJ como parâmetro de análise, passa-se ao exame destes julgados, com o objetivo de verificar em que medida as fundamentações utilizadas pelo tribunal local alinham-se às balizas traçadas pelo Superior Tribunal de Justiça ou, ao contrário, mantêm critérios próprios de interpretação. Tal estrutura metodológica possibilita compreender de modo mais claro a repercussão prática do precedente superior no tribunal *locus* do estudo, aprofundando a exploração dos dados empíricos antes de articulá-los à literatura especializada.

Preliminarmente, fez-se a coleta de dados para, em seguida, apresentar os resultados e discussões decorrentes do material coletado, de uma maneira quantitativa. Para além desta abordagem, por conseguinte, procurou-se apontar, do ponto de vista qualitativo, as razões de decidir nos acórdãos pesquisados no referido interregno. Por fim, baseando-se no método dedutivo, e também, com lastro em análise documental e bibliográfica, buscou-se verificar se as respostas dadas pelo TJPR estão de acordo com as exigências do texto constitucional e infraconstitucional do art. 240 e 244 do CPP.

Realizado o recorte deste decisor local, em procura realizada no sítio eletrônico do TJPR, com acesso final na data 23 de abril de 2023, investigou-se decisões de matéria criminal, sendo que, como indexação, usou-se do termo "busca pessoal", o que resultou em trezentos e quatorze (314) registros. A partir deste primeiro contato, separou-se aquelas proferidas entre o lapso temporal de 01 de abril do ano de 2022 à 23 de

abril de 2023, sendo dispensadas as que estão em segredo de justiça, bem como, evitando a classe processual de embargos de declaração.

Cumpre esclarecer que, em 19 de abril de 2022 foi julgado pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça o Recurso em Habeas Corpus n. 158.580/BA[58], e, à vista disso, inicialmente pensou-se em utilizar deste julgado como norteador para a análise das decisões do TJPR, pois, apesar de seu caráter não-vinculante, presumiu-se que este teria uma centralidade nas decisões subsequentes[59], motivo pelo qual optou-se pelo recorte temporal de 01 de abril de 2022 (dezoito dias antes do julgamento do RHC 158.580/STJ) à 23 de abril do corrente ano, objetivando uma análise contemporânea, captando eventuais decisões imediatamente anteriores ao precedente e permitindo a comparação entre práticas já em curso no tribunal e aquelas posteriores ao novo parâmetro fixado pelo STJ dentro do período de 12 meses posteriores ao início da pesquisa.

Por conseguinte, explorou-se apenas as que dispensaram a necessidade de mandado judicial, amparadas pelo art. 244 do CPP, excluindo as hipóteses de busca pessoal iniciada no curso de prisão ou determinada no curso de busca domiciliar, abrangendo, especificamente, as que tomaram como base a "fundada suspeita" de posse de arma proibida ou objeto de corpo de delito.

Ainda, optou-se pela análise das decisões em que a busca pessoal foi exercida pelos órgãos a que o art. 144 da CF/88 faz menção, suprimindo aquelas praticadas por Guardas Municipais, por exemplo. Ademais, foram consideradas decisões em que se reconheceu um único réu, este, maior de dezoito (18) anos (dispensando àquelas em que houve envolvimento de adolescente), com pedido acerca da temática formulado em juízo de primeiro grau e com decisão unânime quando levada à instância

---

[58] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *Recurso em Habeas Corpus nº 158580-BA (2021/0403609-0)*. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. Data de julgamento: 19 de abril de 2022. Data de publicação: 19 de abril de 2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=151144910&registro_numero=202104036090&peticao_numero=&publicacao_data=20220425&formato=PDF>. Acesso em: 27 nov. 2022.

[59] Ao final do exame, constatou-se que em apenas seis (6) dos acórdãos houve menção à referida decisão do RHC n. 158.580/BA.

ad quem, no intuito de afunilar o presente estudo, totalizando setenta e cinco (75) decisões.[60]

Das setenta e cinco (75) decisões que compuseram a amostra final, cinco (5) delas apresentavam fundamentações judiciais que não se enquadravam em nenhum dos critérios gerais definidos pela pesquisa, tais como "atitude suspeita", "local conhecido pelo cometimento de ilícitos", "denúncia anônima", entre outros. Por esse motivo, essas decisões não foram computadas nas análises estatísticas relativas aos fundamentos jurídicos da busca pessoal, embora permaneçam integradas à amostra geral do estudo.

Finalizada a coleta de dados, destacaram-se seis (6) discursos que foram selecionados por serem comuns e repetitivos, a saber: 1) atitude suspeita; 2) local conhecido pelo cometimento de ilícitos; 3) indivíduo conhecido pelo cometimento de ilícitos; 4) denúncias anônimas ou feitas por pessoas não identificadas; 5) investigações prévias; e, por último, a 6) dispensa de objetos e/ou drogas, antes de abordagem ser anunciada através de comando verbal.

Importa ressaltar que, acerca do critério da "atitude suspeita", abrangeu-se múltiplas condutas executadas pelos indivíduos abordados, quais sejam: demonstrar nervosismo, mudar de rota, evadir-se/dar fuga, estacionar o carro, parar em local ermo, adentrar residência ou comércio, "apurar o passo", levantar rapidamente, entregar "algo" a alguém, tirar "algo" do bolso e colocar na mochila, "circuitar", movimentação a indicar traficância, e, por fim, esconder-se entre carros.

Ainda, utilizou-se da expressão "local conhecido pelo cometimento de ilícitos" em razão de um julgado que considerou a "região conhecida pela frequente ocorrência de práticas delitivas"[61] como critério autori-

---

[60] Conjunto de dados brutos depositados em: TAQUES, Maria Eduarda Fernandes; SEBASTIÃO FILHO, Jorge; LUNELLI, Francieli. Dados de replicação para: "A busca pessoal e a "fundada suspeita" – uma análise dos critérios da medida adotados em decisões do Tribunal de Justiça do Paraná em 2022 e 2023", SciELO Data, 2025. https://doi.org/10.48331/scielodata.EWCLFH

[61] Cf. BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná (2ª Câmara Criminal). *Acórdão nº 0001322-88.2017.8.16.0050*. Relator: Desembargador Josceli-to Giovani Cé. Bandeirantes. Data de julgamento: 16 de novembro de 2022. Data de publicação: 16 de novembro de 2022. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000020420551/

zador da busca pessoal, entretanto, a expressão predominante foi "local conhecido pelo tráfico de drogas/entorpecentes". Com relação ao critério das "investigações prévias", considerou-se a "vigilância" e as "campanas".

A partir da leitura do inteiro teor dos acórdãos, inicialmente, uma organização genérica por assunto abordado foi realizada, com anotação manual dos dados obtidos. Foram consideradas a totalidade das decisões, no sentido de identificar padrões ou tendências gerais em relação às motivações por trás das buscas pessoais, ocasião em que se estabeleceu quantas decisões fizeram menção aos discursos apontados, ainda que de forma conjunta: indivíduo conhecido pelo cometimento de ilícitos: 4%; Investigações prévias: 6,67%; Dispensa de objetos e/ou drogas: 10,67%; Denúncias anônimas ou feitas por pessoas não identificadas: 33,3%; Local conhecido pelo cometimento de ilícitos: 36%; Atitude suspeita: 70,67%.

Em um segundo momento, as decisões, em sua totalidade, foram analisadas de acordo com seu resultado, o que permitiu uma classificação mais precisa das motivações da busca pessoal, levando em consideração o desfecho da decisão. Extraiu-se então que, destas, setenta (70) decidiram por manter a sentença condenatória ou denegar o Habeas Corpus (HC) impetrado, duas (2) mantiveram a sentença absolutória, duas (2) reformaram a sentença para condenatória e uma (1) para absolutória.

A análise concentrou-se nas decisões que resultaram na manutenção da condenação ou na denegação do HC, com o objetivo de evidenciar de maneira mais precisa as razões que fundamentaram tais conclusões, examinando os argumentos destacados de forma isolada, de modo que cada fundamento foi considerado separadamente, permitindo identificar as motivações específicas que legitimaram a realização da busca pessoal em cada caso. Por fim, importa esclarecer que os trechos destacados dos acórdãos foram selecionados por amostragem, não com o intuito de esgotar a análise das decisões, mas de exemplificar os argumentos recorrentes utilizados pela Corte.

Nesta esfera, constatou-se que treze (13) destas decisões consideraram como legal a busca pessoal realizada unicamente pautada em uma "atitude suspeita" do indivíduo, o que conforme explicitado anteriormente,

---

Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0001322-88.2017.8.16.0050#integra_4100000020420551>. Acesso em: 12 set. de 2025.

é incompatível com o texto do art. 244 do CPP. Exemplificadamente, no acórdão nº 0001286-25.2022.8.16.0162, o relator entendeu legítima a busca pessoal, pois "[...] o ora apelante [...] apresentou visíveis sinais de desconforto com a presença da equipe policial e, ao ser questionado sobre sua origem e destino, apresentou excessivo nervosismo, a refletir indicativos substanciais de transportar algo ilícito". A decisão também se fundamenta nos depoimentos dos policiais militares, segundo os quais o indivíduo "[...] demonstrou intenso nervosismo, ensejando que fosse realizada busca em seus pertences [...]", além de que "a abordagem aconteceu pela circunstância dele ficar incomodado"[62]. Já em outro julgado (acórdão nº 0001306-80.2023.8.16.0000), a Corte reconheceu a legalidade da busca fundamentada no depoimento dos milicianos, que afirmaram que: "[...] durante patrulhamento, se depararam com atitude suspeita por parte do veículo quando avistaram a viatura, e na abordagem, durante a revista pessoal foram encontradas munições no bolsa da calça do paciente"[63].

Observou-se que os policiais mencionam uma atitude ou situação como suspeita, ou até limitam-se a indicar a própria expressão de "fundada suspeita" como forma de legitimar uma suspeição que, embora diferente dos requisitos estabelecidos pela lei, pretende confundir-se com esta, estratégia que tem obtido sucesso, uma vez que o discurso policial, mesmo vago e incompleto – muitas vezes nem mesmo concretamente descritas pelos policiais –, tem sido consistentemente endossado pelas autoridades judiciais[64].

---

[62] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (4ª Câmara Criminal). *Acórdão nº 0001286-25.2022.8.16.0162*. Relator: Juiz Substituto 2º Grau Eduardo Novacki. Data do Julgamento: 13/03/2023. Data de publicação: 13/13/2023. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000023407051/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0001286-25.2022.8.16.0162>. Acesso em: 12 set. 2025.

[63] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (5ª Câmara Criminal). *Acórdão nº 0001306-80.2023.8.16.0000*. Relator: Juiz Substituto 2º Grau Humberto Goncalves Brito. Data do julgamento: 02/03/2023. Data de publicação: 03/03/2023. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000023607941/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0001306-80.2023.8.16.0000>. Acesso em: 12 set. 2025.

[64] WANDERLEY, *idem*, 2017a.

No acórdão nº 0002045-66.2020.8.16.0062, a Corte rejeitou a preliminar de nulidade da busca pessoal e veicular, destacando que os policiais somente abordaram o réu "[...] porque demonstrou bastante nervosismo quando avistou a viatura da equipe policial, mudando rapidamente de destino a ponto de quase desligar o veículo". Como registrado na decisão, tratou-se de "[...] comportamento que deu ensejo a fundada suspeita a – pela experiência dos agentes da força pública – de que estivesse com algum objeto ilícito [...]"[65].

Enquanto que, no acórdão nº 0076839-79.2022.8.16.0000, o relator igualmente reconheceu a justa causa para a ação policial, destacando a "[...] atitude nervosa e suspeita do Paciente ao avistar a viatura policial". Conforme os autos, "[...] em patrulhamento os policiais visualizaram duas pessoas que, ao avistarem a viatura, mudaram de direção e se separaram, aproximando-se novamente de um veículo. Diante desse comportamento incomum, realizou-se a abordagem [...]"[66].

Ocorre que, como critério autorizador da medida, ao fazer referência apenas à "comportamento evasivo" e "fuga", por exemplo, impacta-se desproporcionalmente as minorias, que, "[...] por uma diversidade de razões – muitas delas legítimas – [...] tendem a temer e a não confiar na polícia, e, portanto, terem mais probabilidade de mudar a rota ou até mesmo fugir ao visualizarem um policial"[67]. Portanto, como já se disse,

---

[65] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (4ª Câmara Criminal). *Acórdão nº 0002045-66.2020.8.16.0062*. Relator: Desembargador Renato Naves Barcellos. Data do Julgamento: 11/03/2023. Data de publicação: 15/03/2023. Disponível em: < https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000023494821/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0002045-66.2020.8.16.0062>. Acesso em: 13 set. 2025.

[66] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (3ª Câmara Criminal). *Acórdão nº 0076839-79.2022.8.16.0000*. Relator: Juiz Substituto 2º Grau Eduardo Novacki. Data do Julgamento: 30/01/2023. Data de publicação: 30/01/2023. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000023460081/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0076839-79.2022.8.16.0000>. Acesso em: 13 set. 2025.

[67] GOMES, Nestor Castilho; GONÇALVES, Ana Carolina Torres. Abordagem Policial, Seletividade e Fundada Suspeita: Contribuições da Teoria Estruturante do Direito. *Revista Direito Público*, [S. l.], v. 19, n. 103, p. 249, Jul./Set. 2022. DOI: 10.11117/rdp.v19i103.6591. Disponível em: <https://doi.org/10.11117/rdp.v19i103.6591>. Acesso em: 26 nov. 2022.

sustentar-se unicamente pela desconfiança ou pressentimento da autoridade policial, sem apresentar quaisquer justificativas objetivas de que o indivíduo estava em posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, que permitam a devida aplicação da busca pessoal, restringindo-se à menção de termo genérico de que o indivíduo estava em "atitude suspeita", ou, que apresentou "nervosismo" ao avistar a equipe policial, baseado em suspeições inconcretas, inseguras e absolutamente questionáveis, traduzem-se em medida aplicada de forma ilegal e arbitrária, devendo ser combatida legalmente, o que não se apresentou nestes casos, traduzindo-se em relevante insegurança jurídica à luz do CPP e da CF/88.

Ainda, notou-se que dezenove (19) utilizaram-se do critério da "atitude suspeita" junto da argumentação de que o local era conhecido pelo cometimento de ilícitos ou pelo tráfico de drogas, e que, por estes motivos, possibilitar-se-ia a busca pessoal, uma vez que, nestes casos, a segurança pública prevaleceria em relação aos direitos individuais.

No acórdão nº 0002896-91.2020.8.16.0196, a Corte reconheceu a legitimidade da busca pessoal, considerando que "[...] os policiais estavam patrulhando por uma região conhecida por ser ponto de venda de drogas e constataram que o réu, ao avistar a viatura, demonstrou certo nervosismo, o que motivou a suspeita sobre o seu comportamento e motivou sua abordagem [...]". A Corte ainda ressaltou que "[...] a presença em local utilizado rotineiramente para a prática do crime de tráfico de drogas possibilita a busca pessoal, pois, nesta situação, a segurança pública prevalece em relação a direitos individuais"[68] (BRASIL, 2020), evidenciando que a conjugação entre o local e a reação do indivíduo constitui fundamento suficiente para a diligência.

De forma análoga, no acórdão nº 0011049-54.2019.8.16.0033, a Corte ressaltou que o requisito legal previsto no art. 244 do CPP restou atendido, uma vez que a busca pessoal decorreu de fundada suspeita

[68] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (4ª Câmara Criminal). *Acórdão nº 0002896-91.2020.8.16.0196*. Relatora: Desembargadora Dilmari Helena Kessler. Data do Julgamento: 07/08/2022. Data de publicação: 12/08/2022. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000020074881/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0002896-91.2020.8.16.0196>. Acesso em: 13 set. 2025.

conjugando dois elementos: "[...] estar em local conhecido por tráfico e a demonstração de nervosismo"[69].

Ainda, no acórdão nº 0004371-83.2023.8.16.0000, consignou-se, a partir do boletim de ocorrência, que os policiais, "[...] em patrulhamento por região conhecida pela venda de entorpecentes, avistaram o paciente agachado mexendo em entulhos na calçada [...]" e que, ao notar a aproximação da viatura, "[...] se levantou rapidamente [...]". Em razão deste comportamento suspeito, foi dada voz de abordagem ao indivíduo. Destaca-se ainda, de forma relevante, que o local da abordagem é reconhecido pela polícia como ponto de tráfico, fato que constituiu fundamento central para a decisão[70].

A prática da medida fundada apenas em torno destes discursos, como ferramenta de atuação preventiva, busca alcançar finalidades diferentes da obtenção de provas de crime passado ou à interrupção de atividade prejudicial em curso. Em vez disso, os objetivos gerais do policiamento ostensivo recebem maior ênfase, como a manutenção da ordem, a prevenção geral de crimes, o reforço da autoridade policial e a intimidação de potenciais criminosos, o que resulta em buscas guiadas por uma racionalidade diferente, baseada em outras formas de buscar a verdade[71]. Nestes casos,

> A autoridade policial é levada a tratar o investigado como objeto de tutela da segurança pública, esquecendo-se de que durante o inquérito policial busca-se exclusivamente o apontamento de subsídios suficientes para, em um juízo de probabilidade, superar

---

[69] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (5ª Câmara Criminal). *Acórdão nº 0011049-54.2019.8.16.0033*. Relator: Juiz Substituto 2º Grau Humberto Goncalves Brito. Data do Julgamento: 13/06/2022. Data de publicação: 13/06/2022. Disponível em: < https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000018776631/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0011049-54.2019.8.16.0033>. Acesso em: 13 set. 2025.

[70] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (5ª Câmara Criminal). *Acórdão nº 0004371-83.2023.8.16.0000*. Relator: Desembargador Ruy Alves Henriques. Data do Julgamento: 13/06/2022. Data de publicação: 13/06/2022. Disponível em: < https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000018776631/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0011049-54.2019.8.16.0033>. Acesso em: 13 set. 2025.

[71] WANDERLEY, *idem*, 2017a.

> a presunção de inocência e autorizar o juiz ao recebimento da denúncia. À autoridade policial não incumbe reforçar o sentimento de "segurança" coletiva, seja tratando de obter provas a todo o custo, [...] seja espetacularizando a prisão. O que de fato deve ser esclarecido é que a investigação criminal tem por fito a reunião de elementos informativos a fim de subsidiar a *opinio delicti*.[72]

Importa ressaltar que, em dezessete (17) destas dezenove (19) decisões, o indivíduo sequer foi visto arremessando ou dispensando substâncias entorpecentes, ou seja, somente estava passando pela via, quando então resolveram abordá-lo. Não há como supor que, em razão de uma região inteira ser local comumente conhecido pela traficância, a busca pessoal seja autorizada a todos que estejam na localidade, ainda que de passagem – estes, taxados como suspeitos –, com base somente na intuição policial.

Caso contrário, sinais subjetivamente forjados em suas mentes durante o cotidiano de sua experiência de policial são infligidos a determinados indivíduos ou grupos, aqueles vulneráveis ao flagrante policial nas vias públicas, como o *locus* privilegiado das ações da polícia. Isso porque, "a fundamentação "área conhecida pela criminalidade" praticamente garante que a "suspeita razoável" irá atingir desproporcionalmente minorias socioeconomicamente desfavorecidas"[73].

Partindo-se da premissa que os agentes de segurança pública agem "imbuídos de boa-fé", e que seus depoimentos se revestem de credibilidade, como consequência, a persecução penal desencadeada sustenta-se pela díade "apreensão da droga" e "palavra do policial", esta, que provavelmente será o veredicto final quando analisada pelo aparato judicial[74], o que certamente notou-se quando do exame das decisões.

---

[72] LOPES JUNIOR, Aury. *Investigação preliminar no processo penal*. Ricardo Jacobsen Gloeckner. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 261-262.

[73] GOMES, Nestor Castilho; GONÇALVES, Ana Carolina Torres. Abordagem Policial, Seletividade e Fundada Suspeita: Contribuições da Teoria Estruturante do Direito. *Revista Direito Público,* [S. l.], v. 19, n. 103, p. 249, Jul./Set. 2022. DOI: 10.11117/rdp.v19i103.6591. Disponível em: <https://doi.org/10.11117/rdp.v19i103.6591>. Acesso em: 10 set. 2025.

[74] WANDERLEY, *idem*, 2017a.

Portanto, "no caso do tráfico de drogas, a discricionariedade em aplicar o flagrante delito para situações de reduzido grau de evidência pode estar criando um sistema *sui generis* de controle social, em que a regra é a prisão e a exceção é a liberdade"[75].

Ademais, essa problemática traduz-se em falhas na sua estrutura jurídica, uma vez que, perante a ausência de investigações prévias, seu propósito de garantir a segurança pública e de repressão ao tráfico de drogas não é alcançado de forma eficiente.

> Como a abordagem em via pública é casual, dissociada de investigação prévia ou posterior, um resultado inevitável é a sistemática insuficiência probatória quanto à destinação da droga, elemento diferenciador dos tipos penais do artigo 28 (drogas destinadas ao consumo próprio) e do artigo 33 (drogas não destinadas ao consumo próprio) da Lei nº 11.343/06. Deveras, não há um conjunto probatório robusto quanto à conduta efetivamente praticada pelo indivíduo abordado, pois há poucos elementos para definir se este atuava como usuário ou traficante. Assim, a distinção entre tais tipos, que seria fortalecida, *v.g.*, a partir de investigação quanto a prévias transações de drogas pelo preso, vinculações a associações criminosas ou porte de instrumentos preparatórios, é relegada a meras ilações e presunções e em assertivas dos policiais quanto à dinâmica da abordagem, em geral associadas à apreensão de dinheiro em espécie, ao local em que ocorreu o flagrante, ao modo de acondicionamento da droga, à situação empregatícia/profissional do acusado, entre outras.[76]

Deste modo, limita-se a reprimir apenas a última escala da venda da droga ou os usuários, enquanto que as redes organizadas de produção e distribuição da droga entre os fornecedores continuam intactas, acabando

---

[75] ROMANO, Pedro Machado de Melo; SILVA, Bráulio Figueiredo Alves, 2021, p. 725 *apud* GOMES, Nestor Castilho; GONÇALVES, Ana Carolina Torres. Abordagem Policial, Seletividade e Fundada Suspeita: Contribuições da Teoria Estruturante do Direito. *Revista Direito Público,* [S. l.], v. 19, n. 103, p. 240, Jul./Set. 2022. DOI: 10.11117/rdp.v19i103.6591. Disponível em: <https://doi.org/10.11117/rdp.v19i103.6591>. Acesso em: 26 nov. 2022.

[76] WANDERLEY, *idem*, 2017a, p. 84.

por apenas nutrir um encarceramento em massa discriminatório a partir da contenção de uma mesma camada social vulnerável.[77]

Outro argumento apontado em três (3) julgados teria sido o fato de o indivíduo ser conhecido pelo meio policial[78]. Entretanto, aceitá-lo como base para autorizar uma busca pessoal teria como consequência permitir que qualquer indivíduo que tenha um registro criminal seja revistado constantemente pelas forças policiais, resultando em uma inaceitável espécie de pena restritiva de liberdade perpétua, muitas vezes antes mesmo de ser imposta oficialmente.

Isso significaria que mesmo após cumprir a sanção penal, ou antes de uma condenação, qualquer sentenciado, acusado ou investigado, a qualquer momento, poderia ser detido e submetido a revistas incessantes, sob o pretexto de "conformidade", impondo-o uma "marca" de suspeição. Essa interpretação é contrária aos princípios fundamentais do sistema penal, que visam proteger os direitos individuais, como a presunção de inocência, a proporcionalidade das penas e a dignidade da pessoa humana.

Em outra perspectiva, daqueles em que se decidiu por manter a sentença condenatória ou denegar o HC, constatou-se a repetição em

---

[77] *Ibidem*.

[78] Destaca-se o julgado nº 0007161-23.2022.8.16.0017 (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (5ª Câmara Criminal). *Acórdão nº 0007161-23.2022.8.16.0017*. Relator: Desembargador Jorge Wagih Massad. Data de julgamento: 10/12/2022. Data de publicação: 12/12/2022. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000022606861/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0007161-23.2022.8.16.0017>. Acesso em: 13 set. 2025) que se baseou unicamente no argumento de que o indivíduo era "conhecido pelo cometimento de ilícitos" para autorizar a busca pessoal, enquanto que nos outros dois entendimentos (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (5ª Câmara Criminal). *Acórdão nº 0004293-28.2018.8.16.0174*. Relator: Desembargador Jorge Wagih Massad. Data de julgamento: 28/01/2023. Data de publicação: 01/02/2023. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000021776791/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0004293-28.2018.8.16.0174>. Acesso em: 13 set. 2025; e, BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (5ª Câmara Criminal). *Acórdão nº 0009833-13.2022.8.16.0014*. Relator Juiz Substituto 2º Grau Humberto Goncalves Brito. Data de Julgamento: 30/03/2023. Data de publicação: 30/03/2023. Disponível em: < https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000022755111/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0009833-13.2022.8.16.0014>. Acesso em: 13 set. 2025) este argumento foi ponderado juntamente da fundamentação de "atitude suspeita" e/ou "local conhecido pelo cometimento de ilícitos".

cinco (5) julgados nos quais as buscas pessoais foram consideradas legais diante do argumento de que o indivíduo estava em "atitude suspeita" em conjunto da existência de denúncias anônimas, enquanto as que se basearam tão somente nestas denúncias totalizaram seis (6) julgados.

No acórdão nº 0015499-63.2021.8.16.0035, a Corte entendeu que abordagem foi amparada por denúncia anônima e elementos concretos, caracterizando fundada suspeita, legitimando a busca e reforçando a validade da decisão condenatória, ao mencionar que "[...] conforme relatado pelos policiais, eles haviam recebido uma denúncia de uma pessoa que não quis ser identificada, a qual deu detalhes no sentido de que um rapaz [...] estaria vendendo drogas em uma cancha de futebol, que ele também estaria armado e ouviu que ele tinha envolvimento com um assassinato"[79], o que motivou a busca pessoal. De modo semelhante, no acórdão nº 0002272-27.2019.8.16.0083, também se manteve a condenação, fundamentando a busca pessoal e veicular unicamente em denúncia anônima relatada por policial militar, o qual "[...] teria recebido uma informação de que o condutor de um veículo Voyage de cor escura [...] estaria conduzindo o veículo e transitado de posse de uma arma de fogo. [...]"[80]

Cumpre esclarecer que as denúncias anônimas são comunicações recebidas pelas autoridades sem que a identidade do denunciante seja revelada, ou seja, se está diante de uma *delatio criminis* inqualificada, as quais podem conter informações relevantes sobre possíveis crimes ou infrações, levando as autoridades a considerarem a necessidade de realizar uma busca pessoal para investigar os fatos. No entanto, as denúncias anônimas, por si só, não devem autorizar automaticamente a realização

---

[79] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (3ª Câmara Criminal). *Acórdão nº 0015499-63.2021.8.16.0035*. Relator: Desembargador José Carlos Dalacqua. Data de Julgamento: 16/02/2023. Data de publicação: 16/02/2023. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000022825301/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0015499-63.2021.8.16.0035>. Acesso em: 13 set. 2025.

[80] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (3ª Câmara Criminal). *Acórdão nº 0002272-27.2019.8.16.0083*. Relator: Desembargador José Mauricio Pinto de Almeida. Data de Julgamento: 08/08/2022. Data da publicação: 12/08/2022. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000018442001/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0002272-27.2019.8.16.0083>. Acesso em: 13 set. 2025.

de uma busca pessoal, por se tratar de uma medida invasiva e restritiva de direitos individuais. Neste mesmo sentido, Gustavo Henrique Badaró defende que:

> Com base nas informações contidas nas denúncias anônimas, a polícia pode iniciar a prática de atos de investigação rotineiros, visando a verificar sua veracidade. [...] Não será possível, porém, com base exclusivamente em denúncia anônima requerer interceptação telefônica, busca e apreensão ou qualquer outro meio de obtenção de prova. Isso porque, sendo destituída de valor jurídico, não poderá caracterizar-se sequer como elemento representativo do *fumus commissi delicti*, necessário para tais medidas.[81]

Para que seja realizada de maneira legítima, a autoridade policial terá que se convencer, primeiro, da provável veracidade dos fatos narrados, por meio da existência de fundadas razões e indícios concretos, com o objetivo de proteger a privacidade, a intimidade e a dignidade das pessoas. Destarte, o processo deve ocorrer de forma gradual, à medida que se progride de um juízo de possibilidade, baseado em indícios mínimos, para um juízo de probabilidade, apoiado em indícios suficientes.

Estas podem desencadear um processo investigativo, mas a realização de uma busca pessoal dependerá da existência de outros indícios ou elementos que corroborem as informações apresentadas na denúncia, podendo incluir outras evidências, como depoimentos de testemunhas, informações obtidas por meio de investigações preliminares ou qualquer outro meio que traga maior consistência às alegações apresentadas, o que ocorreu em apenas quatro (4) das decisões, estas, que averiguaram antecipadamente a real necessidade da realização da busca pessoal e foram decididas de uma maneira mais adequada à luz do CPP e da CF/88.

Caso contrário, o acolhimento por si só da delação anônima, permitiria a prática do denuncismo inescrupuloso, voltado a prejudicar desafetos, impossibilitando eventual indenização por danos morais ou materiais, assim como eventual responsabilização criminal pelo delito

[81] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 3. ed. revi, atual, e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 124-125.

de denunciação caluniosa (art. 339, CP), o que ofenderia os princípios consagrados nos incisos V e X do art. 5º da CF[82].

Finalizada a análise jurisprudencial, foi constatado que, em pelo menos quarenta e seis (46) dos setenta (70) casos que resultaram na manutenção da sentença condenatória ou denegação do HC, a busca pessoal foi considerada legal com base exclusivamente em elementos dotados de subjetividade, apenas fazendo referência a "atitudes suspeitas", denúncias anônimas e/ou a associação do local ou do indivíduo a atividades ilícitas, totalizando 65,71%. Esse percentual se decompõe da seguinte forma: Apenas atitude suspeita: 18,57%; Atitude suspeita + local conhecido pelo cometimento de ilícitos: 27,14%; Apenas denúncias anônimas ou feitas por pessoas não identificadas: 8,57%; Atitude suspeita + denúncias anônimas ou feitas por pessoas não identificadas: 7,14%; Indivíduo conhecido pelo cometimento de ilícitos: 4,29%. Desse modo, percebe-se a configuração de discursos recorrentes nas decisões que mantiveram a condenação ou denegaram a ordem de Habeas Corpus.

A utilização destes elementos subjetivos como base para autorizar uma busca pessoal cria dificuldades em uma validação posterior destes, sendo desafiador sustentar e comprovar a legalidade e a necessidade da medida, especialmente em um contexto de revisão judicial, uma vez que as motivações são intrinsecamente pessoais e podem variar de acordo com a percepção individual de cada policial ou autoridade envolvida, o que dificulta a objetividade e a coerência na fundamentação. Quando somente se faz indicação destes elementos, "[...] não se relaciona a um juízo de probabilidade da posse de corpo de delito ou arma proibida lastreado em indícios, mas sim a um juízo genérico de estranheza e (não) pertencimento do indivíduo em determinada conformação sócio espacial *(sic)*"[83].

A validação da aplicação da medida apenas com base em elementos subjetivos gera insegurança jurídica para os jurisdicionados, que não podem contar com uma orientação definitiva e consolidada sobre seus

---

[82] LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal:* volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

[83] WANDERLEY, Gisela Aguiar. A busca pessoal no direito brasileiro: medida processual probatória ou medida de polícia preventiva? *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 3, p. 1130, 2017b. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i3.96>. Acesso em: 11 mar. 2023.

direitos e obrigações, o que inclui também os agentes policiais. Enquanto na esfera judicial, quando não se consegue estabelecer uma orientação por meio de uma linha jurisprudencial uniforme e consolidada, os aplicadores do direito, incluindo magistrados, advogados e partes envolvidas, ficam diante de um cenário de incerteza e imprevisibilidade.

Nesse cenário, a análise das decisões do TJPR evidencia não apenas a ausência de critérios uniformes para a definição da fundada suspeita, mas também a dificuldade de consolidar parâmetros objetivos que reduzam a margem de discricionariedade judicial. Tal constatação reforça a necessidade de adotar um referencial interpretativo mais estável, capaz de orientar de forma clara tanto os magistrados quanto os demais operadores do direito. É justamente a partir dessa constatação empírica que se justificam as considerações finais deste estudo, nas quais se sugere a vinculação provisória ao precedente do Superior Tribunal de Justiça no RHC nº 158.580/BA, como forma de mitigar a insegurança jurídica até que sobrevenha a necessária reformulação normativa.

Considerações Finais

A busca pessoal tem como finalidade encontrar indícios materiais de um crime, conhecidos como corpo de delito, que servem como evidências da ocorrência de uma infração penal anterior. Aplicada como uma medida cautelar probatória, não possui um objetivo em si mesma, servindo apenas para cumprir a finalidade a que se destina, estando direta e intrinsecamente relacionada ao caso penal em questão, constituindo-se de duas características essenciais: referibilidade e instrumentalidade, e, portanto, impedida de ser aplicada preventivamente.

Mesmo tendo um objetivo claro, implica na relativização dos direitos fundamentais, já que a medida pode ocorrer na pessoa, inclusive em seu próprio corpo, traduzindo-se em prática invasiva e vexatória. Portanto, demonstrou-se necessário o sopesamento de direitos e a observância da proporcionalidade, imprescindíveis para evitar abusos e assegurar que a busca pessoal seja realizada de forma legal e adequada.

Observando os limites constitucionais e os critérios objetivos definidos pela legislação infraconstitucional, entendeu-se que há como

evitar que a abordagem seja autorizada por justificativas arbitrárias que violem ainda mais os direitos fundamentais da pessoa abordada, haja vista que a finalidade essencial do processo penal é proteger os direitos e garantias individuais, atuando como um instrumento para esse propósito.

Para tanto, o CPP estabeleceu as hipóteses em que a busca pessoal é permitida, sendo que, em certas situações, esta pode ser realizada sem autorização prévia do juiz, como durante uma prisão, no curso de busca domiciliar ou quando houver fundada suspeita de ocultação de arma ou objetos que constituam corpo de delito, hipótese última que foi tratada neste estudo. Apesar da amplitude do termo "fundada suspeita" adotado pela legislação, apontou-se como crucial que o artigo 244 seja interpretado de forma completa, sendo ilegal realizar buscas pessoais com base em uma indicação genérica de "atitude suspeita".

Por se tratar de uma medida cautelar probatória que envolve restrições às garantias fundamentais e requer a comprovação do *fumus comissi delicti*, não se permite uma interpretação extensiva ou analógica do rol do art. 240 do CPP, mas sim, uma interpretação explícita, clara e o mais taxativa possível, em conformidade com o princípio da legalidade no processo penal.

No entanto, a pesquisa jurisprudencial realizada demonstrou que, dos setenta (70) acórdãos que mantiveram a sentença condenatória ou denegaram o Habeas Corpus, quarenta e seis (46) fizeram menção apenas a elementos dotados de subjetividade.

Em treze (13) destes vigorou apenas o argumento da "atitude suspeita", sendo que em dezenove (19) destas decisões, este discurso foi ponderado junto da alegação de que o local seria conhecido pelo cometimento de ilícitos. Outros cinco (5) julgados entenderam como correta a aplicação da medida pautando-se em uma "atitude suspeita" em conjunto com a existência de denúncia anônima, enquanto que seis (6) decisões utilizaram-se unicamente deste último argumento. Por fim, em três (3) julgados, notou-se que o fato de o indivíduo ser "conhecido pelo cometimento de ilícitos" foi levado em consideração quando da justificativa da aplicação da medida.

Desta forma, concluiu-se que o TJPR, ao pautar-se em elementos subjetivos, ainda que abordados de forma conjunta, atua em significativa insegurança jurídica à luz do CPP – que exige a indicação de elementos

objetivos para a realização da busca pessoal, de maneira a preservar os direitos fundamentais do sujeito abordado previstos na CF/88 – além de perpetrar a validade destas buscas desvinculadas da sua finalidade legal probatória.

Verificou-se, portanto, que o procedimento da busca pessoal não tem seus requisitos rigorosamente observados quando justificada em critérios predominantemente subjetivos, o que, na prática, resulta em uma abordagem policial permitida em praticamente todos os casos. A fim de evitar a legitimação de sua utilização de maneira autoritária e em desacordo com os princípios constitucionais que protegem a dignidade humana e os direitos individuais, especialmente sobre aqueles em desvantagem social, é fundamental que o Poder Judiciário avance no debate por meio de julgamentos vinculantes, a fim de evitar restrições excessivas às autoridades responsáveis pela segurança e o enfraquecimento do sistema de segurança pública como um todo, resultando em nulidades declaradas posteriormente, bem como, de afetar, desproporcionalmente os indivíduos pertencentes às classes sociais mais pobres, que, como já explicitado, são os principais alvos da repressão penal ostensiva.

Sugeriu-se então, por ora, a vinculação do Recurso em Habeas Corpus n. 158.580 do TJBA, que estabeleceu diretrizes para a realização da busca pessoal e abordou temas relevantes como marginalização socioeconômica, racismo estrutural, abusos policiais e os papéis dos atores do sistema de justiça, o que poderia trazer benefícios, tanto para os aplicadores do direito quanto para os cidadãos, garantindo uma base confiável para embasar as decisões judiciais e proteger adequadamente os direitos fundamentais diante da atuação policial, até que ocorra a necessária (e tão aguardada) reformulação normativa.

Referências

BADARÓ, Gustavo Henrique Rigui Ivahy. Processo penal. 3. ed. revi, atual, e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6ª ed. – Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2011. 2ª reimpressão, 2014.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, 03 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 26 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Recurso em Habeas Corpus nº 158580-BA (2021/0403609-0). Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. Data de julgamento: 19 de abril de 2022. Data de publicação: 19 de abril de 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?Documento_tipo=integra&documento_sequencial=151144910&registro_numero=202104036090&peticao_numero=&publicacao_data=20220425&formato=PDF. Acesso em: 27 nov. 2022.

CANGERANA NETO, Francisco Alves. Busca pessoal e admissibilidade no processo penal dos elementos de prova obtidos. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, USP, São Paulo, 2017. Disponível em: https://doi.org/10.11606/D.2.2017.tde-27112020-171438. Acesso em: 11 mar. 2023.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 30. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

COLLINS, Patricia Hill; BILGE, Sirma. Interseccionalidade. Boitempo Editorial, 2021. https://doi.org/10.21167/9786557170519. Disponível em: http://www.ser.puc-rio.br/2_COLLINS.pdf. Acesso em: 13 set. 2025.

CRENSHAW, Kimberlé. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. Revista estudos feministas, v. 10, p. 171-188, 2002. https://doi.org/10.1590/S0104-026X2002000100011. Disponível em https://www.scielo.br/j/ref/a/mbTpP4SFXPnJZ397j8fSBQQ/abstract/?lang=pt. Acesso em 13 set. 2025.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Direito Constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES, Nestor Castilho; GONÇALVES, Ana Carolina Torres. Abordagem Policial, Seletividade e Fundada Suspeita: Contribuições da Teoria Estruturante do Direito. Revista Direito Público, [S. l.], v. 19, n. 103, p. 234-254, Jul./Set. 2022. DOI: 10.11117/rdp.v19i103.6591. Disponível em: https://doi.org/10.11117/rdp.v19i103.6591. Acesso em: 26 nov. 2022.

KNECHTEL, Maria do Rosário. Metodologia da pesquisa em educação: uma abordagem teórico-prática dialogada. Curitiba: Intersaberes, 2014.

LEMGRUBER, Letícia; FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. Busca pessoal no policiamento preventivo e repressivo. Fundamento constitucional e standards probatórios autorizadores. Revista ESMAT, [S. l.], v. 14, n. 24, p. 147–170, 2022. DOI: 10.29327/270098.14.24-8. Disponível em: https://doi.org/10.29327/270098.14.24-8. Acesso em: 25 mar. 2023.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. 1.952 p.

LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. Investigação preliminar no processo penal. Ricardo Jacobsen Gloeckner. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 28ª ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de direito processual penal. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ROSA, Alexandre Morais da. Guia do Processo Penal Estratégico: de acordo com a Teoria dos Jogos, 1ª ed., Santa Catarina: Emais, 2021.

SEBASTIÃO FILHO, Jorge. Interceptação Telefônica como Medida Cautelar Probatória nos Delitos Econômicos. Curitiba: Juruá, 2012.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Os limites à busca pessoal no STJ: um debate a partir da criminologia pública. Criminologia & Vitimologia, p. 47-66, 2022. Disponível em: https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/143796/2/576884.pdf#page=48. Acesso em: 27 nov. 2022.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. São Paulo: Saraiva, v. 3. 2012.

TAQUES, Maria Eduarda Fernandes; SEBASTIÃO FILHO, Jorge; LUNELLI, Francieli. Dados de replicação para: "A busca pessoal e a "fundada suspeita" - uma análise dos critérios da medida adotados em decisões do Tribunal de Justiça do Paraná em 2022 e 2023", SciELO Data, 2025. https://doi.org/10.48331/scielodata.EWCLFH

WANDERLEY, Gisela Aguiar. A busca pessoal no direito brasileiro: medida processual probatória ou medida de polícia preventiva? Revista Brasileira de

Direito Processual Penal, v. 3, p. 1117-1154, 2017b. Disponível em: https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i3.96. Acesso em: 11 mar. 2023.

WANDERLEY, Gisela Aguiar. Liberdade e suspeição no Estado de Direito o poder policial de abordar e revistar e o controle judicial de validade da busca pessoal. 290f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2017a. Disponível em: https://repositorio.unb.br/handle/10482/24089. Acesso em: 11 mar. 2023.

Authorship information

Maria Eduarda Fernandes Taques. Graduada em Direito pela Sociedade Educativa e Cultural Amélia (2023), com registro na Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Paraná (OAB/PR nº 125.034). mtaques.adv@gmail.com

Jorge Sebastião Filho. Graduado em Bacharelado em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (1994). Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba (2011). Pós-graduado em Direito Processual Penal e Ciência Penais pela PUC/PR (2006). Professor convidado do Curso de Especialização em Direito Processual Penal e Prática Penal da Universidade Estadual de Ponta Grossa. Foi Conselheiro Estadual da Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional do Paraná (2019/2021). Foi Presidente da Subseção de Ponta Grossa da OAB/PR (2022-2024). Sócio proprietário de Jorge Sebastião Filho Sociedade Individual de Advocacia, com registro na Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Paraná (OAB/PR nº 43.022). jorgesfylho@hotmail.com

Francieli Lunelli. Doutora em Ciências Sociais Aplicadas com período sanduíche na Universidade de Coimbra, em Portugal. Mestre em Ciências Sociais Aplicadas pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (2009). Pós-graduada em História, Arte e Cultura também pela UEPG (2006). Graduada em Licenciatura em História pela UEPG (2004) e em Licenciatura em Sociologia pela Uninter (2018). francieli.lunelli@professorsecal.edu.br

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

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

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

- *Maria Eduarda Fernandes Taques*: conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Francieli Lunelli*: methodology, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Jorge Sebastião Filho*: conceptualization, data curation, investigation, writing – original draft, validation.

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.

AI Usage Statement: Artificial intelligence was not used in this research.

Data Availability Statement: In compliance with open science policies, the dataset of this article is available in an open repository at the following link: https://doi.org/10.48331/scielodata.EWCLFH

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

- Submission: 17/03/2025
- Desk review and plagiarism check: 02/04/2025
- Correction round return 1: 10/04/2025
- Review 1: 27/04/2025
- Review 2: 27/04/2025
- Review 3: 22/05/2025
- Preliminary editorial decision: 05/09/2025
- Correction round return 2: 19/09/2025
- Preliminary editorial decision 2: 20/09/2025
- Correction round return 3: 27/09/2025
- Final editorial decision: 27/09/2025

Editorial team

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

How to cite (ABNT Brazil):

TAQUES, Maria Eduarda Fernandes; SEBASTIÃO FILHO, Jorge; LUNELLI, Francieli. A busca pessoal e a "fundada suspeita": uma análise dos critérios da medida adotados em decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná em 2022 e 2023. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 11, n. 3, e1193, set./dez. 2025. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v11i3.1193

License Creative Commons Attribution 4.0 International.

Função '*hash*' e a integridade da prova digital

'Hash' *Function and Digital Evidence Integrity*

Yuri Fisberg[1]

Universidade de São Paulo – São Paulo, SP, Brasil

yfisberg@usp.br

http://lattes.cnpq.br/4348179257348250

https://orcid.org/0009-0008-1220-6846

Resumo: O artigo aborda a função *'hash'* como ferramenta para garantir a integridade de dados digitais, examinando seus fundamentos, limitações e aplicação no contexto da cadeia de custódia de provas digitais. A despeito das previsões do Código de Processo Penal, as constantes inovações tecnológicas implicam desafios por sua natureza imaterial e volátil, que também tornam difícil padronizar e regulamentar os processos de coleta e preservação. A partir da leitura interdisciplinar da técnica computacional, dos fundamentos matemáticos e criptográficos com o exame jurisprudencial dos acórdãos do STJ que abordam a temática, a função '*hash*' é apresentada como (mais) uma técnica eficiente para verificar a integridade de dados digitais; mas não infalível, sujeita a limitações devido ao avanço das tecnologias de criptografia e ao risco de obsolescência de certos protocolos. O artigo demonstra inconsistências e divergências em precedentes sobre o tema, destacando a necessidade de equilíbrio entre o uso dessas ferramentas e a vigilância crítica sobre sua aplicação no contexto judicial. Conclui-se que, apesar das limitações, o código '*hash*' continua sendo uma ferramenta valiosa, mas deve ser aplicado com rigor técnico e conhecimento especializado, garantindo a confiabilidade da prova digital sem prejudicar o devido processo legal.

Palavras-chave: cadeia de custódia; *hash*; integridade digital; processo penal; forense.

[1] Doutorando da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Departamento de Processo – Penal). Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo. Especialista pela Escola Paulista da Magistratura. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo.

Abstract: *The article addresses 'hash' function as a tool to ensure digital data integrity, examining its foundations, limitations and application in the context of the chain of custody for digital evidence. Despite the provisions of the Code of Criminal Procedure, constant technological innovations present challenges due to the intangible and volatile nature of digital evidence, which also complicates the standardization and regulation of collection and preservation processes. From an interdisciplinary perspective, the 'hash' function could be used as an effective technique for verifying the integrity of digital data, but it is not infallible, subject to limitations due to advancements in encryption technology and the risk of obsolescence of certain protocols. The article demonstrates inconsistencies and divergences in precedents on the topic, highlighting the need for a balance between using these tools and maintaining critical oversight of their application in the judicial context. It concludes that, despite its limitations, the 'hash' code remains a valuable tool but must be applied with technical rigor and specialized knowledge, ensuring the reliability of digital evidence without compromising due process.*

Keywords: *chain of custody*; hash; *digital integrity*; *criminal procedure*; *forensic.*

1. INTRODUÇÃO

As últimas décadas refletem o movimento global de *virtualização*, "não apenas a informação e a comunicação, mas também os corpos"[2]. Exemplificando as conexões virtuais, no último Censo (2022) pouco mais de 60% dos domicílios brasileiros declararam estar conectados à rede de esgoto e saneamento[3], ao tempo que, levantamento de 2023, aponta93% da população nacional entre 16 e 63 anos como usuária do *WhatsApp*[4].

---

[2] LÉVY, Pierre. *O que é virtual?* Tradução Paulo Neves, 2ª Ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 11.

[3] INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Censo 2022*, Panorama Brasil. Brasília: IBGE, 2022, disponível em: < https://censo2022.ibge.gov.br/panorama/indicadores.html?localidade=BR/>. Acesso em 18/11/2024.

[4] WE ARE SOCIAL & MELTWATER, *Digital 2023 Global Overview Report* (2023), disponível em <https://datareportal.com/reports/digital-2023-

E, além dos crimes cibernéticos[5], a "era da informação" alterou o fenômeno criminal. Embora "tão antigo quanto a própria humanidade", o "crime global" adquire outro patamar através da formação de "redes internacionais"[6]. A tecnologia trouxe "fatores novos" a diversos delitos, como ilustram a corrupção e a lavagem de capitais, impondo consequente "atualização" dos meios e métodos de investigação[7].

Em paralelo aos crimes *nato-digitais*, ou seja, praticados no ambiente eletrônico, a tecnologia pode envolver toda a gama de tipos e servir à acusação ou à defesa em praticamente qualquer processo. Conversas armazenadas, áudios trocados, imagens de câmeras de segurança, dados de localização, metadados de fotografias, histórico de pesquisas, postagens em redes sociais podem *representar* distintos elementos de convicção no raciocínio probatório.

Por suas características recorrentemente citadas na doutrina, imaterialidade, volatilidade, fragilidade e dispersão[8],, no entanto, a prova digital inspira especiais desafios às ciências jurídicas e forenses. As ciências aplicadas têm crescente relevância na admissibilidade e valoração das provas[9].

E, de forma recorrente, as decisões judiciais têm aludido ao código ou à função '*hash*'. Próprios da matemática inserida na ciência da

---

global-overview-report>. Acesso em 22/12/2024.

5 Sobre a relevância dos cibercrimes, confira-se a Convenção de Budapeste (Decreto n. 11.419, de 2023) e a recente Convenção da ONU sobre o tema (A/79/460).

6 CASTELLS, Manuel. *Fim de Milênio* – A Era da Informação – Economia, Sociedade e Cultura, v. 3. Trad. Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Venancio Majer, 7ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2020, p. 373.

7 SILVA, Rafael Velasquez Saavedra da. Ferramentas Analíticas Aplicadas no Enfrentamento da Corrupção. In: JORGE, Higor Vinícius Nogueira (coord.). *Enfrentamento da Corrupção e Investigação Criminal Tecnológica* – Procedimentos, fontes abertas, estudos de casos e direito anticorrupção. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 137/138.

8 MENDES NETO, José Guimarães. *Provas penais na era digital* – Desafios constitucionais e legais para recolha de dados à revelia do portador. Prefácio de Gilmar Mendes. São Paulo: Marcial Pons, 2024, p. 220-239.

9 ALCOCEBA GiL, Juan Manuel. Los estándares de cientificidad como criterio de admisibilidad de la prueba científica. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 215-242, jan./abr. 2018.

computação e da criptografia, os algoritmos de função '*hash*' têm adquirido protagonismo no campo da cadeia de custódia, notadamente após a Lei n. 13.964, de 2019. Contudo, dissonantes decisões e, principalmente, o vetor técnico olvidado sobre a temática inspiram especial apreensão.

Antes de *idolatrar* o 'código *hash*', é preciso compreendê-lo. O artigo pretende esclarecer o que é e para que serve a função '*hash*', em uma análise interdisciplinar que combina: a análise técnica-computacional dos fundamentos matemáticos e criptográficos da função '*hash*'; e o exame jurisprudencial dos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça (instância uniformizadora da interpretação da legislação federal) que abordam a temática, identificando padrões decisórios e inconsistências.

2. '*HASH*'

O entendimento dos limites da tecnologia impõe estudo estranho ao direito. Inicialmente, vale também a referência à etimologia da expressão – sem tradução usual no país, o que, desde logo, ilustra algumas das preocupações doravante analisadas.

Com primeiro registro no dicionário *Oxford* de 1653, a expressão inglesa '*hash*' deriva da palavra francesa '*hacher*' – picar, cortar, em tradução livre. E a frequência na língua inglesa denota a evolução do emprego pouco recorrente em sua acepção remota da culinária dos anos 1600 até o incremento com o significado próprio do vocabulário da informática e criptografia, já na segunda metade do século XX[10].

No Brasil, a expressão é consagrada em língua estrangeira[11]. O Tribunal Superior Eleitoral utiliza a tradução "resumos digitais", mas

---

[10] OXFORD ENGLISH DICTIONARY, s.*v. Hash (n. 1) e (n. 3)*. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/OED/6068424098>. Acesso 15/11/2024.

[11] A *função* '*hash*' ou o *código* '*hash*' já foram citados no Provimento n° 100, de 2020, do Conselho Nacional de Justiça (art. 22, §3º) – substituído pelo Provimento n° 149, de 2023, que também cita a tecnologia para a "autenticação notarial". No âmbito do registro de patentes, o Manual do Usuário do INPI também recomenda a "transformação, em resumo digital *hash*, dos trechos do programa de computador e de outros dados que considerar suficientes e relevantes para identificá-lo" (INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. *Manual do Usuário para registro eletrônico de Programas de*

sempre acompanhada da referência *'hashes'*[12]. Na jurisprudência, os tribunais pátrios endossam de forma recorrente o verbete em inglês[13] próprio de *vocabulário técnico* – o que justifica, desde logo, a *especificidade* e *técnica* com que deve ser tratado o tema.

Mas, afinal, o que significa *'hash'*?

2.1 O QUE É '*HASH*'?

"Funções *hash* são algoritmos matemáticos determinísticos que mapeiam dados de comprimento aleatório em saída de tamanho fixo em base hexadecimal, dispersando os bits de entrada de forma não correlacionada às mudanças"[14]. Em termos mais simples, é um cálculo matemático que reduz um montante de dados em uma sequência alfanumérica *fixa* – um *corte* de *bits* e o processamento em um padrão, segundo um protocolo pré-determinado.

Computador. Diretoria de Patentes, Programas de Computador e Topografias de Circuitos Integrados. Helmar Alvares, Antônio Carlos Coelho e Matheus Souza Pinto Engel. Rio de Janeiro: INPI, 2022, p. 10).

[12] Citando: "O Resumo digital corresponde a um código único, tal como um identificador que pode ser recalculado por qualquer pessoa. É como uma forma de calcular uma impressão digital de um arquivo, com uma fórmula de cálculo conhecida por todos. O algoritmo, ou fórmula de cálculo, para um resumo digital se chama *algoritmo de hash*. O *hash* é, então, uma técnica criptográfica que gera uma identificação única para um arquivo digital. Assim, qualquer alteração no arquivo para o qual um *hash* foi calculado, geraria um resumo digital completamente diferente e a alteração seria facilmente detectada, mesmo se fosse apenas uma única letra" (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Glossário de TI*. Brasília: TSE, 2024, disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/glossario-de-ti>. Acesso em 24/12/2024).

[13] Cf. STF, HC 248.587, Min. Alexandre de Moraes, DJ 12/11/2024; STJ, RHC n. 205.088, Ministro Ribeiro Dantas, DJe de 20/12/2024; TJAC, AP 0001573-66.2023.8.01.0001, Rel. Des. Francisco Djalma, DJe 17/12/2024; TJRS, AP 50030072620238210008, Rel. Des. Orlando Faccini Neto, DJe 28/11/2024; TJMA, AP 0020540-57.2016.8.10.0001, Rel. Des. Jose Luiz Oliveira de Almeida, DJe 11/10/2023. TJSP, HC 2331340-15.2024.8.26.0000, Rel. Des. Renata William Rached Catelli, DJe 19/12/2024.

[14] SILVA, Johan Matos Coelho da; SILVA, Philipe Matos Coelho da. *Técnicas de detecção e classificação de malwares baseada na visualização de binários*. Monografia. Universidade de Brasília, Engenharia de Redes de Comunicação, 2018, p. 20.

O progresso da *internet*, a troca de informações e o comércio eletrônico basearam-se (e dependem continuamente) de *novos* instrumentos aptos a conferir integridade e confiabilidade. A tecnologia permite o suplantar da "arte antiga" para introduzir a criptografia na ciência que alterou substancialmente o panorama das relações à distância e das telecomunicações[15] e, nesse contexto, as diversas *funções 'hash'* surgem no campo da programação e da criptografia como mecanismo de *autenticação* e conferência de *integridade* de um pacote de dados.

As criptografias antigas tinham o êxito baseado no "segredo de todo o processo de encriptação". O advento dos computadores, porém, substitui o sigilo por protocolos que transitam as informações em *canal público*, com mecanismos de autenticação e encriptação também públicos e que servem à certificação da comunicação e da identidade dos interlocutores[16].

A *função 'hash'* nada mais é que um algoritmo matemático que transforma uma entrada de dados (*'input'*) em uma expressão alfanumérica de *formato pré-determinado* (*'output'*) de complexa reversão ou repetição. Logo, a ferramenta surge no âmbito da programação e da criptografia por gerar um *'output'* pode transitar em redes abertas, uma expressão "extremamente difícil de recriar os dados originais (*'input'*) a partir do valor do *hash* sozinho" – característica chamada de "resistência à colisão"[17].

---

[15] DIFFIE, Whitfideld; HELLMAN, Martin E. "New Directions in Cryptography" in *IEEE Transactions on Information Theory*, Vol. IT22, n° 6, pp. 644-654, novembro de 1976, p. 644.

[16] Idem, p. 654.

[17] "The essence of the blockchain is informational before being economic or monetary, conducive to many emerging and increasingly popular token-free blockchains. It relies extensively on *hashes* and *hash* functions. A *hash* (output) is the result of a transformation of the original information (input). A *hash* function is a mathematical algorithm that takes an input and transforms it into an output. A cryptographic *hash* function is characterized by its extreme difficulty to revert, in other words, to recreate the input data from its *hash* value alone. This is called the collision resistance" (PILKINGTON, Marc. "Blockchain Technology: Principles and Applications" in OLLEROS, F. Xavier; ZHEGU, Majlinda. *Research Handbook on Digital Transformations*. Northampton (MA-EUA): Edward Elgar, 2016, disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2662660>. Acesso em 23/12/2024.

Em suma, são cálculos que partem da premissa de que "o trabalho de desfazer o processo" de encriptação tome "tanto tempo que ninguém conseguisse pô-lo em prática". É um problema matemático "fácil de fazer e difícil de desfazer"[18].

E, surgida nas tecnologias de programação, plurais em protocolos de *'blockchain'* e criptomoedas, a *função 'hash'* também serve de autenticação, na medida em que *mínima alteração* ou *diferença* nos dados de entrada (*'input'*) reproduzem uma expressão totalmente distinta. "Uma pequena mudança na entrada, seja um simples caractere em uma frase inteira, ou um pixel em uma foto, acarreta uma saída completamente diferente, sendo essa característica conhecida como Efeito Avalanche"[19].

Exemplificando, o parágrafo antecedente gera um *'hash'* no protocolo MD5 sem o ponto final (9b60590724ef2a7f072ce60f53fb106b) totalmente diverso em relação àquela mesma frase com a mínima inclusão da pontuação (0147e0dc7bee5555e05eb9005eb0511a).

Por isso, afirma-se que o *'hash'* pode traduzir a *impressão digital* (*'fingerprint'*) de um arquivo ou conjunto de dados.

2.2 Protocolos

A *função 'hash'* serve, por exemplo, à autenticação na transferência de dados pela *internet*, preservação de um código fonte na programação ou assinatura digital. Para tanto, são *dezenas* de algoritmos com complexidade matemática e computacional diversas que, consequentemente, podem produzir *'hashes'* diferentes, de reprodução, replicação e integridade mais ou menos confiável, a depender da tecnologia empregada[20].

---

[18] LIGUORI, Carlos. *Direito e Criptografia*: direitos fundamentais, segurança da informação e os limites da regulação jurídica na tecnologia 1ª Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 35.

[19] SILVA, Johan Matos Coelho da; SILVA, Philipe Matos Coelho da. *Técnicas de detecção e classificação de malwares baseada na visualização de binários*. Monografia – Universidade de Brasília, Engenharia de Redes de Comunicação, 2018, p. 21.

[20] Ilustrando, a palavra "criptografia" pode ser expressa com os '*hashes*' em protocolo CRC16 de apenas quatro caracteres (382a) ou outros mais extensos e, por consequência, mais seguros e confiáveis, como o

A distinção está associada à evolução da tecnologia. Afirmar a "difícil" reversão de um cálculo matemático depende do contexto computacional e tecnológico; em geral, os protocolos de criptografia e *funções 'hash'* estão baseados em cálculos de grandeza de complexa fatoração, de modo que identificar a ordem dos *bits* de entrada (*'input'*) poderia demorar "zilhões de anos"[21].

Logo, os protocolos são *substituídos*, incrementados e alterados ao longo do tempo, com a evolução do processamento das máquinas e documentada fragilidade de modelos anteriores.

Criados na década de 1990, os algoritmos MD4 e MD5 geram *'hashes'* de 128 *bits* – 32 caracteres hexadecimais[22] – inferiores aos atuais protocolos SHA (*'Secure Hash Algorithm'*). Os algoritmos SHA-1, SHA-256, SHA-224, SHA-384, SHA-512 têm a expressão numérica que representa a extensão dos bits do *'hash'* calculado, respectivamente 160, 256, 224, 384 e 512; portanto, com maior resistência a *colisões*[23].

Pouco tempo depois da criação, o MD4 e o MD5 foram *expostos* com a demonstração matemática de *colisões*, isto é, de *'hashes'* idênticos para dados de entrada inicial *diferentes*[24]. No mesmo sentido, o SHA-0, de 1993, foi considerado obsoleto em 1996, quando substituído pelo SHA-1,

---

MD5 (97c6105c1d97d600ec16ab4abace6d4c); o protocolo *Whirlpool* de domínio público (dd26a2ca3ee84077c572fcea02900046d6c619cabe6de694a2deac01aad4b9d23da3726b412a6212385d430165b5215c769c5e61e7d9d51304904bcf670ff7e0); o protocolo SHA512 (e3b39ab14385b0f4faf1ff5fd634f7fb204e9e6a2ccc35e90c2a9fb863763f640243ef582f994757b1e552cff6a4bae5c9b100093c6a5160f4e22c3b4236210b).

21 COUTINHO, Severino. *Criptografia*. Rio de Janeiro: Instituto Nacional de Matemática Pura e Aplicada, 2016, p. 10.

22 RIVEST, Ronald Linn. The MD4 Message Digest Algorithm. *RFC* 1320, abril de 1992. Boston: MIT and RSA Data Security Inc., 1992.

23 TILBORG, Henk C.A. van; JAJODIA, Sushil (ed.). *Encyclopedia of Cryptography and Security*, 2a ed. New York: Springer, 2014, p. 1192

24 WANG, Xiaoyun; YU, Hongbo. "Collisions for *hash* functions MD4, MD5, HAVAL-128 and RIPEMD" in *Proceedings of the Annual International Cryptology Conference* (CRYPTO), 2005. p. 123–138. Disponível em: <https://www.semanticscholar.org>. Acesso em 22 dez. 2024; e ZAIKIN, Oleg. Inverting cryptographic *hash* functions via cube-and-conquer. *Journal of Artificial Intelligence Research,* 81, 2024, pp. 359-399. Disponível em: <https://dl.acm.org/doi/pdf/10.1613/jair.1.15244>. Acesso em 22 dez. 2024.

justamente porque demonstrada violação no teste de "colisão" – ou seja, de possível *repetição* a partir de entradas diversas[25].

E, embora *fraco* contra teses de *colisão*, o protocolo MD5 de *função 'hash'* segue com uso disseminado em testes de *integridade* de arquivos. Isto porque, a extensão e complexidade de um algoritmo repercutem em outros aspectos distintos da segurança, igualmente importantes na adoção e uso de uma tecnologia – afinal, o *tempo* de cálculo e conferência é proporcional à complexidade do algoritmo[26].

Hoje, considerado mais "seguro", o protocolo SHA-512 pode demorar o *dobro* ou *triplo* do tempo de processamento em comparação ao SHA-256 a depender do volume de dados e natureza dos arquivos do *'input'*[27]. E, por isso, as normas internacionais de padronização de segurança da informação não elegem um único protocolo[28]; ao contrário, até o padrão MD5 considerado *obsoleto* para a "autenticação" segue útil como mecanismo de verificação da integridade e de eventual manipulação "não intencional" de dados[29].

---

[25] BIHAM, E., CHEN, R., JOUX, A. et. al. "Collisions of SHA-0 and Reduced SHA-1" in CRAMER, R. *Advances in Cryptology* – EUROCRYPT 2005. EUROCRYPT 2005. Lecture Notes in Computer Science, vol 3494. Berlin: Springer, 2005, p. 44, disponível em: <https://doi.org/10.1007/11426639_3>. Acesso em 18/12/2024.

[26] ARSLAN, Engin; ALHUSSEN Ahmed. "Fast integrity verification for high-speed file transfers" in *arXiv preprint arXiv:1811.01161*, 2018. Disponível em: <https://arxiv.org/pdf/1811.01161>. Acesso em 17/11/2024.

[27] HASHIM, Hasan; ALZIGHAIBI, Ahmad Reda; ELESSAWY, Amaal Farag [et. al.]. Securing Financial Transactions with a Robust Algorithm: Preventing Double-Spending Attacks. *Computers* 12, n. 9: 171, 2023.

[28] As funções *'hash'* são documentadas em norma internacional como a padronização ISO/IEC 10118-3:2018 – disponível em: <https://www.iso.org/standard/67116.html>.

[29] KAUFMANN, Alex; GARTMON, Emelie. Comparative Analysis of Different Cryptographic *Hash* Functions, Degree Project. *Technology*, KTH Royal Institute of Technology, 58p, Stockholm, 2024. Disponível em: <https://kth.diva-portal.org/smash/get/diva2:1885074/FULLTEXT01.pdf>. Acesso em 23/12/2024.

2.3 O QUE NÃO É '*HASH*'?

Em contraposição, os conceitos trazidos permitem expor as limitações ínsitas ao *'hash'* – especificamente para o que ele *não* serve.

Nos diversos modelos, a *função 'hash'* é talvez o "mais versátil algoritmo da criptografia", disseminado em aplicações de segurança e inúmeros protocolos de programação e de internet[30] - o que, todavia, não significa a intangibilidade. É necessário compreender a *finalidade* da tecnologia, para aferir sua utilidade e reconhecer os *limites* da função.

A versatilidade do algoritmo permite o cálculo *'hash'* de basicamente *qualquer* pacote ou volume de dados. É possível gerar um código *'hash'* de um texto, uma fotografia, um vídeo ou centenas/milhares de arquivos. Pode-se reduzir a um *'hash'* a íntegra da cópia de um *hard--drive* de computador ou o conjunto de imagens (extração) de diversos computadores.

A referência do *'hash'* como ferramenta de autenticação está, em verdade, associada à *autenticidade* de um dado – ou seja, se determinado arquivo ou pacote de dados não foi manipulado, falsificado ou forjado de qualquer modo[31]. O *'hash'* serve de parâmetro para confirmar a autenticidade de um arquivo transferido, permitindo a *comparação* entre a fonte e a origem, mas, por si, não significa a identidade ou autenticação do conteúdo ali existente.

O *'hash'* de uma imagem ou vídeo atesta apenas a integridade do pacote de dados (bytes) ali reunidos em comparação ao estado que fornecido/disponibilizado na origem. Sozinho, o *'hash'* não significa a *veracidade* ou *fonte* da imagem/mídia. Ainda que a tecnologia permita o rastreio da cadeia de autoria – como ocorre nos chamados NFTs[32] -,

---

[30] STALLINGS, William. *Cryptography and Network Security* – principles and practice, 7th ed., global edition. London: Pearson, 2017, p. 341.

[31] MENEZES, Alfred J.; OORSCHOT, Paul C. van; VANSTONE, Scott A. *Handbook of Applied Cryptography*, 2nd ed. Boca Raton (FL-EUA): CRC Press, 1996, p. 322-327.

[32] CANTALI, Fernanda Borghetti. *A Tokenização da Arte Visual e o Direito Autoral*: o Copyright by Design e a definição das premissas mínimas de governança para viabilizar o NFT – Non Fungible Token como instrumento de negociação de obras de arte. Brasil: Editora Dialética, 2024.

o *'hash'* nada mais é que um resumo hexadecimal do arquivo, sem valor quanto à autenticidade de seu conteúdo[33].

Ilustrando em temática recorrente à prova penal, é possível gerar *'hash'* de uma fotografia, de uma imagem da tela de um computador ou da *captura* de um celular (*'print'*) – o que não significa nada em relação ao conteúdo destes arquivos. O *'hash'* não serve para distinguir, por exemplo, se a uma fotografia foi *criada* por inteligência artificial. Igualmente, o *código 'hash'* e imagem de suposta conversa em aplicativo de mensagens (*WhatsApp*) não significa a integridade da conversa – possível, do mesmo modo, que o *'chat'* tenha sido criado em emulador.

Se, por sua natureza determinística, a mínima alteração da fonte implica na alteração do *'hash'*, alguns arquivos efetivamente *jamais* poderão ter o código replicado – isto é, conferido.

Arquivos temporários, bases de dados mutáveis ou pacotes com *'timestamp'* não replicarão um mesmo *código 'hash'* – ainda que sem *manipulação* humana ou alteração do conteúdo. A dificuldade do cálculo *'hash'* em *logs* de acesso a um sistema ou de páginas da *internet* e URLs comuns são exemplos do obstáculo ínsito à natureza tecnologia[34].

Exemplificando, uma página que traz notícia escolhida de forma aleatória da *internet*, publicada em portal de notícias *on-line* da Folha de São Paulo, reflete um arquivo .html com textos dinâmicos, possibilidade de atualização pelo provedor, *banners* de publicidade personalizados, rol de comentários e notícias relacionadas cambiáveis[35]. *Qualquer* alteração, mesmo que íntegro o texto da notícia, não reproduziria um mesmo código *'hash'*.

---

[33] Protocolos "mistos" ou combinados de *'hash'* com outros modelos de criptografia permitem a vinculação à identidade, como nas hipóteses de assinaturas digitais (MISAGHI, Mehran. *Um Ambiente Criptográfico Baseado na Identidade*. Tese – Universidade de São Paulo (Escola Politécnica), 2008).

[34] ATURBAN, Mohamed; NELSON, Michael L.; WEIGLE, Michele C. Difficulties of Timestamping Archived Web Pages. *arXiv preprint arXiv:1712.03140*, 2017. Disponível em: <https://arxiv.org/abs/1712.03140>. Acesso em 23 dez. 2024.

[35] Exemplificando: https://www1.folha.uol.com.br/tec/2024/12/o-chip-quantico-do-google-que-resolve-em-5-minutos-problema-que-levaria-10-septilhoes-de-anos.shtml

Veja-se, é possível extrair ou imprimir o conteúdo em arquivo de texto (.txt ou .pdf) ou imagem (.jpeg) e, sobre este arquivo, calcular um código *'hash'* repetível. A cada extração ou impressão, no entanto, o *'hash'* será distinto e a função provará, tão-somente, a integridade *daquele* arquivo outrora impresso em determinada circunstância.

Repetindo a hipótese do *'print'* de conversas armazenadas em um celular, o cálculo de *'hash'* da mera captura (que nada se correlaciona com a fonte ou conteúdo) é pouco relevante para a fiabilidade da prova. O cálculo apenas repercutirá a preservação da imagem, do conjunto de *pixels* ali reunido em determinado momento, sem aptidão de reunir, por exemplo, os dados e metadados que permitam maior análise da conversa, dos interlocutores ou de seu conteúdo.

3. '*HASH*' E A CADEIA DE CUSTÓDIA

Introduzida a *função 'hash'*, deve-se reconhecer a crescente referência e utilidade da ferramenta à cadeia de custódia das provas digitais.

A Lei n° 13.964, de 2019, introduziu no Código de Processo, a preocupação com a cadeia de custódia há muito citada na doutrina como pressuposto de um "rigoroso sistema de controles epistêmicos"[36] exigível do processo penal.

Na doutrina, uníssono o destaque da relevância do tema para o devido processo legal e o contraditório. "A manutenção da cadeia de custódia é de suma importância, pois é ela quem garante ao réu que a prova trazida pela acusação é a mesma que foi obtida na investigação ("mesmidade"), em observância aos procedimentos legais e sem alterações ("desconfiança")"[37].

Ainda que os pormenores do tratamento da cadeia de custódia dos artigos 158-A a 158-F, do Código de Processo Penal, não versem

---

[36] PRADO, Geraldo. *Prova Penal e sistema de controles epistêmicos*, 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 43

[37] SOUZA, Lia Andrade de; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. A cadeia de custódia da prova obtida por meio de interceptações telefônicas e telemáticas: meios de proteção e consequências da violação. *Revista da Faculdade de Direito UFPR, [S. l.]*, v. 65, n. 2, p. 31–48, 2020..

"especificamente" sobre os vestígios digitais, tais regras são "também observáveis quanto ao dado cibernético"[38]. O problema é que, "no mundo digital, a distinção do original e da cópia há muito perdeu qualquer pertinência. O ciberespaço está misturando as noções de unidade, de identidade e de localização"[39].

A superação global do modelo, outrora baseado em evidências físicas e provas testemunhais, para um processo lastreado em vestígios digitais deve "inspirar" um novo processo criminal[40]. Por sua natureza, as evidências digitais são marcadas pela *dispersão,* com transcendência das fronteiras nacionais e distanciamento entre servidores e computadores pessoais[41]. Igualmente, a *desmaterialização* acresce riscos de *volatilidade* à prova, com "alto grau de vulnerabilidade a erros"[42].

Na Convenção de Budapeste, internalizada pelo Decreto n. 11.491, de 2023, o Brasil se compromete a adotar "medidas legislativas e outras providências necessárias" para "promover investigações ou processos criminais" em crimes cibernéticos – inclusive na "coleta de provas eletrônicas da prática de um crime"[43].

Assim, na consecução das normas, seria *desejável* a eleição de uma "técnica específica" para o tratamento dos vestígios digitais.

Contudo, tal solução é "inviável", já que "ainda não há meios e técnicas uniformemente aceitos e, de outro, que tem havido rapidíssima mutação e evolução das técnicas computacionais"[44]. Padrões

---

38 ESPIÑEIRA, Bruno; et al. *A prova e o processo penal constitucionalizado:* estudos em homenagem ao ministro Sebastião Reis. Belo Horizonte: Editora D´Placido, 2021. *E-book.* p.67.

39 LÉVY, Pierre. *O que é virtual?* Ob. Cit., p. 48.

40 KERR, Orin S. "Digital Evidence and the New Criminal Procedure" in 105 *Columbia Law Review*, pp. 279-318, 2005. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=594101>. Acesso em 25/12/2024.

41 DANIELE, Marcello. La prova digitale nel processo penale. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, s.2 a.66 n.2 (marzo-aprile 2011), p.283-298.

42 BADARÓ, Gustavo. Os standards metodológicos de produção da prova na prova digital e a importância da cadeia de custódia. *Revista IBCCRIM*, São Paulo, v. 343, ano 29, p. 7-9, jun./2021, p. 8.

43 Decreto 11.491/2023, artigo 14. 1 e 2.c.

44 BADARÓ. Os standards metodológicos... Ob. cit., p. 7.

"excessivamente específicos" seriam *inúteis* a médio e longo prazo[45], com formalização que pode se tornar "obsoleta"[46]. Embora se aponte legislações estrangeiras que também disciplinam de forma "detalhada" a cadeia de custódia na lei[47], o que se vê usualmente é a remissão a outras normas infralegais que efetivamente regulamentam a matéria em razão da preocupação com a evolução tecnológica. Exemplifica, aqui, o Código de Processo Penal da Colômbia[48].

Em verdade, até as normativas *infralegais* sobre evidências digitais repetem o caráter amplo, definindo princípios gerais não necessariamente associadas a uma ou outra tecnologia.

Ilustrando, no plano internacional a *Internet Engineering Task Force (IETF)*, responsável exatamente pela organização de padrões de funcionamento da rede mundial de computadores, emitiu em 2002 a RFC

---

45 "Tale canone è, forse, in grado di cogliere quella che è la particolarità maggiore delle evidenze di carattere informatico, ossia la loro costante e rapida evoluzione. Sotto questo profilo il compito affidato al legislatore non appare affatto leggero. Un intervento eccessivamente specifico rischierebbe di essere inutile in un'ottica di medio-lungo periodo' (MURGIA, Severino. *Prova Informatica e Processo Penale*. Tese – Università Degli Studi di Pavia, Pavia, 2017, p. 235).

46 DANIELE, Marcello. Ob. Cit., p. 293.

47 BARTOLI, Laura. La catena di custodia del materiale informatico: soluzioni a confronto, 2016. *Anales de la Facultad de Derecho*, 33, Bologna, 2016, p. 147.

48 O artigo 254 do Código de Procedimento Colombiano prevê que o Ministério Público regulamentará o sistema de cadeia de custódia "de acordo com os avanços científicos, técnicos e artísticos" – o que está, efetivamente, regulado pela Resolução n. 0-6394/2004. "ARTÍCULO 254. Aplicación. Con el fin de demostrar la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física, la cadena de custodia se aplicará teniendo en cuenta los siguientes factores: identidad, estado original, condiciones de recolección, preservación, embalaje y envío; lugares y fechas de permanencia y los cambios que cada custodio haya realizado. Igualmente se registrará el nombre y la identificación de todas las personas que hayan estado en contacto con esos elementos. La cadena de custodia se iniciará en el lugar donde se descubran, recauden o encuentren los elementos materiales probatorios y evidencia física, y finaliza por orden de autoridad competente. Parágrafo. El Fiscal General de la Nación reglamentará lo relacionado con el diseño, aplicación y control del sistema de cadena de custodia, de acuerdo con los avances científicos, técnicos y artísticos" – disponível em: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=14787>.

3227[49] que fixa *Diretrizes para Coleta e Armazenamento de Evidências*[50]. Sem aderir a qualquer ferramenta ou protocolo específico, o documento fixa princípios para preservação da coleta de evidências, documentação minuciosa da cadeia de custódia e de todos os procedimentos.

A preservar a integridade dos registros, o RFC 3227 recomenda a *cópia em nível de 'bits'* (*'bit-level copy'*) referindo que a análise forense "quase certamente" altera a evidência, que deve ser preservada em cópia[51]. Descreve, então, de forma exemplificativa algumas "ferramentas" necessárias, como programas para a cópia fiel da mídia e outros aptos a gerar *'checksums'* e assinaturas[52].

De modo semelhante, a *National Institute of Standards and Technology*, agência governamental norte-americana, tem *Guia para a Integração de Técnicas Forenses* (SP 800-86)[53].

No capítulo que retrata as técnicas de cópia de arquivos de mídia, contempla genericamente hipóteses de *'backup lógico'* ou de extração de imagem *'bit a bit'* que produzem "cópia exata" do repositório – exemplificando que "numerosos *hardwares* e *softwares* podem realizar a tarefa da imagem *bit a bit* ou o *'backup lógico'*", alguns, inclusive com ferramentas nativas de *função 'hash'*, com a ressalva de que a exemplificação de

---

[49] Disponível em: https://datatracker.ietf.org/doc/rfc3227/

[50] INTERNET ENGINEERING TASK FORCE (IETF). *Guidelines for Evidence Collection And Archiving,* Network Working Group, D. Brezinski, Best Current Practice, fev. 2002. Disponível em: <https://www.rfc-editor.org/rfc/pdfrfc/rfc3227.txt.pdf>. Acesso em 03/01/2025.

[51] "2. (...) - You should make a bit-level copy of the system's media. If you wish to do forensics analysis you should make a bit-level copy of your evidence copy for that purpose, as your analysis will almost certainly alter file access times. Avoid doing forensics on the evidence copy".

[52] "5. (...) Your set of tools should include the following: (...) - a program for doing bit-to-bit copies (e.g., 'dd', 'SafeBack'). - programs for generating checksums and signatures (e.g., 'sha1sum', a checksum-enabled 'dd', 'SafeBack', 'pgp')".

[53] NATIONAL INSTITUTE OF STANDARDS AND TECHNOLOGY. *Special Publication (SP) 800-86* Guide to Integrating Forensic Techniques into Incident Response, Karen Kent, Suzanne Chevalier, Tim Grance, Hung Dang, Technology Administration. Gaithersburg: U.S. Department of Commerce, 2006.

determinada aplicação não significa qualquer "endosso" ao produto[54] No Brasil, a RFC 3227 é referenciada expressamente como fonte da Norma Brasileira ABNT ISO/IEC 27037:2013[55].

Sem escopo de substituir "exigências legais de qualquer jurisdição", o padrão ABNT prevê "diretriz prática" para a investigações "envolvendo potenciais evidências digitais" no sentido de "manter a integridade da evidência". Fixa, expressamente, a prioridade de "minimizar o risco de a potencial evidência digital ser espoliada e maximizar o seu valor probatório"[56].

Ainda no glossário, a norma de padronização prevê como "função de verificação" aquela que é utilizada "verificar [se] dois conjuntos de dados são idênticos". Importante nota com ressalva sobre o tópico: "funções de verificação são comumente implementadas utilizando funções '*hash*' como MD5, SHA1 etc., mas outros métodos podem ser utilizados"[57].

Cumprindo sua natureza, a norma da ABNT serve de lastro a outras tantas regulamentações e diretrizes que servem à preservação de vestígios e posterior instrução criminal. Ainda que não prevejam expressamente a *função 'hash'* ou algum protocolo ou método análogo, mesmo que evidentes os limites da tecnologia, diversos órgãos têm referendado a técnica da preservação e integridade dos vestígios digitais[58].

---

[54] "Numerous hardware and software tools can perform bit stream imaging and logical backups. Hardware tools are generally portable, provide bit-by-bit images, connect directly to the drive or computer to be imaged, and have built-in *hash* functions. (...) Examples of hardware-based disk imaging tools are Image MASSterís SOLO Forensics (http://www.ics-iq.com/) and Logicubeís Solitaire (http://www.logicube.com/). Additional products are referenced in Web sites listed in Appendix F, including The Ultimate Collection of Forensics Software (TUCOFS) (http://www.tucofs.com/tucofs/tucofs.asp?mode=filelist&catid=10&oskey=12). The applications referenced throughout this publication are by no means a complete list of applications to use for forensic purposes, nor does this publication imply any endorsement of certain products" (Idem, p. 4-6).

[55] ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *ABNT NBR ISO/IEC 27037:2013*. Rio de Janeiro: ABNT, 2013.

[56] Idem, p. 6.

[57] Item 3.25, idem, p. 4.

[58] O Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República tem norma técnica sobre "incidentes de segurança em redes" com a imposição da

De forma uníssona, a melhor prática forense recomenda que a evidência digital armazenada seja extraída (espelhamento *'bit a bit'*) antes da análise, o que, em tese, permite a conferência da integridade do vestígio digital. Para esta situação, o '*hash*' – ou os *'hashes'* se combinados mais protocolos – serve justamente a demonstrar a fiabilidade do pacote extraído da fonte.

O cálculo *'hash'* sobre determinado pacote de dados deve servir de *presumida satisfação* da exigência exposta no artigo 158-B, do Código de Processo Penal. É o tratamento esperado na utilização do vestígio, mas, nem de longe, exclusivo, exaustivo ou peremptório sobre a (in) admissibilidade ou a valoração da prova digital.

Seja pela insegurança de determinado protocolo e das possíveis *colisões* propositais; pela obsolescência tecnológica dos cálculos *'hash'* ante a evolução do processamento computacional; seja pelas limitações ínsitas da tecnologia e do seu caráter determinístico, não útil a todo e qualquer arquivo, tal presunção é *relativa*. Satisfaz o *ônus* do Estado sobre a cadeia de custódia do vestígio; no entanto, não exclui *outros* métodos de preservação da evidência, tampouco torna absoluto aquilo que se quer provar.

O *'hash'* é uma ferramenta útil, mas não resolve todos os desafios relacionados aos vestígios digitais. E, loquazes do risco da *idolatria* ao *'hash'*, as divergências sobre o tema no Superior Tribunal de Justiça expõem a dificuldade nas tentativas de se avançar na regulamentação da cadeia de custódia em meio a influxos voluntaristas, consequencialismo e carente coerência técnica ou forense.

---

documentação rigorosa e preservação dos arquivos com o cálculo dos "resumos criptográficos". No Glossário, a norma define Resumo Criptográfico: "4.18. Resumo Criptográfico: é um método criptográfico que, quando aplicado sobre uma informação, independentemente do tamanho desta, gera um resultado único e de tamanho fixo, também chamado de '*hash*'" (PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Diretrizes para o Registro de Eventos, Coleta e Preservação de Evidências de Incidentes de Segurança em Redes*, Gabinete de Segurança Institucional, 21/IN01/DSIC/GSIPR, 08 de outubro de 2014. Disponível em: <https://www.gov.br/gsi/pt-br/ssic/legislacao/NC21.pdf>).

3.1 *'Hash'* na Jurisprudência do STJ

Antes da análise dos precedentes de provas digitais e *'hash'* no âmbito do STJ, registra-se ressalva sobre o recorte de processos criminais sob pesquisa.

Dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública atestam a inversão nas estatísticas de crimes de roubos e estelionatos entre 2018 e 2023. Observando a "tendência mundial", a "transformação digital" repercute no número "crescente de estelionatos e golpes virtuais", em virtude da "migração mais intensa de esferas da vida para o ambiente cibernético"[59].

Contudo, o panorama das ocorrências policiais registradas ainda é bastante diverso daquele das investigações e ações penais – associadas à lógica do auto de prisão em flagrante e dos crimes *analógicos*. A maioria dos processos ainda decorre de prisões em flagrante, oriunda de delegacias "não especializadas" e não depende de "diligências complementares" de investigação[60].

Por isso, afirmar a emergente preocupação da integridade das provas digitais na jurisprudência deve considerar o contexto estatístico.

O repositório do Superior Tribunal de Justiça apresenta algumas centenas de menções à expressão *'hash'*. Desde a primeira menção em decisão monocrática de 2012, há crescente referência; são 78 (setenta e oito) decisões criminais em 2024[61], mesmo período em que o Tribunal recebeu mais de 169 mil feitos criminais[62].

---

[59] ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA 2024. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, ano 18, 2024, p. 99.

[60] COSTA, Arthur Trindade Maranhão; DE OLIVEIRA JUNIOR, Almir. "Novos padrões de investigação policial no Brasil" in *Sociedade e Estado*, v. 31, n. 1, p. 147–164, 2016. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/sociedade/article/view/6083>. Acesso em 02/01/2025.

[61] Pesquisa livre no repositório de jurisprudência do STJ de decisões com o termo exato "*hash*" – sem limitação temporal, realizada na data de 03/07/2025. Tabela disponibilizada com a lista das decisões monocráticas e acórdãos encontrados – destacadas 13 (treze) decisões colegiadas, com duas de natureza cível; e 345 decisões monocráticas com a expressão, sendo 301 de natureza criminal e referência efetiva ao tema da função '*hash*'. Tabela de dados brutos depositada em SciELO Data: FISBERG, Yuri. Dataset de "Função '*hash*' e a integridade da prova digital". *SciELO Data*, V1, 2025. https://doi.org/10.48331/scielodata.T2RHA3

[62] SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Boletim Estatístico – Novembro de 2024*. Brasília: STJ, 2024, p. 7. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/

Ainda que o vestígio digital sirva à investigação e prova nos "crimes de rua", mesmo que possível tecnicamente calcular o código *'hash'* de qualquer conjunto de dados computacionais[63]; deve-se reconhecer que a contundência do debate surge em um nicho específico de provas. As provas digitais têm protagonismo em investigações diferenciadas, vez que é exigência da efetiva persecução da cibercriminalidade "novas modalidades de investigação"[64].

Eogan Casey rememora que tecnologia também favorece os "criminosos", igualmente "preocupados com as evidências digitais" a fim de "manipulá-las" para evitar a atuação dos órgãos de investigação. Consequentemente, a investigação digital tem demanda específica, com a expansão de técnicas e metodologias[65] - não raro, reúnem aqueles que estão acostumados com a "impunidade da macrodelinquência econômica"[66].

O recorte estatístico e a natureza dos processos sob análise, somados à exigência técnica própria da tecnologia em análise, impõem o alerta de que traçar critérios garantistas no tratamento da prova digital não pode reforçar um sistema penal "desigual" e "seletivo", sob pena de

---

docs_internet/processo/boletim/2024/Boletim202411.pdf>. Acesso em 03/01/2025.

63 A temática do *'hash'* surge, por exemplo, em processos de violência doméstica: no HC n. 916.564, em que a Ministra Daniela Teixeira rechaçou a tese do vício processual – "embora tenha argumentado com uma possível quebra da cadeia de custódia da prova, o recorrente não cuidou de demonstrar de que forma ela teria ocorrido, a tanto não se prestando a mera alegação de que o trabalho pericial foi realizado sem maiores cuidados" (STJ, HC n. 916.564, Ministra Daniela Teixeira, DJe de 28/05/2024); e, em precedente em sentido oposto, o Ministro Ribeiro Dantas, reconheceu a fragilidade dos *'prints'* que amparavam a condenação por ameaça – justamente porque ausente a extração observando-se a exigência do código *'hash'* (STJ, AREsp n. 2.682.451, Ministro Ribeiro Dantas, DJe de 03/12/2024).

64 KIST, Dário José. *Prova Digital no Processo Penal,* 2ª ed. rev., ampliada e atualizada. Leme: Mizuno, 2024, p. 103.

65 CASEY, Eoghan. *Digital Evidence and Computer Crime*: Forensic Science, Computers and the Internet. 3a ed. Burlington: Elsevier, 2011, p. 9.

66 GOMES, Luiz Flávio Gomes. A impunidade da macrodelinquência econômica desde a perspectiva criminológica da teoria da aprendizagem. Letras Jurídicas Revista Eletrónica de Derecho del Centro Universitario de la Ciénega, n. 12, 2011, p. 07. Disponível em: <http://letrasjuridicas.cuci.udg.mx/index.php/letrasjuridicas/article/view/128/126>. Acesso em 10 abr. 2019.

se chancelar judicialmente a reconhecida "vista grossa àqueles que detêm poder econômico e social"[67]. Nada perto de limitar garantias processuais ou as nivelar por baixo, deve-se reconhecer os riscos da imposição de determinados padrões de tratamento ou da sorte automática da prova digital pela falta ou falha do código '*hash*'.

Leitura dos precedentes da temática da cadeia de custódia, em específico aqueles que mencionam a expressão '*hash*' permite identificar divergências e contradições. As decisões repercutem soluções distintas a casos semelhantes e ausente maior reflexão técnico-científica. Na pesquisa singela do termo no repositório da jurisprudência até julho de 2025, são identificados treze decisões colegiadas do STJ que mencionam a expressão '*hash*'. Excluídos aqueles de natureza cível (dois julgados)[68], os demais se concentram na 5ª Turma, com um único acórdão da 6ª Turma e outro da Corte Especial.

Há um traço comum, também identificável em decisões monocráticas analisadas na sequência: a jurisprudência reconhece sanção processual[69] à absoluta falta de documentação da cadeia de custódia – independentemente da questão do '*hash*' ou outras técnicas de preservação da integridade dos dados, há padrões *mínimos* que amparam o juízo de admissibilidade e ensejam o reconhecimento de nulidade da prova.

Inclusive, a primeira menção colegiada, de 2016, externa a repercussão da alteração legislativa quanto à cadeia de custódia.

No AgRg no REsp n. 1.484.986/RS, apesar do argumento defensivo expresso quanto à divergência do código '*hash*' em espelhamento

---

67 ROSA, Gerson Faustino; DUARTE, Myllena Gonçalves. "Crimes de Colarinho Branco: uma análise crítica da seletividade do sistema penal e a incapacidade de enfrentamento das organizações criminosas" in *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca,* v.17, n. 2, 2023.

68 REsp n. 2.150.278/PR, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24/9/2024, DJe de 27/9/2024 e REsp n. 1.656.348/SP, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 1/12/2020, DJe de 18/12/2020.

69 Nas lições de Ada Pellegrini Grinover, "são de três ordens as mediadas de que dispõe o Estado para impor a observância dos princípios jurídicos em geral", dentre elas as "sanções de caráter repressivo", com o "sistema de nulidades" do processo penal (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e Processo Penal* – As Interceptações Telefônicas. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 190).

de um HD (*'hard-drive'*), a tese foi rechaçada sob o fundamento do ausente "apontamento da regra legal contrariada na produção probatória". Na oportunidade, a 5ª Turma afirmou que inexistia qualquer "regulamento que discipline de modo expresso o espelhamento de dispositivos" [70].

Mais que a inclusão dos artigos 158-A e seguintes no Código de Processo, os influxos acadêmicos e forenses sobre tema alteraram substancialmente o panorama naquele Tribunal. De 2023, o AgRg no RHC n. 143.169/RJ tem sido repetidamente citado como paradigma do que se espera na cadeia de custódia de evidências digitais.

No caso, a Turma elenca expressamente o algoritmo *'hash'* como ferramenta de comparação à demonstração da integridade e fiabilidade da prova – reconhecendo quebra da cadeia de custódia[71]. Em divergência aberta pelo Min. Ribeiro Dantas, reconheceu-se a "inobservância dos procedimentos técnicos necessários" na arrecadação e armazenamento de arquivos de um computador – mesmo que os fatos (e a colheita da prova) fossem anteriores a 2019.

A partir da doutrina de Geraldo Prado, textualmente referenciado como "um dos impetrantes" do *habeas corpus*, o relator para o acórdão cita a necessária preservação da "mesmidade" com mecanismos objetivos para "aferir a integridade as fontes de prova". E, para afastar a "volatilidade" dos dados, ressaltou que deveria existir a cópia integral "(bit a bit)" com a aplicação da técnica de "algoritmo *'hash'*" com "assinatura única para cada arquivo", "uma espécie de impressão digital ou DNA".

No entanto, ao invés consagrar uma técnica informática ou delimitar a mácula e inadmissibilidade da prova digital a partir de vício no *'hash'*, o que se vê da decisão é a censura processual à falha na "mais básica" providência – ante a documentação inexistente. No caso, a extração foi feita por instituição financeira (vítima) sem mínima documentação da cadeia – cita-se trecho do voto vencedor:

---

[70] STJ, AgRg no REsp n. 1.484.986/RS, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 22/11/2016, DJe de 5/12/2016.

[71] STJ, AgRg no RHC n. 143.169/RJ, relator para acórdão Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 7/2/2023, DJe de 2/3/2023.

> Não existe nenhum tipo de registro documental sobre o modo de coleta e preservação dos equipamentos, quem teve contato com eles, quando tais contatos aconteceram e qual o trajeto administrativo interno percorrido pelos aparelhos uma vez apreendidos pela polícia. Nem se precisa questionar se a polícia espelhou o conteúdo dos computadores e calculou a *hash* da imagem resultante, porque até mesmo providências muito mais básicas do que essa - como documentar o que foi feito - foram ignoradas pela autoridade policial. Chama atenção o fato de que, antes mesmo de ser periciado pela polícia, algo que só aconteceria em novembro de 2017, o conteúdo extraído dos equipamentos foi analisado pela própria instituição financeira vítima, em outubro daquele ano (e-STJ, fls. 468-485).

Assim, em caso posterior de 2024, a própria 5ª Turma rechaçou dissídio jurisprudencial sob alegada contraposição ao decidido no RHC n. 143.169/RJ, assentando a validade de extração com relatório manual, isto é, imagens dos aparelhos celulares apreendidos.

No AgRg no HC n. 829.138/RN, a defesa questionou que, após autorização judicial, os agentes policiais procederam a "análise manual" dos celulares apreendidos – fotografando as telas dos aparelhos e transcrevendo os respectivos diálogos. A Turma, no entanto, rechaçou a tese da identidade com o decidido no RHC n. 143.169/RJ.

"Na hipótese vertente, contudo, o que ocorreu foi a extração de fotografias de tela com dados telemáticos de *Whatsapp* do celular - e não um simples espelhamento ou acesso a conversas do *Whatsapp Web*". Ressaltou que a possibilidade da "perícia técnica com a finalidade de se verificar toda e qualquer alteração da prova", sem a necessidade da extração do *código 'hash*'[72].

A situação fática chancelada não discrepa do argumento trazido no AgRg no HC n. 828.054/RN, com sorte diametralmente distinta. Também após autorização judicial, o delegado acostou relatório dos vestígios encontrados em aparelho celular apreendido com o investigado – ressaltando "a análise foi performada após consulta direta ao aparelho, sem necessidade

[72] STJ, AgRg no HC n. 829.138/RN, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 6/2/2024, DJe de 14/2/2024.

de uso de máquinas extratoras (ex. *Cellebrite*)". Consequentemente, destacou as capturas de telas e diálogos de interesse da investigação[73].

Desta vez, com voto do Ministro Joel Ilan Paciornik a solução foi pela inadmissibilidade da prova. A decisão introduz o artigo 422, §1º, do Código de Processo Civil, com "diálogo de fontes" [74], afirmando a presunção e validade das imagens digitais – no que se incluem os *'prints'*. Assenta, no entanto, que, uma vez questionado, legitimamente impugnado o conteúdo das supostas conversas do *WhatsApp*, a fiabilidade depende das diretrizes de coleta e armazenamento – com alusão expressa à NBR ISO/IEC 27037/2013.

Em contraposição à decisão antecedente, decidiram que o "acesso direto ao celular apreendido, sem a utilização de ferramenta forense que garantisse a exatidão das evidências" é inadmissível. Citou que, "além da técnica do algoritmo '*hash*', também deve ser utilizado um software confiável, auditável e amplamente certificado, que possibilite o acesso, a interpretação e a extração dos dados do arquivo digital" – referindo, como exemplo, o *software Cellebrite*[75].

As duas decisões referem o RHC n. 143.169/RJ, a doutrina da prova digital de Geraldo Prado, mas, da lavra do mesmo colegiado em meses subsequentes, divergem na conclusão sobre o manuseio do vestígio digital.

Os precedentes do STJ exteriorizam alguma inconsistência e a inobservância de padrões sobre a temática – em especial quando de extrações sem cópia com a autenticação por função *'hash'*.

Exemplificando, a Ministra Daniela Teixeira, em julho de 2024, assentou a violação da cadeia de custódia e a inadmissibilidade pelo manuseio de aparelho celular em "análise preliminar" realizada antes da extração. No RHC n. 188.154/RJ, a Ministra reconhece que, apesar da autorização judicial e "extração completa dos dados" do celular, antes da

---

[73] Relatório de Análise de Aparelho Celular – Extração de Dados - Inquérito Policial n.º 083/2021 no AgRg no HC n. 829.138/RN.

[74] Art. 422 (...) § 1º As fotografias digitais e as extraídas da rede mundial de computadores fazem prova das imagens que reproduzem, devendo, se impugnadas, ser apresentada a respectiva autenticação eletrônica ou, não sendo possível, realizada perícia.

[75] STJ, AgRg no HC n. 828.054/RN, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 23/4/2024, DJe de 29/4/2024.

remessa à inteligência da Polícia para o tratamento técnico, ouve acesso pelos delegados e inspetores, com "fotos da tela do aparelho"[76].

Em decisão mais recente, a Ministra, desta vez no colegiado da 5ª Turma no EDcl no HC n. 945.157/SC, repeliu a tese da quebra da cadeia de custódia e admitidos *'prints'* de mensagens de *WhatsApp* sem autorização judicial, produzidos por "familiar da vítima", porque inexistente "qualquer manipulação indevida". Sem maior fundamentação, a ementa resume a íntegra do fundamento para a admissão da prova, desprovida de qualquer rigor técnico[77].

Realçando a divergência, em processo de organização criminosa, com celulares apreendidos, manuseados por servidores públicos em relatório documentado e posterior perícia, com extração integral da imagem e cálculo da *função 'hash'*, a Ministra reconheceu a quebra da cadeia de custódia, com a mais gravosa sanção processual (desentranhamento da prova). Ante o argumento da possível manipulação pelo delegado e inspetores, mesmo com laudo posterior sobre inexistente indicativo de adulteração, sem "elementos concretos" do que a defesa entendia "terem sido adulterados", apontou a "desconfiança" na prova produzida.

Em contraposição, *'prints'*, sem isolamento, preservação ou documentação, produzidos por "familiar" a partir da captura de tela de conversas entre a vítima e o réu, questionados pelo acusado, foram chancelados, mantida a condenação pelos crimes de estupro de vulnerável e posse de material pornográfico infantil. Neste, foi apontado que as imagens foram extraídas "utilizando ferramentas do próprio aplicativo, sem qualquer manipulação indevida".

Seguindo a temática, o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca[78] afastou ilicitude da prova consistente em vídeos extraídos sem ficha do

---

[76] STJ, RHC n. 188.154/RJ, Ministra Daniela Teixeira, julgado em 24/07/2024.

[77] "(...) 4. As provas obtidas mediante prints de WhatsApp não configuram violação à cadeia de custódia, tendo em vista que foram realizadas por familiar da vítima, utilizando ferramentas do próprio aplicativo, sem qualquer manipulação indevida. Além disso, tanto a vítima quanto o réu confirmaram a troca de mensagens" (EDcl no HC n. 945.157/SC, relatora Ministra Daniela Teixeira, Quinta Turma, julgado em 4/11/2024, DJe de 6/11/2024).

[78] STJ, HC n. 901.602/PB, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 08/11/2024.

vestígio e '*hash*' na extração da origem. Na decisão, realçou a distinção aos precedentes citados em que se sancionou as hipóteses "sem qualquer observância à cadeia de custódia" (AREsp n. 2.342.908/MG) ou, como no 143.169/RJ, cm que remetidos os vestígios para a instituição vítima.

Na decisão, ainda, o Ministro trouxe destaque à doutrina de Clarissa Diniz Guedes da admissibilidade das provas em vídeo – que traz algumas luzes que podem se estender em relação a outras provas e vestígios digitais:

> *(...) nas palavras de Clarissa Diniz Guedes, "Idealmente, para fins criminais, a obtenção da prova em vídeo deveria partir do vídeo original ou uma cópia perfeita (p. ex. com código* hash*), no mesmo formato do vídeo original. Todavia, não se pode descartar a possibilidade de que o vídeo seja apresentado em outro formato, ainda que com algum grau de compactação, mas que, ainda assim permita a análise da integridade das imagens". Ainda segundo a autora: "Neste* último *caso, todavia, haverá a necessidade de esclarecimentos técnicos sobre eventuais limitações da aferição da integridade, tanto para o fim de se confirmar que a integridade possa ser atentada com um grau de fiabilidade mínimo, como para esclarecer sobre as limitações dessa aferição, que eventualmente impactarão no exame da eficácia probante do vídeo, levando em conta o contexto probatório" (Guedes, Clarissa Diniz. Prova em vídeo no processo penal: aportes epistemológicos. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023, p. 47).*

Com efeito, reconhecida que a posterior submissão à perícia, com o cálculo '*hash*' e a disponibilidade da íntegra dos arquivos (inclusive da respectiva documentação da custódia) suprem a exigência do Código de Processo Penal, invocando jurisprudência longeva de que "não se pode presumir eventual má-fé dos agentes públicos no manuseio das provas"[79]. E conclui que "não haveria se falar em nulidade, mas apenas em menor ou maior confiabilidade da prova, porquanto não indicada a prática de qualquer conduta que pudesse revelar a manipulação das imagens, a ponto de torná-las provas ilícitas".

[79] STJ, AgRg no AREsp n. 2.511.249/MG, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 15/10/2024, DJe de 17/10/2024.

No RHC n. 203.749, monocraticamente, o Ministro Ribeiro Dantas manteve decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que declarou "desnecessária" a função '*hash*' em arquivos extraídos do 'Sistema Guardião' que armazena as interceptações telefônicas redistribuídas pelas operadoras de telefonia. O acórdão da origem transcrito decidiu que os dados do sistema já são "protegidos por criptografia e/ou senha", dificultando a alteração; o que foi reputado como "explicação" satisfatória para refutar o revolvimento da prova no STJ[80]. Igualmente do Ministro Ribeiro Dantas, a advertência de que a "simples existência da '*hash*' não permite concluir que o arquivo apresentado é autêntico e íntegro"[81].

Neste sentido, a Ação Penal n. 623, talvez represente o mais consolidado entendimento sobre o tema por colegiado do STJ. Na oportunidade, a Corte Especial enfrentou o tema do '*hash*', definindo-o e reconhecendo sua relevância, mas a dispensa para a auditabilidade de interceptações telefônicas já sob *software* próprio com propósito semelhante (Guardião). Ressalta que "a ausência de geração de código '*hash*', por si só, não é apta a invalidar as provas colhidas"[82].

3.2 Parâmetros Técnicos e Jurídicos da Integridade da Prova Digital

Sob tais premissas técnicas, com as preocupações sobre o recorte de processos e a divergência evidente sobre o tema, possível extrair diretrizes e parâmetros para a garantia da integridade dos vestígios e provas digitais com (ou sem) o emprego da função '*hash*'.

De plano, cognoscível conteúdo comum e subjacente às decisões sobre a temática: a imperativa documentação da cadeia de custódia.

Além da previsão dos artigos 158-A e seguintes do Código de Processo Penal, o registro detalhado da cadeia de custódia é um dever para o "controle epistêmico"[83] da prova. "Exige o estabelecimento de um

---

[80] STJ, RHC n. 203.749, Ministro Ribeiro Dantas, DJe de 17/12/2024.

[81] STJ, RHC n. 205.088, Ministro Ribeiro Dantas, DJe de 20/12/2024.

[82] STJ, APn n. 623/DF, relator Ministro Francisco Falcão, Corte Especial, julgado em 4/6/2025, DJe de 16/6/2025.

[83] PRADO, Geraldo. *Prova Penal e Sistema de Controles Epistêmicos* – a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos, 1ª ed. São Paulo:

procedimento regrado e formalizado, documentando toda a cronologia existencial daquela prova, para permitir posterior validação em juízo e exercício do controle epistêmico"[84].

Seja qual for o método, a tecnologia empregada ou a natureza da prova, é necessária mínima documentação. Sendo a prova digital "imaterial", "dispersa" e "instável", "o investigador deverá munir-se de todas as técnicas e conhecimentos científicos", o que exige a "cumulação dos princípios probatórios do processo penal e da investigação forense"[85].

Tais características impõem maior rigor na documentação, que deve ser "detalhada" – cogitável até o registro em vídeo de toda a operação e os passos da continuidade e definição da cadeia de custódia[86]. É a "história cronológica escrita, ininterrupta e testemunhada, de quem teve a evidência desde o momento da coleta até que ela seja apresentada"[87].

Por outro lado, a "mera possibilidade" da modificação ou alteração da prova digital não é suficiente para a "excluir" do âmbito penal, com necessária análise tópica da confiabilidade e do valor demonstrativo da prova[88].

Marcial Pons, 2014.

84 JUNIOR, Aury Lopes. *Direito Processual Penal* - 21ª Edição. Rio de Janeiro: Saraiva, 2024. E-book. p.479

85 CANCELA, Alberto Gil. *A Prova Digital*: os meios de obtenção de prova na lei do cibercrime (Dissertação de Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, orient. Sonia Mariza Florêncio Fidalgo, 78p, Coimbra, 2016, pp. 22-23.

86 Idem, p. 954.

87 BADARÓ, Gustavo. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra (orgs.). *Temas Atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte, D'Plácido, 2018, p. 522.

88 Tradução livre de "La mera possibilità che sia stata modificata o alterata non è un motivo suffi- ciente per escluderla, fermo restando il giudizio caso per caso sull'attendibilità e sul valore dimostrativo della prova. In ogni caso la prova digitale apre scenari inediti, sia per le caratteristi- che strutturali, sia per le enormi potenzialità che offre alle indagini. Ormai la maggior parte degli atti di indagine presenta una componente digitale" (ILLUMINATI, Giulio. "Prova Digitale e Ammissibilità" in VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; WUNDERLICH, Alexandre (orgs.). *Direito e Liberdade* – Estudos em homenagem ao Professor Doutor Nereu José Giacomolli. São Paulo: Almedina, 2022, p. 948).

Exatamente da conjugação dos princípios forenses e jurídicos, a função '*hash*' surge como relevante ferramenta da "prova da prova", apta a gerar presunção (relativa) da satisfação do ônus do Estado na documentação da cadeia de custódia – mas, não mais que isso. O '*hash*' não serve a todo e qualquer dado, tampouco se mostra útil a gênero indistinto de evidências digitais.

Ao contrário de reputá-lo dispensável, irrelevante ou inseguro, o código '*hash*' tem específica utilidade na fiabilidade e integridade da prova digital. Contudo, consagrá-lo sem o rigor científico forense pode chancelar mero engodo de tecnicismo sobre a prova digital – fomentando críticas já recorrentes de insegurança jurídica, seletividade e discricionariedade.

"Imprescindível que o método empregado garanta a integridade do dado digital"[89]. A confiabilidade da informação "depende de mecanismos técnicos que garantem a integridade, a inalterabilidade, a rastreabilidade, a recuperabilidade e a conservação"[90]. Normativas de padronização e regulamentação de protocolos sugerem alguns mecanismos, que, entretanto, devem ser avaliados segundo os limites ínsitos à tecnologia e ao avanço digital. Reitera-se a preocupação:

> *(...) as peculiaridades da prova científica podem colocar em crise a relação tradicional entre prova e julgamento, ao implicar um raciocínio probatório que necessariamente deve se apoiar em regras científicas desconhecidas para os juízes, como ferramenta para acessar um fato desconhecido a partir de um fato conhecido. Pois bem, na 'novel science', o método científico utilizado pode ainda não ter sido submetido à crítica de toda a comunidade científica ou, então, pode ainda não ter tido aplicação jurisprudencial: daí o risco de ingresso indiscriminado no processo penal de formas questionáveis de 'junk science'*[91].

---

[89] BADARÓ, Gustavo. "Os standards metodológicos de produção da prova na prova digital e a importância da cadeia de custódia" in *Revista IBCCRIM*, São Paulo, v. 343, ano 29, p. 7-9, jun./2021, p. 8.

[90] BUJOSA VADELL, Lorenzo M.; BUSTAMANTE RÚA, Mónica M.; TORO GARZÓN, Luis O. La prueba digital producto de la vigilancia secreta: obtención, admisibilidad y valoración en el proceso penal en España y Colombia. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 7, n. 2, p. 1347-1384, mai./ago. 2021, p. 1367.

[91] "En efecto, las peculiaridades de la scientific evidence pueden poner en crisis la relación tradicional entre prueba y juicio, al implicar un razonamiento

Consenso que a extração *'bit a bit'*, "autenticada pelo código *'hash'*" integra as "melhores práticas"[92], o que não exclui outras alternativas, nem afasta o necessário zelo da técnica empregada. A extração de imagem não é uma realidade possível ou viável em todo de repositório digital ou aparelho eletrônico. Nem mesmo os mais avançados e consagrados *hardwares* e *softwares* para a extração de mídias digitais podem assegurar êxito; há resultados distintos em determinados sistemas operacionais ou métodos de encriptação da origem dos dados[93].

A cópia forense recomenda técnica com os "mais altos padrões possíveis", o que não exclui situações peculiares. As diretrizes não abrangem todo gênero de eventualidades; o banco de dados de uma instituição financeira em alteração constante e volume armazenado em uma "sala do tamanho de um campo de futebol" não está contemplado[94], o que não impede tal prova. Assim como *'print'* de uma conversa produzida informalmente por familiar da vítima em hipótese recém-chancelada pelo STJ, a integridade perpassa mais que o cálculo *'hash'*.

Ao contrário de um pretenso "efeito dissuasório" com a imposição de um "padrão de legalidade"[95], ainda que necessário "estigmatizar

---

probatorio que necesariamente debe apoyarse en leyes científicas desconocidas para los jueces, como herramienta para acceder a un hecho desconocido a partir de un hecho conocido. Ahora bien, en la novel science, el método científico utilizado podría no haber sido sometido aún a la crítica de toda la comunidad científica, o bien podría no haber tenido aún aplicación jurisprudencial: de ahí el riesgo de ingreso indiscriminado en el proceso penal de formas discutibles de junk science" (MARAFIOTI, Luca. "Prueba Digital y Proceso Penal" in *Revista de Derecho Penal y Proceso Penal*, n. 11, nov./2012, pp. 1904-1912,

92 GUERRA, Maite Neves. *Regime Democrático das Provas Digitais no Processo Penal: aquisição e qualificação* (Dissertação de Mestrado), Universidade do Vale do Itajaí, 169p., Itajaí, 2024, p. 124.

93 AFONIN, Oleg; KATALOF, Vladimir. *Mobile Forensics* – Advanced Investigative Strategies. Birmingham: Packt, 2016, p. 125 e ss; REIBER, Lee. *Mobile Forensic Investigations*: A Guide to Evidence Collection, Analysis and Presentation, 1a ed. McGraw Hill, 2015

94 MASON, Stephen; SHELDON, Andrew; DRIES, Hein. "Proof: The Technical collection and examination of electronic evidence" in MASON, Stephen; SENG, Daniel. *Electronic Evidence and Electronic Signatures,* v. 5. Londres: University of London Press, 2021, p. 295.

95 JUNIOR, Aury Lopes. *Direito Processual Penal,* 21ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. *E-book*. p.482.

a negligência"[96] da cadeia de custódia, estabelecer fórmulas simplistas arrisca o estabelecimento de um *'standard'* pouco crível, utópico, e fomenta (mais) a seletividade criminal.

Ainda que as provas digitais exijam a observância das "*best practices* nacionais e internacionais" para o "potencial epistêmico adequado"[97], não se pode conceber a interpretação da reconstituição da cadeia de custódia exclusivamente por prova pericial "esse meio não é o único adequado ou obrigatório para todos os casos"[98]. O "problema das provas ilícitas" não se confunde com o "conteúdo e a veracidade" da prova que se projetam para o plano da valoração[99]; exigindo-se da cadeia de custódia o suficiente para "suplantar dúvidas razoáveis"[100].

Muito antes da discussão prova digital, em proposta de sistematização genérica da liberdade probatória, Eugenio Florian já mencionava "exigências substanciais", dentre as quais a "utilização de dados científicos" quando possível[101]. Em sentido análogo, não é possível supor a imposição indiscriminada da tecnologia sem o rigor técnico próprio da ciência forense, muito menos consagrar o código *'hash'* como ferramenta exclusiva na satisfação da cadeia de custódia.

Mesmo sob o rigor e cuidado da prova digital, "ao menos que a exclusão" seja lastreada em violação de procedimento "expressamente previsto em lei", a "eventual violação das boas práticas incide somente

---

96 BARTOLI, Laura. *La catena di custodia del materiale informatico*: soluzioni a confronto, 2016. Anales de la Facultad de Derecho,33, 2016. Bologna: Facultad de Derecho, diciembre 2016. p. 145-162. p. 162.

97 BADARÓ. Os *standards*... Ob. cit., p. 9.

98 CARDOSO, Oscar Valente. Dados e metadados, provas e metaprovas: as provas sobre as provas digitais. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*. vol. 21. ano 6. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2023.

99 GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*, 9ª ed. rev. atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 151.

100 EDINGER, Carlos. Cadeia de Custódia, Rastreabilidade Probatória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 120, p. 237-257, maio – junho 2016.

101 FLORIÁN, Eugenio. *De Las Pruebas Penales*, Tomo I, De La Prueba en General, 2ª reimpressão, 3ª ed. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1995, p. 316-321; DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*, 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 545.

na valoração da prova"[102]. Não obstante o especial zelo que as evidências digitais devem inspirar, ilidível que o "direito processual clássico fornece ferramentas de investigação que se revelam muito úteis à obtenção de prova no ambiente digital"[103].

Nem sempre é necessária a extração da imagem *'bit a bit'*; às vezes, nem será possível; de igual modo, a função *'hash'* talvez não seja o melhor protocolo para determinados arquivos (ex. páginas URL). Assim, excetuadas as hipóteses acertadamente sancionadas com a ilicitude e inadmissibilidade, em razão da falta de mínima documentação da cadeia de custódia, ordinariamente, a prova digital está sujeita às normas 'clássicas' de admissibilidade.

Destacando que os "meios ordinários usados para verificar a autenticidade dos documentos não se aplicam às provas informáticas", Michele Taruffo registra que deixar à "valoração discricionária do julgador pode parecer uma forma de evadir-se do problema"[104]. O que revelam os precedentes destacados do Superior Tribunal de Justiça, no entanto, é que, sob as premissas do que se considera a "melhor prática" ou sob mais rigorosos protocolos da fiabilidade tecnológica vigentes, é panorama de igual discricionariedade e insegurança jurídica.

Igualmente, se a "mera" existência do *'hash'* não basta à integridade da prova digital, com já afirmado pelo STJ, a comparação e divergência tampouco pode ser interpretada de forma inequívoca para a inadmissibilidade do arquivo.

Invocar a técnica demanda sensibilização coletiva e "alfabetização" das partes do processo[105]. A existência de *'hash'* não significa mais que a

---

[102] ILLUMINATI, Giulio. "Prova Digitale e Ammissibilità" in VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; WUNDERLICH, Alexandre (orgs.). *Direito e Liberdade* – Estudos em homenagem ao Professor Doutor Nereu José Giacomolli. São Paulo: Almedina, 2022, p. 956.

[103] VERDELHO, Pedro. "A obtenção de prova no ambiente digital" in Revista do Ministério Público de Lisboa, Lisboa, v. 25, n. 99, p. 117-136, jul./set. 2004. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=49232>. Acesso em 21/10/2024.

[104] TARUFFO, Michele. *A Prova*, trad. João Gabriel Couto, Filosofia e Direito. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 85/87.

[105] BARTOLI, Laura. *La catena di custodia del materiale informatico*: soluzioni a confronto, 2016. Anales de la Facultad de Derecho,33, 2016. Bologna:

submissão de um arquivo ou pacote de dados a um cálculo matemático. Só que, mais que compará-lo ou confrontá-lo, é preciso compreender as suas características para avaliar o melhor protocolo/função, a coincidência frente aos riscos de colisão ou eventual divergência.

Ilustrando, há muito, especialistas em criptografia consideram a função '*hash*' MD5 um protocolo obsoleto, inseguro, o que pode ser considerado "prejudicial" ou "problemático" na pretensa definição da fiabilidade[106]. Não por acaso, a melhor técnica consiste na solução de combiná-lo com outros protocolos (ex. SHA), afastando o risco de colisão proposital em razão da redundância que tornaria bastante complexa a colisão dupla[107].

De outro modo, por sua natureza e complexidade, a submissão de pacotes a mais de um protocolo significa maior tempo e demanda tecnológica de processamento computacional. E, por óbvio, incrementa riscos de erros, o que é próprio de qualquer procedimento técnico-científico[108].

Facultad de Derecho, diciembre 2016. p. 162.

[106] KAMINSKY, Dan. MD5 to be considered harmful someday. *IACR Cryptology ePrint Archive*, 2004. Disponível em: <https://eprint.iacr.org/2004/357.pdf>. Acesso em 24 dez. 2024.

[107] "Utilizzare più funzioni è uno stratagemma per aumentare la sicurezza dell'identificazione: come dicevamo, è improbabile —sebbene possibile— che due input diversi diano luogo alla stessa traccia *hash*. Il rischio che la difformità tra originale e copia passi inosservata utilizzando due diversi algoritmi è addirittura inverosimile: anche se si verificasse una collisione rispetto a uno dei due risultati, l'altro supplirebbe" (BARTOLI, Laura. *La catena di custodia del materiale informatico*: soluzioni a confronto, 2016. Anales de la Facultad de Derecho,33, 2016. Bologna: Facultad de Derecho, diciembre 2016. p. 156). Em sentido contrário, apontando a "insuficiência" da combinação dos protocolos MD5 e SHA1 ("MD5 and SHA1 *hashes* are insufficient to ensure the integrity of the evidence" – ELGOHARY, Hany M; DARWISH, Saad M.; ELKAFFAS, Saleh Mesbah. "Improving Uncertainty in Chain of Custody for Image Forensics Investigation Applications" in *IEEE Access*, v. 10, fevereiro/2022, p. 14669-14678. Disponível em: <https://ieeexplore.ieee.org/stamp/stamp.jsp?tp=&arnumber=9698053>. Acesso em 04/01/2025).

[108] AMARAL, Maria Eduarda Azambuja; BRUNI, Aline Thais. Prova Pericial no Processo Penal: a compreensão e a mitigação dos erros forenses como mecanismo de respeito ao contraditório, à ampla defesa e ao direito à prova lícita. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 9, n. 2, pp. 877-912, Porto Alegre, maio-ago./2023, p. 889. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i2.819>. Acesso em 04/01/2025.

Não à toa, a técnica forense mais atual recomenda a conjugação de protocolos e o particionamento dos vestígios – com a produção de *'hashes' difusos* (*'fuzzy hashes'*), como "nova técnica" para determinar a "similaridade" de arquivos, como nos dados com algumas estruturas especialmente voláteis e não controláveis[109].

Os métodos de criptografia e a evolução do processamento computacional, por sua natureza, recomendam que se deve "sempre migrar para um novo algoritmo" mais atual e seguro[110]. A possibilidade de colisões com menor esforço a cada dia[111], denota a presunção relativa da integridade a partir da juntada do código *'hash*' e sugere a necessidade de evolução constante, análise tópica da integridade e fiabilidade, sem soluções automáticas ou regras desarrazoadas.

4. CONCLUSÃO

Como ressalta Paulo Victor Alfeo Reis, "o sistema normativo não está apto a acompanhar a velocidade de mudanças de hábito de um mundo tão disruptivo" como o das relações algorítmicas e nunca "o Judiciário foi tão relevante para dar segurança jurídica em uma realidade cada vez mais rápida"[112]. Ao mesmo tempo, com frequência cada vez mais acentuada, submete-se à jurisdição demandas de maior complexidade "científica

---

[109] ELGOHARY, Hany M; DARWISH, Saad M.; ELKAFFAS, Saleh Mesbah. "Improving Uncertainty in Chain of Custody for Image Forensics Investigation Applications" in *IEEE Access*, v. 10, fevereiro/2022, p. 14670.

[110] PRADEEP, K. C.; SOMAN, Rajashree; HONNAVALLI, Prasad. "Validity of Forensic Evidence Using *Hash* Function" in *Proceedings of the Fifth International Conference on Communication and Electronics Systems* (ICCES 2020), IEEE Conference Record # 48766, 2020, p. 826. Disponível em: <https://ieeexplore.ieee.org/document/9138061/>. Acesso em 03/01/2024).

[111] RASJID, Zulfany Erlisa; SOEWITO, Benfano; WITJAKSONO, Gunawan; ABDURACHMAN, Edi. A review of collisions in cryptographic *hash* function used in digital forensic tools. *Procedia Computer Science*, v. 116, p. 381-392, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.procs.2017.10.072>. Acesso em 24 dez. 2024.

[112] REIS, Paulo Victor Alfeo. *Algoritmos e o Direito*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 147.

e técnica" – que exigem "conhecimentos altamente especializados e particulares"[113].

Neste contexto, surge o desafio probatório e a discussão sobre a integridade e fiabilidade das evidências digitais. Embora não contemplado expressamente nas regras da cadeia de custódia elencadas no Código de Processo Penal, expresso em manuais, guias e diretrizes de boas práticas forenses, o código *'hash'* tem sido citado como instrumento de garantia da autenticidade e integridade dos vestígios na demonstração da cadeia de custódia.

A adoção irrefletida da tecnologia, sem rigor científico ou conhecimento técnico, tem a mesma relevância para o controle epistêmico da prova penal que o emprego de método nenhum. Buscou-se neste ensaio expor premissas, fundamentos científicos e argumentos jurídicos que permitam refletir diretrizes e parâmetros para a garantia da integridade do vestígio digital. De forma resumida, possível estabelecer alguns tópicos que reúnem tais parâmetros:

a) Documentação rigorosa: atender à exigência do Código de Processo Penal, em prestígio à integridade e racionalidade para a valoração posterior da prova digital, pressupõe a observância de um mínimo rigor na documentação, com o registro detalhado da cadeia de custódia. E a exigência da documentação consiste em filtro (mínimo) para a admissibilidade do vestígio digital como prova.

b) Limites da legislação e normatização: a evolução tecnológica torna inviável a padronização ou pormenorização da prova digital no âmbito legislativo, reconhecendo ao capítulo da cadeia de custódia do Código de Processo Penal a função vetor interpretativo na constante atualização dos métodos e padrões consagrados na ciência forense para o tratamento, preservação e integridade dos vestígios digitais – realçando a importância do emprego de melhores técnicas como aquelas das normas da ABNT ISO/IEC 27037:2013 ou RFC 3227, que não afastam outros métodos e técnicas.

[113] DAMASKA, Mirjan R. *El Derecho Probatorio a la Deriva* – Processo y Derecho, trad. Joan Picó i Junoy. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 147.

c) '*Hash*': a função *'hash'* é um algoritmo matemático calculado em pacote de dados digitais que resume o arquivo em uma saída padrão hexadecimal única, cuja comparação pode confirmar a integridade, em razão de sua natureza determinística. Tecnologia versátil, ostenta diversos protocolos e métodos que podem ser avaliados segundo conveniência de processamento de dados, tempo, segurança e extensão (ex. MD4, MD5, SHA-1, SHA-256, SHA-512 etc.).

d) Limites do *'hash'*: exatamente pela natureza determinística que lhe torna relevante à finalidade da cadeia de custódia, nem sempre será útil ou viável o cálculo de um código *'hash'* em determinados arquivos, sem conferência viável ou relevante. Novos métodos que recomendam fracionamento e cálculos múltiplos de parcelas do conteúdo, a demonstrar a similaridade, afastando o risco de erros periciais e vícios da manipulação não intencional ou irrelevante para integridade do vestígio.

e) Avanço tecnológico e '*hash*': baseado na premissa da dificuldade da inversão do cálculo e *colisão*, o algoritmo *'hash'* pode se tornar obsoleto ou inseguro com a evolução do processamento computacional. Determinados modelos já são considerados superados em ferramentas de segurança da informação e criptografia, com recomendável emprego combinado de métodos e protocolos a garantir a fiabilidade do vestígio a partir da redundância.

f) Presunção de integridade: reconhecida dentre as melhores técnicas, a extração *'bit a bit'* de um arquivo com o cálculo conferível e confirmado de coincidência do *'hash'* gera presunção de integridade e fiabilidade do vestígio. A inexistência, "colisão" ou não conferência do código *'hash'*, de outro modo, deve ser avaliada de forma tópica no plano da valoração probatória, com a premissa mínima da documentação como filtro de admissibilidade do vestígio.

g) Educação e preocupação com a técnica: seja pelos limites ínsitos da tecnologia, seja pelo risco da sua falibilidade, o tratamento da prova digital e emprego da função *'hash'* pressupõem

> educação e sensibilização das partes envolvidas no processo sobre o rigor científico e conhecimento exigido, afastando teses extremas, com *'standards'* utópicos ou a admissão de elementos sem mínima fiabilidade.

Embora "valioso"[114], o código *'hash'* não é infalível e não pode ser aplicado a todos os processos ou espécies de dados. O algoritmo não supre todos os desafios sobre a admissibilidade os vestígios digitais, suas limitações ínsitas pela natureza determinística ou inseguranças pela evolução tecnológica expõem os riscos da consagração de uma ferramenta que deve ser interpretada como tal – mais um instrumento que renova o diálogo próprio do processo penal e a racionalidade na valoração das provas.

REFERÊNCIAS

AFONIN, Oleg; KATALOF, Vladimir. *Mobile Forensics* – Advanced Investigative Strategies. Birmingham: Packt, 2016.

ALCOCEBA GIL, Juan Manuel. Los estándares de cientificidad como criterio de admisibilidad de la prueba científica. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 215-242, jan./abr. 2018. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.120.

AMARAL, Maria Eduarda Azambuja; BRUNI, Aline Thais. Prova Pericial no Processo Penal: a compreensão e a mitigação dos erros forenses como mecanismo de respeito ao contraditório, à ampla defesa e ao direito à prova lícita. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 9, n. 2, pp. 877-912, Porto Alegre, maio-ago./2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i2.819>.

ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA 2024. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, ano 18, 2024.

ARSLAN, Engin; ALHUSSEN Ahmed. "Fast integrity verification for high-speed file transfers" in *arXiv preprint arXiv:1811.01161*, 2018. Disponível em: <https://arxiv.org/pdf/1811.01161>.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *ABNT NBR ISO/IEC 27037:2013*. Rio de Janeiro: ABNT, 2013.

[114] LORDELO, João Paulo. *Constitucionalismo Digital e Devido Processo Legal*, 2ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: JusPodivm, 2024, p. 326.

ATURBAN, Mohamed; NELSON, Michael L.; WEIGLE, Michele C. Difficulties of Timestamping Archived Web Pages. *arXiv preprint arXiv:1712.03140*, 2017. Disponível em: <https://arxiv.org/abs/1712.03140>.

BADARÓ, Gustavo. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson Bezerra (orgs.). *Temas Atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte, D'Plácido, 2018.

BADARÓ, Gustavo. Os *standards* metodológicos de produção da prova na prova digital e a importância da cadeia de custódia. *Revista IBCCRIM*, São Paulo, v. 343, ano 29, p. 7-9, jun./2021. Disponível em: <https://www.publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/1325>.

BARTOLI, Laura. La catena di custodia del materiale informatico: soluzioni a confronto. *Anales de la Facultad de Derecho*, 33, Bologna, 2016..

BENTHAM, Jeremias. *Tratado de las pruebas judiciales* – Tomo I, tradução de Dom José Gomez de Castro. Madrid: Imprenta de D. Tomás Jordan, 1835.

BIHAM, E., CHEN, R., JOUX, A. et. al. Collisions of SHA-0 and Reduced SHA-1. In: CRAMER, R. *Advances in Cryptology* – EUROCRYPT 2005. EUROCRYPT 2005. Lecture Notes in Computer Science, vol 3494. Berlin: Springer, 2005, disponível em: <https://doi.org/10.1007/11426639_3>.

BUJOSA VADELL, Lorenzo M.; BUSTAMANTE RÚA, Mónica M.; TORO GARZÓN, Luis O. La prueba digital producto de la vigilancia secreta: obtención, admisibilidad y valoración en el proceso penal en España y Colombia. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 7, n. 2, p. 1347-1384, mai./ago. 2021. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i2.482.

CANCELA, Alberto Gil. *A Prova Digital*: os meios de obtenção de prova na lei do cibercrime. Dissertação – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016. Disponível em: <https://hdl.handle.net/10316/31398>.

CANTALI, Fernanda Borghetti. *A Tokenização da Arte Visual e o Direito Autoral*: o Copyright by Design e a definição das premissas mínimas de governança para viabilizar o NFT – Non Fungible Token como instrumento de negociação de obras de arte. Brasil: Editora Dialética, 2024.

CASEY, Eoghan. *Digital Evidence and Computer Crime*: Forensic Science, Computers and the Internet. 3a ed. Burlington: Elsevier, 2011.

CASTELLS, Manuel. *Fim de Milênio* – A Era da Informação – Economia, Sociedade e Cultura, v. 3. Trad. Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Venancio Majer, 7ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2020.

CARDOSO, Oscar Valente. Dados e metadados, provas e metaprovas: as provas sobre as provas digitais. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*. vol. 21. ano 6. São Paulo, out.-dez. 2023.

COSTA, Arthur Trindade Maranhão; DE OLIVEIRA JUNIOR, Almir. Novos padrões de investigação policial no Brasil. In: *Sociedade e Estado*, v. 31, n. 1, p. 147–164, 2016. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/sociedade/article/view/6083>..

COUTINHO, Severino. *Criptografia*. Rio de Janeiro: Instituto Nacional de Matemática Pura e Aplicada, 2016.

DAMASKA, Mirjan R. *El Derecho Probatorio a la Deriva* – Processo y Derecho, trad. Joan Picó i Junoy. Madrid: Marcial Pons, 2015.

DANIELE, Marcello. La Prova Digitale nel Processo Penale. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 2, mar.-abr.-2011.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*, 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIFFIE, Whitfideld; HELLMAN, Martin E. New Directions in Cryptography. *IEEE Transactions on Information Theory*, Vol. IT22, n° 6, pp. 644-654, novembro de 1976.

DURANTI, Luciana; STANFIELD, Allison. Authenticating electronic evidence. In: MASON, Stephen; SENG, Daniel (Ed.). *Electronic evidence and electronic signatures*. CMB-Combined volume, v. 5. London: University of London Press, 2021. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/j.ctv1vbd28p.13>.

EDINGER, Carlos. Cadeia de Custódia, Rastreabilidade Probatória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 120, p. 237-257, maio – junho 2016.

ELGOHARY, Hany M; DARWISH, Saad M.; ELKAFFAS, Saleh Mesbah. Improving Uncertainty in Chain of Custody for Image Forensics Investigation Applications. *IEEE Access*, v. 10, fevereiro/2022, p. 14669-14678. Disponível em: <https://ieeexplore.ieee.org/stamp/stamp.jsp?tp=&arnumber=9698053>.

ESPIÑEIRA, Bruno; et al. *A prova e o processo penal constitucionalizado:* estudos em homenagem ao ministro Sebastião Reis. Belo Horizonte: Editora D´Placido, 2021.

FISBERG, Yuri. Dataset de "Função '*hash*' e a integridade da prova digital". *SciELO Data*, V1, 2025. https://doi.org/10.48331/scielodata.T2RHA3

FLORIÁN, Eugenio. *De Las Pruebas Penales*, Tomo I, De La Prueba en General, 2ª reimpressão, 3ª ed. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1995.

GOMES, Liliane Estela. *Afastamento da Súmula 7/STJ em recursos envolvendo discussão sobre a prova pericial em ações de reparação de danos:* análise de casos concretos. Dissertação – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2020.

GOMES, Luiz Flávio Gomes. A impunidade da macrodelinquência econômica desde a perspectiva criminológica da teoria da aprendizagem. *Letras Jurídicas Revista Eletrónica de Derecho del Centro Universitario de la Ciénega*, n. 12, 2011, p. 07. Disponível em: <http://letrasjuridicas.cuci.udg.mx/index.php/letrasjuridicas/article/view/128/126>.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*, 9ª ed. rev. atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e Processo Penal* – As Interceptações Telefônicas. São Paulo: Saraiva, 1976.

GUERRA, Maite Neves. *Regime Democrático das Provas Digitais no Processo Penal:* aquisição e qualificação. Dissertação – Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2024.

HASHIM, Hasan; ALZIGHAIBI, Ahmad Reda; ELESSAWY, Amaal Farag [et. al.]. Securing Financial Transactions with a Robust Algorithm: Preventing Double-Spending Attacks. *Computers* 12, n. 9: 171, 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.3390/computers12090171>.

ILLUMINATI, Giulio. Prova Digitale e Ammissibilità. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; WUNDERLICH, Alexandre (orgs.). *Direito e Liberdade* – Estudos em homenagem ao Professor Doutor Nereu José Giacomolli. São Paulo: Almedina, 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Censo 2022*, Panorama Brasil. Brasília: IBGE, 2022. Disponível em: <https://censo2022.ibge.gov.br/panorama/>.

INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. *Manual do Usuário para registro eletrônico de Programas de Computador*. Diretoria de Patentes, Programas de Computador e Topografias de Circuitos Integrados. Helmar Alvares, Antônio Carlos Coelho e Matheus Souza Pinto Engel. Rio de Janeiro: INPI, 2022.

INTERNET ENGINEERING TASK FORCE (IETF). *Guidelines for Evidence Collection And Archiving,* Network Working Group, D. Brezinski, Best Current Practice, fev. 2002. Disponível em: <https://www.rfc-editor.org/rfc/pdfrfc/rfc3227.txt.pdf>.

KAMINSKY, Dan. MD5 to be considered harmful someday. *IACR Cryptology ePrint Archive*, 2004. Disponível em: <https://eprint.iacr.org/2004/357.pdf>.

KAUFMANN, Alex; GARTMON, Emelie. *Comparative Analysis of Different Cryptographic* Hash *Functions,* Degree Project in Technology, KTH Royal Institute of Technology, Stockholm, 2024. Disponível em: <https://kth.diva-portal.org/smash/get/diva2:1885074/FULLTEXT01.pdf>.

KERR, Orin S. Digital Evidence and the New Criminal Procedure. *Columbia Law Review*, 105, pp. 279-318, 2005. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=594101>.

KIST, Dário José. *Prova Digital no Processo Penal,* 2ª ed. rev., ampliada e atualizada. Leme: Mizuno, 2024.

LÉVY, Pierre. *O que é virtual?* Tradução Paulo Neves, 2ª Ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

LIGUORI, Carlos. *Direito e Criptografia*: direitos fundamentais, segurança da informação e os limites da regulação jurídica na tecnologia 1ª Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal* - 21ª Edição. Rio de Janeiro: Saraiva, 2024.

LORDELO, João Paulo. *Constitucionalismo Digital e Devido Processo Legal*, 2ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: JusPodivm, 2024.

MARAFIOTI, Luca. Prueba Digital y Proceso Penal. *Revista de Derecho Penal y Proceso Penal*, n. 11, nov./2012.

MASON, Stephen; SHELDON, Andrew; DRIES, Hein. Proof: The Technical collection and examination of electronic evidence. In: MASON, Stephen; SENG, Daniel. *Electronic Evidence and Electronic Signatures,* v. 5. Londres: University of London Press, 2021. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/j.ctv512x65.16>.

MENDES, Clarissa Braga. *Segurança Jurídica e Justiça das Decisões Judiciais em Matéria Constitucional*. Dissertação – Instituto de Direito Público (IDP), Brasília, 2014.

MENDES NETO, José Guimarães. *Provas penais na era digital* – Desafios constitucionais e legais para recolha de dados à revelia do portador. Prefácio de Gilmar Mendes. São Paulo: Marcial Pons, 2024.

MENEZES, Alfred J.; OORSCHOT, Paul C. van; VANSTONE, Scott A. *Handbook of Applied Cryptography*, 2nd ed. Boca Raton (FL-EUA): CRC Press, 1996.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Nota Técnica n. 4* – Documentação da Cadeia de Custódia. Secretaria Especial de Políticas Criminais,

Centro de Apoio Operacional Criminal – CAOCrim. São Paulo: MPSP, 2020. Disponível em: <https://biblioteca.mpsp.mp.br/PHL_img/PGJ/004-nt%202021.pdf>.

MISAGHI, Mehran. *Um Ambiente Criptográfico Baseado na Identidade*, Tese – Universidade de São Paulo (Escola Politécnica), São Paulo, 2008.

MURGIA, Severino. *Prova Informatica e Processo Penale*. Tese – Università Degli Studi di Pavia, Pavia, 2017.

NATIONAL INSTITUTE OF STANDARDS AND TECHNOLOGY. *Special Publication (SP) 800-86* Guide to Integrating Forensic Techniques into Incident Response, Karen Kent, Suzanne Chevalier, Tim Grance, Hung Dang, Technology Administration. Gaithersburg: U.S. Department of Commerce, 2006.

NERES, Winícius Ferraz. A cadeia de custódia dos vestígios digitais sob a ótica da Lei n. 13.964/2019: aspectos teóricos e práticos. *Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União*, n. 56, p. 338–382, 2021. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoescientificas/index.php/boletim/article/view/603>.

OXFORD ENGLISH DICTIONARY, s.*v. Hash (n. 1) e (n. 3)*. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/OED/6068424098>.

PATIL, Harsh; KOHLI, Ravshish Kaur; PURI, Sorabh; PURI, Pooja. Potential applicability of blockchain technology in the maintenance of chain of custody in forensic casework. *Egyptian Journal of Forensic Sciences*, v. 14, n. 1, p. 1-9, 2023. Disponível em: <https://doaj.org/article/655cc4415a854089a0e844bb4da6cf94>.

PILKINGTON, Marc. Blockchain Technology: Principles and Applications. In: OLLEROS, F. Xavier; ZHEGU, Majlinda. *Research Handbook on Digital Transformations*. Northampton (MA-EUA): Edward Elgar, 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2662660>.

PRADEEP, K. C.; SOMAN, Rajashree; HONNAVALLI, Prasad. Validity of Forensic Evidence Using *Hash* Function. In: *Proceedings of the Fifth International Conference on Communication and Electronics Systems* (ICCES 2020), IEEE Conference Record # 48766, 2020. Disponível em: <https://ieeexplore.ieee.org/document/9138061/>.

PRADO, Geraldo. *Prova Penal e Sistema de Controles Epistêmicos* – a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos, 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Diretrizes para o Registro de Eventos, Coleta e Preservação de Evidências de Incidentes de Segurança em Redes*, Gabinete de Segurança

Institucional, 21/IN01/DSIC/GSIPR, 08 de outubro de 2014. Disponível em: <https://www.gov.br/gsi/pt-br/ssic/legislacao/NC21.pdf>.

RASJID, Zulfany Erlisa; SOEWITO, Benfano; WITJAKSONO, Gunawan; ABDURACHMAN, Edi. A review of collisions in cryptographic *hash* function used in digital forensic tools. *Procedia Computer Science*, v. 116, p. 381-392, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.procs.2017.10.072>.

REIBER, Lee. *Mobile Forensic Investigations*: A Guide to Evidence Collection, Analysis and Presentation, 1a ed. McGraw Hill, 2015.

REIS, Paulo Victor Alfeo. *Algoritmos e o Direito*. São Paulo: Almedina, 2020.

RIBEIRO, Ivan Morais. *O controle penal das criptomoedas*. 1. ed. São Paulo: J.M. Bosch, 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/j.ctv2zp4scd>.

RIVEST, Ronald Linn. The MD4 Message Digest Algorithm. In: RFC 1320, abril de 1992. Boston: MIT and RSA Data Security Inc., 1992.

ROSA, Gerson Faustino; DUARTE, Myllena Gonçalves. Crimes de Colarinho Branco: uma análise crítica da seletividade do sistema penal e a incapacidade de enfrentamento das organizações criminosas. In: *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca,* v.17, n. 2, 2023. Disponível em: <https://revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/1428>.

SECRETARIA DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Ocorrências Policiais registradas por mês* – Criminal. São Paulo, 2024. Disponível em: <https://www.ssp.sp.gov.br/estatistica/dados-mensais>.

SILVA, Johan Matos Coelho da; SILVA, Philipe Matos Coelho da. *Técnicas de detecção e classificação de malwares baseada na visualização de binários*. Monografia – Universidade de Brasília, Brasília, 2018.

SILVA, Rafael Velasquez Saavedra da. Ferramentas Analíticas Aplicadas no Enfrentamento da Corrupção. In: JORGE, Higor Vinícius Nogueira (coord.). *Enfrentamento da Corrupção e Investigação Criminal Tecnológica* – Procedimentos, fontes abertas, estudos de casos e direito anticorrupção. Salvador: JusPodivm, 2020.

SOUZA, Lia Andrade de; VASCONCELLOS, Vinicius G. A cadeia de custódia da prova obtida por meio de interceptações telefônicas e telemáticas: meios de proteção e consequências da violação. *Revista da Faculdade de Direito UFPR, [S. l.]*, v. 65, n. 2, p. 31–48, 2020. DOI: 10.5380/rfdufpr.v65i2.68577..

STALLINGS, William. *Cryptography and Network Security* – principles and practice, 7th ed., global edition. London: Pearson, 2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Boletim Estatístico – Novembro de 2024*. Brasília: STJ, 2024 Disponível em: <https://www.stj.jus.br/docs_internet/processo/boletim/2024/Boletim202411.pdf>, acesso em 03/01/2025.

TARUFFO, Michele. *A Prova*, trad. João Gabriel Couto, Filosofia e Direito. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TILBORG, Henk C.A. van; JAJODIA, Sushil (ed.). *Encyclopedia of Cryptography and Security*, 2a ed. New York: Springer, 2014

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Glossário de TI*. Brasília: TSE, 2024. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/glossario-de-ti>.

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE (FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION). *Regional Computer Forensics Laboratory Annual Report for Fiscal Year 2007*. Washington: U.S. Departament of Justice, 2007.

VERDELHO, Pedro. A obtenção de prova no ambiente digital. In: *Revista do Ministério Público de Lisboa*, Lisboa, v. 25, n. 99, p. 117-136, jul./set. 2004. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=49232>. Acesso em 21/10/2024.

WANG, Xiaoyun; YU, Hongbo. Collisions for *hash* functions MD4, MD5, HAVAL-128 and RIPEMD. In: *Proceedings of the Annual International Cryptology Conference* (CRYPTO), 2005. Disponível em: <https://www.semanticscholar.org>,;

WE ARE SOCIAL & MELTWATER, *Digital 2023 Global Overview Report*, 2023. Disponível em <https://datareportal.com/reports/digital-2023-global-overview-report>.

ZAIKIN, Oleg. Inverting cryptographic *hash* functions via cube-and-conquer. *Journal of Artificial Intelligence Research*, 81, 2024. Disponível em: <https://dl.acm.org/doi/pdf/10.1613/jair.1.15244>.

Authorship information

Yuri Fisberg. Doutorando da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Departamento de Processo – Penal). Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo. Especialista pela Escola Paulista da Magistratura. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo. yfisberg@usp.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.

Data Availability Statement: In compliance with open science policies, the dataset of this article is available in an open repository at the following link: https://doi.org/10.48331/scielodata.T2RHA3.

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

- Submission: 23/04/2025
- Desk review and plagiarism check: 03/07/2025
- Correction round return 1: 04/07/2025
- Review 1: 14/07/2025
- Review 2: 29/07/2025
- Review 3: 13/08/2025
- Preliminary editorial decision: 17/09/2025
- Correction round return 2: 20/09/2025
- Final editorial decision: 26/09/2025

Editorial team

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

How to cite (ABNT Brazil):

FISBERG, Yuri. Função '*hash*' e a integridade da prova digital. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 11, n. 3, e1227, set./dez. 2025. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v11i3.1227

License Creative Commons Attribution 4.0 International.

A prova ilícita derivada e a exceção da descoberta inevitável: uma análise segundo a doutrina e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Derivative illegally obtained evidence and the inevitable discovery exception: an analysis based on the doctrine and case law of the Superior Court of Justice

Ary Matheus Vieira de Melo[1]

Universidade de Brasília – Brasília, Distrito Federal, Brasil

ary.matheusmelo@gmail.com

http://lattes.cnpq.br/4881351207307955

https://orcid.org/0009-0001-9633-1685

Reynaldo Soares da Fonseca[2]

Universidade de Brasília – Brasília, Distrito Federal, Brasil

reynaldofonseca@gmail.com

http://lattes.cnpq.br/8704330210273297

https://orcid.org/0000-0003-2080-6100

Resumo: O presente artigo tem como propósito analisar os argumentos fáticos e jurídicos que fundamentaram as decisões da Corte Superior sobre a inevitabilidade da descoberta de provas ilícitas por

[1] Graduado em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Associado ao Instituto de Ciências Criminais (ICP). Membro da Equipe de Direito e Processo Penal da UnB. Membro do Grupo de Estudos em Direito e Processo Penal da UnB.

[2] Pós-Doutorado em Democracia e Direitos Humanos - Ius Gentium Conimbrigae - Centro de Direitos Humanos (IGC) - Universidade de Coimbra - Portugal. Doutorado em Direito Constitucional pela FADISP-SP, com pesquisa realizada na Universidade de Siena- Itália. Mestrado em Direito Público (PUC/SP). Pós-Graduação em Direito Constitucional (UFMA), Direito Penal (UNB) e Inteligência Financeira (ESAF). Graduação em Direito pela Universidade Federal do Maranhão.

derivação. Para tanto, inicia-se, de forma introdutória, com um estudo teórico a respeito da prova ilícita e da regra de exclusão. Em seguida, examina-se a ilicitude por derivação e, posteriormente, a exceção à prova ilícita por derivação, consistente na teoria da descoberta inevitável. Teoria esta que é abordada sob uma perspectiva crítica e histórica, desde a origem na jurisprudência norte-americana até a sua incorporação no direito brasileiro por meio das alterações promovidas pela Lei nº 11.690/2008, destacando a problemática envolvida na sua adoção. Por fim, é realizada uma análise empírica, com base em decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ), utilizando o banco de dados disponível no *site* oficial de jurisprudência do STJ e seguindo critérios metodológicos previamente definidos.

Palavras-Chave: prova ilícita; ilicitude por derivação; teoria da descoberta inevitável; Superior Tribunal de Justiça.

Abstract: *The purpose of this article is to analyze the factual and legal arguments that underpin the decisions of the Superior Court regarding the inevitability of the discovery of illegal evidence through derivation. To this end, it begins with a theoretical study on illegal evidence and the exclusionary rule. Next, it examines the illegality by derivation and, subsequently, the exception to illegal evidence by derivation, which is based on the theory of inevitable discovery. This theory is addressed from a critical and historical perspective, tracing its origins in U.S. case law to its incorporation into Brazilian law through the amendments introduced by Law No. 11.690/2008, highlighting the issues involved in its adoption. Finally, an empirical analysis is conducted, based on decisions of the Superior Court of Justice, using the database available on the official Court jurisprudence website and following previously defined methodological criteria.*

Keywords: *Illegal evidence; illegality by derivation; theory of inevitable discovery; Superior Court of Justice.*

Introdução

Ao se discutir ilicitude probatória, as questões ultrapassam o mero juízo técnico de inadmissibilidade/admissibilidade dos elementos de

convicção obtidos no curso da persecução criminal. A discussão adentra também a esfera ética dos meios utilizados para adquirir a prova.[3]

A atual ordem jurídica brasileira proíbe a utilização de provas ilícitas e suas derivadas (teoria dos frutos da árvore envenenada), conforme o art. 5º, inc. LVI, da Constituição Federal de 1988, dispositivo que foi ampliado pelo art. 157 do Código de Processo Penal (CPP) após a reforma legislativa de 2008. Trata-se de imposição constitucional de um limite ao direito à prova com o objetivo de direcionar essencialmente à conduta das partes e à atividade do magistrado durante toda a persecução criminal.[4]

Nada obstante, existem teorias jurídicas que podem relativizar a ilicitude por derivação. Ou seja, apesar de a prova estar contaminada pelo vício da ilicitude decorrente da prova ilícita originária, será considerada válida, o que demanda uma maior cautela ao acolher quaisquer das hipóteses de relativização sob pena de comprometer direitos e garantias de natureza constitucional.

Sendo assim, o presente trabalho se propõe a abordar, de forma crítica, a exceção da descoberta inevitável a partir da ótica doutrinária brasileira e à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), levando em conta aspectos que abrangem desde o contexto originário no direito norte-americano até a sua introdução no direito brasileiro pela Lei nº 11.690/2008.

O estudo tem como objetivo analisar a construção dos argumentos fáticos e jurídicos que fundamentaram as decisões do STJ sobre a inevitabilidade da descoberta de provas ilícitas por derivação. Para tanto, é realizada uma análise empírica de natureza quantitativa e qualitativa com base em decisões do STJ, obtidas no banco de dados do *site* oficial de jurisprudência da Corte e selecionadas de acordo com os critérios metodológicos previamente definidos. Desse modo, o presente artigo não se propõe a realizar um estudo comparado entre sistemas jurídicos, mas

---

[3] COLUCCI, Maria da Glória Lins da Silva; SILVA, Maria Regina Caffaro. Prova ilícitas no processo penal. *Revista de Informação Legislativa*, v. 25, n. 97, Brasília, 1988. p. 238.

[4] GRINOVER, Ada Pellegrini. *Provas ilícitas, interceptações e escutas*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 414.

sim a compreender, no âmbito jurídico brasileiro, de que forma a Corte Superior vem aplicando a teoria da descoberta inevitável.

1. A prova ilícita e a ordem jurídica brasileira

Historicamente, a temática jurídica da prova ilícita pode ser vista à luz de dois sistemas[5]. O primeiro é o legalista, que está associado à busca pela "verdade real", com especial destaque para a sobreposição do interesse da Justiça Penal na busca pela verdade em detrimento das garantias dos cidadãos, de modo que o vício da ilicitude não interfere no valor da prova como elemento útil para formação do convencimento judicial. Como consequência, pune-se, tão somente, o agente violador; admite-se, por outro lado, o ingresso da prova ilícita no processo.[6]

Contrariamente, o segundo sistema é o constitucionalista, que reputa insustentável a admissão de prova ilícita no processo ao argumento, sobretudo, de que o direito não pode favorecer comportamentos antijurídicos, tampouco permitir que os agentes violadores de direitos fundamentais obtenham vantagens indevidas, resultando em prejuízo alheio.[7] Destaca-se que, no Supremo Tribunal Federal (STF), a evolução de um sistema para outro (da admissibilidade para a inadmissibilidade) tem como marco inicial, em matéria penal, a decisão proferida no julgamento do RHC nº 63.834/SP, em 1986.

A Constituição da República de 1988, no art. 5º, inc. LVI, preconiza que: "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos". Já o art. 157, caput, do Código de Processo Penal (CPP) aduz

---

5 GOMES, Luiz Flávio. *Prova ilícita: direito à exclusão dos autos do processo (exclusionary rule)*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 92, n. 809, 2003, p. 472.

6 "A conversa telefônica interceptada fica mantida como prova, processando-se o ofensor pela violação da lei adequada; a fotografia obtida mediante violação da intimidade vale como prova, punindo-se o violador; a gravação obtida sub-repticiamente permanece, embora se reconheça a má-fé do exibidor. Por um de seus insignes seguidores, Fraco Cordero, foi criada a expressão: *male captum, bene retentum*. Isto é, mal colhida, porém bem produzida". (ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 47-48).

7 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A constituição e as provas ilicitamente obtidas. *Revista de Direito do Ministério Público*, Rio de Janeiro, n. 4, 1996, p. 103.

que: "são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais".

Dessa forma, a Constituição Federal expressamente veda a admissibilidade de provas adquiridas em ofensa às normas constitucionais ou legais. O CPP, além disso, prevê as consequências jurídicas decorrentes dessa irregularidade.

O juízo de (in)admissibilidade, na prática, corresponde à análise prévia realizada pelo julgador a fim de impedir o ingresso de provas ilícitas no processo. Assim, ao ser declarado ilícito, o elemento de informação perde o *status* de prova e passa a ser considerado imprestável, incapaz de produzir quaisquer efeitos jurídicos válidos.[8] Todavia, caso introduzido no processo, deverá ser, como consequência jurídica, desentranhado dos autos, por força da regra de exclusão (*exclusionary rule*).[9]

2. Origem da regra de exclusão: caso Weeks vs. United States (EUA, 1914)

A regra de exclusão (*exclusionary rule*) tem origem na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso Boyd v. United States, em 1886, mas foi no julgamento do paradigmático caso Weeks v. United States, em 1914, que a aludida regra ganhou contornos expressivos.[10]

O caso em questão se tratava da invasão policial à residência de Fremont Weeks, mediante a realização de buscas não autorizadas, o que resultou na apreensão de provas que, posteriormente, foram utilizadas para

---

[8] GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 143, 2001.

[9] GOMES, Luiz Flávio. *Prova ilícita: direito à exclusão dos autos do processo* (e*xclusionary rule*). São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 92, n. 809, 2003, p. 475.

[10] REBOUÇAS, Sérgio. *Curso de direito processual penal*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: D'Plácido, 2022. p. 685-686.

condená-lo pelo delito de transportar bilhetes de loteria pelo correio.[11] Diante disso, alegou-se desrespeito à Quarta Emenda.[12]

No caso, ocorreu a incidência da *exclusionary rule*. Todavia, o citado entendimento, inicialmente, tinha aplicabilidade restrita aos casos sob jurisdição federal, pois a tese alcançaria tão somente a relação entre instituições federais e os cidadãos, o que foi evidenciado no julgamento do caso Wolf v. Colorado, em 1949.[13]

Em 1961, no caso Mapp v. Ohio, a Corte reavaliou tal entendimento e estendeu os efeitos da *exclusionary rule* às jurisdições estaduais.[14] Com isso, a exclusão das provas ilícitas no processo tornou-se imperativa, com repercussões tanto na jurisdição federal quanto na jurisdição estadual.[15]

3. Prova ilícita por derivação: teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*)

As denominadas provas ilícitas por derivação têm origem na jurisprudência norte-americana especificamente no julgamento do caso *Silverthorne Lumber v. United States*, em 1920. Todavia, a expressão "teoria dos frutos da árvore envenenada" (*fruit of the poisonous tree*) foi

---

[11] ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade: uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2006, p. 140.

[12] Extrai-se o seguinte teor da Quarta Emenda: o direito das pessoas de estarem seguras em suas pessoas, casas, documentos e demais pertences em face de buscas e apreensões desarrazoadas não pode ser violado, e nenhum mandado o pode infringir, salvo quando calcado em causa provável, fundamentado por juramento, e descrito particularmente o local a ser revistado e as pessoas ou coisas a serem apreendidas (tradução livre).

[13] WANDERLEY, Gisela Aguiar. A quarta emenda e o controle judicial da atividade policial: busca e apreensão e *stop and frisk* na jurisprudência da Suprema Corte Estadunidense. *Revista de Direito Brasileira*, Santa Catarina, v. 24, n. 9, 2019, p. 347.

[14] Ibidem, idem.

[15] Ibidem, idem.

empregada originariamente pelo juiz Felix Frankfurter, no julgamento do caso Nardone v. United States, em 1939.[16]

A extensão do reconhecimento da ilicitude refere-se, em síntese, às provas que, embora sejam formalmente lícitas, são consideradas ilícitas, pois derivam de outras provas adquiridas de maneira ilícita.[17] Com isso, as provas derivadas estão igualmente contaminadas pelo vício da ilicitude devido ao efetivo nexo de causalidade estabelecido com a prova originariamente ilícita.

Sobre os efeitos da repercussão da ilicitude, o professor Badaró ilustra a seguinte hipótese: "encontra-se um cadáver em cumprimento a um mandado de busca domiciliar (prova em si ilícita), mas a informação do local em que o cadáver estava foi obtido por meio de uma confissão mediante tortura".[18] Observa-se que existe uma inegável relação de causalidade entre a prova ilícita originária e a prova por derivação, de modo que a confissão é fator *sine qua non* para localizar e apreender o cadáver.

No Brasil, a partir da Lei nº 11.690/2008, a teoria dos frutos da árvore envenenada passou a constar expressamente no art. 157, §1º, do CPP: "são inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas (...)".

Destaca-se que, antes do dispositivo acima, a doutrina de Pellegrini Grinover, Gomes Filho e Scarance Fernandes[19] já defendia que a consequência jurídica da inadmissibilidade, aplicável à prova ilícita, se

---

[16] MORO, Sérgio Fernando; MOSER, Manoela Pereira. Provas ilícitas no processo penal e a teoria dos frutos da árvore envenenada. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 10, n. 1, 2019, p. 288..

[17] GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, n. 85, 2010, p. 401.

[18] BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 402.

[19] "Na posição mais sensível às garantias da pessoa humana, e consequentemente, mais intransigente com os princípios e normas constitucionais, a ilicitude da obtenção da prova transmite-se às provas derivadas, que são igualmente banidas do processo". (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; SCARENCE, Antonio Fernandes. *As nulidades no processo penal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 137).

estenderia à prova ilícita por derivação.[20] Outrossim, a finalidade também era de desestimular a atuação ilícita das autoridades na ocasião da obtenção de provas.

Portanto, é possível concluir, até o momento, que toda prova que deriva de elementos obtidos a partir de acervo probatório contaminado pela ilicitude será também considerada ilícita nos termos do art. 157, §1º, do CPP e, como consequência, será inadmissível no processo.

4. Exceção à prova ilícita por derivação: teoria da descoberta inevitável

A descoberta inevitável (ou fonte hipotética independente) é uma das concepções que relativiza a inadmissibilidade da prova ilícita por derivação[21] sob o argumento de que tal prova seria, de qualquer maneira, inevitavelmente descoberta.

Em outros termos, a prova derivada tem efetiva relação de causalidade (de dependência) com a prova ilícita, mas as circunstâncias do caso permitem considerar hipoteticamente que ela seria adquirida, mais cedo ou mais tarde, por meios lícitos, ainda que excluída a fonte ilícita.[22]

O *leading case* que reconheceu e aplicou a descoberta inevitável (*inevitable discovery exception)* foi o Nix v. Williams (Williams II), em 1984. O caso em questão envolvia um investigado de ter matado uma criança e ocultado o cadáver, o que motivou as autoridades e 200 voluntários a iniciarem as buscas para localizar o corpo ocultado. Durante o desenrolar

---

[20] "*A prova derivada da ilícita* também se sujeita ao princípio de inadmissibilidade, segundo a lógica dos *fruits of the poisonous tree* ('frutos da árvore envenenada'). Entende-se por prova derivada aquela que, embora não produzida diretamente por meios ilícitos, encerra nexo de causalidade com a outra prova obtida com direta transgressão à ordem jurídica". (REBOUÇAS, Sérgio. Limites ao princípio de inadmissibilidade de provas ilícitas e derivadas de ilícitas? *In*: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; SCHIETTI CRUZ, Rogério. *Código de Processo Penal: Estudos comemorativos aos 80 anos de vigência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, t. II, 2021, p. 214).

[21] São outras exceções: 1) teoria da fonte independente; 2) teoria do nexo causal atenuado; 3) exceção da descoberta inevitável; e 4) exceção da boa-fé.

[22] REBOUÇAS, Sérgio. *Curso de direito processual penal*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: D'Plácido, 2022, p. 712-713,

das buscas, a polícia obteve ilegalmente a confissão do suspeito, que acabou por indicar a localização do cadáver da vítima.[23]

Nada obstante a confissão ter sido considerada ilícita (prova ilícita originária), a Suprema Corte norte-americana entendeu que a descoberta do corpo (prova ilícita por derivação) seria inevitável, pois, com base nas circunstâncias concretas do caso – autoridades e voluntários que, momento anterior à confissão, iniciaram as buscas pelo cadáver em perímetro delimitado em um plano –, era possível fazer um raciocínio hipotético de que, cedo ou tarde, o cadáver seria encontrado.[24] Diante disso, a ilicitude da prova derivada (o corpo) é afastada, passando a ser considerada como admissível. Por outro lado, a ilicitude da prova originária permanece.

Constata-se que é imprescindível, para sustentar a mencionada teoria, realizar um juízo hipotético indicando que a prova ilícita por derivação seria inevitavelmente produzida, ainda que excluída a prova ilícita originária.[25] Nessa linha, a doutrina[26] e a jurisprudência[27] defendem ser insustentável alegar a mera possibilidade da descoberta da prova derivada com suporte em critérios especulativos e abstratos que não correspondem a uma hipótese concreta e objetiva de que a prova, de fato, seria alcançada uma hora ou outra.

---

[23] ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade: uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2006, p. 158.

[24] Ibidem, idem.

[25] GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 85, 2010, p. 405.

[26] "(...) não é qualquer curso causal hipotético que é admissível, mas o que tem alta probabilidade de ocorrer, em razão de circunstâncias fáticas demonstradas concretamente, pois uma vez aceita a descoberta inevitável, a prova será admitida. Então, há de exigir-se um grau considerável de probabilidade da descoberta (inevitável) e que o curso causal saia da mera abstração e seja demonstrado no plano da realidade fática (concreta e casuística) dos autos" (GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do processo penal:* considerações críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 47).

[27] STJ, HC nº 695.895, Rel. Min. Rogerio Schietti, Sexta Turma, j. 08/11/2022, p. 16/11/2022.

No Brasil, a teoria da descoberta inevitável foi inserida no art. 157, §2º, do CPP, a partir da reforma promovida pela Lei nº 11.609/2008. Todavia, a técnica legislativa utilizada na redação do dispositivo foi imprecisa e confusa, resultando na atribuição equivocada do conceito de descoberta inevitável à fonte independente.

O referido dispositivo aduz que: "Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova".

De fato, nota-se que a definição apresentada não está relacionada à teoria da fonte independente, mas sim à teoria da descoberta inevitável. A respeito disso, o professor Magalhães Filho assinala que "parece ter havido aqui uma confusão do legislador entre as exceções da fonte independente e da descoberta inevitável consagradas pela jurisprudência norte-americana".[28]

Sobre a descoberta inevitável, na forma que foi descrita na redação do dispositivo acima, Sérgio Rebouças ressalta que:

> A fonte objeto da norma seria, portanto, uma linha de investigação paralela, mas não que constitui um dado probatório efetivo, e sim um fator que pode conduzir ao mesmo resultado da prova derivada da ilícita. Tem-se, assim, propriamente uma descoberta inevitável da prova, a partir de uma fonte ou linha de investigação autônoma de investigação.[29]

Em seguida, ilustra o seguinte exemplo: "a autoridade representa, também a partir de confissão ilicitamente obtida, pela busca domiciliar, quando o Ministério Público, em procedimento investigativo autônomo, já obtivera as mesmas informações sobre o paradeiro do objeto, por meios idôneos (por exemplo, prova testemunhal)."[30]

---

[28] GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, n. 85, 2010, p. 405.

[29] REBOUÇAS, Sérgio. *Curso de direito processual penal*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: D'Plácido, 2022, p. 714-715..

[30] REBOUÇAS, Sérgio. *Curso de direito processual penal*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: D'Plácido, 2022, p. 715.

4.1 Descoberta inevitável vs. fonte independente: distinção

A teoria da fonte independente (*independent source)* tem origem também no direito norte-americano por via do julgamento do caso Bynum v. United States, em 1960. Na hipótese, Bynum foi preso de forma ilegal e, posteriormente, submetido à identificação dactiloscópica, de modo que, por esse meio, ficou comprovado a sua ligação ao suposto roubo investigado.[31]

Diante disso, a Corte determinou, incialmente, a exclusão das impressões digitais, na medida que derivavam de sua prisão ilegal. Entretanto, no segundo julgamento, a acusação apresentou um conjunto de impressões digitais do acusado que se encontravam guardadas nos arquivos do FBI e colhidas anteriormente à empreitada criminosa. A ausência de nexo de causalidade entre as impressões antigas e a prisão ilegal (fonte ilícita originária) tornou possível a admissão da primeira teoria, classificada como de fonte independente.[32]

Assim, a fonte lícita (impressões digitais preexistentes) não guarda qualquer relação de dependência com fonte ilícita (prisão ilegal), de modo que, se esta for excluída do processo, aquela continuará existindo sem nenhum vínculo causal e, portanto, será considerada válida.

Na teoria da fonte independente, existem, de fato, duas fontes de provas: 1) a ilícita e 2) a lícita. Analisar-se-á, assim, o vínculo lógico entre as provas, ou seja, a existência, ou não, do nexo de causalidade. De certo modo, trata-se de um raciocínio aparentemente óbvio que não configura exatamente uma exceção, já que, se uma a prova não tem nexo de causalidade com a fonte ilícita, ela é considerada independente. Sendo independente, consequentemente é lícita.[33]

Nesse sentido, Magalhães Filho explica que "a rigor, no primeiro caso (fonte independente), nem mesmo seria correto falar em exceção

---

[31] LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal:* volume único, 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 692.

[32] LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal:* volume único, 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 692.

[33] LOPES JR., Aury, *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2023. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626355/. Acesso em: 13 jan. 2024.

à regra de contaminação das provas derivada, pois, na verdade, o que se exclui é a própria relação de causalidade".[34] Ricardo Gloeckner alerta que:

> A *inevitable discovery* é ainda mais perigosa do que a limitação da *independet source* pelo fato de tornar ainda mais frágeis as amarras que condicionam a admissibilidade da prova. Enquanto na fonte autônoma é preciso que a prova seja efetivamente produzida, despida de relação com as consideradas ilícitas, a descoberta inevitável contenta-se com a mera presunção de probabilidade de colheita de uma prova. Aqui, bastaria a mera conjectura de realizabilidade da prova para que se pudesse admitir a prova ilícita.[35]

Diferentemente, na teoria da descoberta inevitável, "o que há é o *aproveitamento da própria prova derivada de ilícita,* justificado pela *hipótese* real de que seria obtida de qualquer maneira, mais cedo ou mais tarde".[36]

5. A adoção da descoberta inevitável segundo o Superior Tribunal de Justiça

5.1 Colocação do problema e metodologia de pesquisa

Delineadas as premissas fundamentais concernentes à teoria da descoberta inevitável desde a origem no contexto do direito norte-americano até a sua previsão legal no direito processual penal brasileiro, serão apresentadas, neste tópico, a problemática do presente artigo e a metodologia de pesquisa utilizada.

As causas que justificam o estudo referente à temática são relevantes, considerando que a ausência de limites legais objetivos e o elevado grau de subjetividade, que envolve a aplicação da teoria da descoberta

---

[34] GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 85, 2010, p. 406.

[35] GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular*. Salvador: Juspdivm, 2013, p. 409.

[36] REBOUÇAS, Sérgio. *Curso de direito processual penal*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: D'Plácido, 2023, p. 713.

inevitável, mostram-se preocupantes, haja vista que o debate sobre a inevitabilidade da descoberta da prova ilícita por derivação pode ensejar interpretações equivocadas.

Caso adotada inadequadamente, a descoberta inevitável pode se transformar em um instrumento perigoso de validação de provas contaminadas pelo vício da ilicitude, contornando direito e garantias fundamentais. Além disso, pode eventualmente estimular práticas abusivas por parte das autoridades públicas, sob a convicção de que as provas obtidas por meios ilícitos poderiam conduzir à obtenção de novas provas (as derivadas), as quais posteriormente seriam introduzidas no processo e consideradas lícitas.[37]

Por essas razões, faz-se necessária uma pesquisa empírica no âmbito do STJ com o fim de analisar especificamente os fundamentos dos acórdãos proferidos pelos órgãos colegiados especializados em matéria penal (Quinta e Sexta Turmas e Terceira Seção). O propósito é analisar a construção dos argumentos fáticos e jurídicos que fundamentaram as decisões da Corte sobre a inevitabilidade da descoberta de provas ilícitas por derivação.

Para isso, a pesquisa utiliza a base de dados de jurisprudência disponível no *site* oficial da Corte[38] e tem como recorte temporal abrange as decisões publicadas entre 11 de agosto de 2008 e 31 de outubro de 2024. A data inicial se justifica por marcar o início do vigor da Lei nº 11.690/2008, a qual reformou o CPP e introduziu, no art. 157, §2º, a teoria da descoberta inevitável, conferindo-lhe previsão legal. Já a data final representa o limite temporal escolhido para a análise, abrangendo decisões mais recentes, o que permite uma investigação mais atualizada.

O recorte institucional, por sua vez, justifica-se pelo fato de a Quinta e a Sexta Turmas (as quais formam a Terceira Seção) serem órgãos internos do STJ responsáveis pela uniformização da interpretação da legislação federal em matéria penal, cuja missão principal é preservar a unidade e conferir interpretação adequada ao direito federal ordinário.

---

[37] AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 70.

[38] https://scon.stj.jus.br/SCON/

Como critério de pesquisa, foi utilizada a palavra-chave "teoria da descoberta inevitável", o que resultou no total de 43 acórdãos: 26 da Quinta Turma, 16 da Sexta Turma e 1 da Terceira Seção, conforme se depreende do filtro "Órgão Julgadores"

Depreende-se que, dos 43 acórdãos, 30 correspondem à classe processual *habeas corpus*; 3 à classe recurso em *habeas corpus*; 5 à classe recurso especial; 4 à classe agravo em recurso especial; e 1 à classe reclamação, conforme se depreende do filtro "Classe"

Iniciou-se a leitura do inteiro teor dos 43 acórdãos e, como critério de exclusão, foram desconsiderados aqueles que o conteúdo decisório abordava outras questões. Assim, foram excluídos 29 acórdãos. Ao final, 13 acórdãos resultaram como de interesse para o estudo, por tratarem efetivamente da teoria da descoberta inevitável, os quais foram lidos em sua íntegra, considerando a ementa, o relatório e os votos tanto do relator quanto dos demais membros.[39]

6. Análise dos argumentos que fundamentaram as decisões da Corte Superior sobre a inevitabilidade da descoberta inevitável da prova ilícita por derivação

6.1 Quinta Turma do STJ

No âmbito da Quinta Turma, extrai-se que a teoria da descoberta inevitável foi reconhecida em 7 casos (1. AgR-HC nº 638.935; 2. HC nº 359.549; 3. AgR-HC nº 521.228; 4. AgR-REsp nº 1.771.698; 5. AgR-HC nº 722.827; 6. AgR-HC nº 737.486 e 7. AgR-HC nº 648.004). Por outro lado, o Colegiado afastou a teoria em 2 casos (1. REsp nº 1.630.097 e 2. AgR-HC nº 783.183).

No julgamento do AgR-HC nº 638.935, de relatoria do Ministro Felix Fischer, após reconhecer a ilegalidade das provas adquiridas mediante

[39] Dados brutos depositados em: MELO, Ary Matheus V.; FONSECA, Reynaldo S. *Conjunto de dados de* "A prova ilícita derivada e a exceção da descoberta inevitável: uma análise segundo a doutrina e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça", SciELO Data, v1, 2025. https://doi.org/10.48331/scielodata.A7WK2J

acesso ao aparelho celular de terceiro sem autorização judicial, a Turma, ao acolher a teoria da descoberta inevitável, entendeu que as demais provas seriam "infalivelmente, obtidas pelo desenvolvimento regular, lícito e ordinário das atividades investigativas", pois, segundo consta do acórdão, havia em andamento trabalho de investigação e de inteligência realizado em cooperação entre a Polícia Militar e a Polícia Civil sobre o envolvimento dos acusados na prática de atividades criminosas.

No julgamento do HC nº 359.549 e do AgR-HC nº 521.228, ambos de relatoria do Ministro Jorge Mussi, a defesa sustentou que o acesso sem autorização judicial ao conteúdo do celular invalidaria todas as provas decorrentes. A Turma, por sua vez, adotou a teoria da descoberta inevitável, pois o "curso normal das investigações conduziria ao mesmo desfecho".

No primeiro caso, o corréu havia confessado informalmente a prática criminosa e indicou a localização do material ilícito dentro da casa, o que "demonstra que as mensagens ilegalmente devassadas não foram determinantes para a apuração". Já no segundo caso, os corréus também teriam confessado informalmente, o que, de igual maneira, "demonstra que as mensagens supostamente devassadas não foram determinantes para a apuração dos ilícitos".

No julgamento do AgR-REsp nº 1.771.698, de relatoria do Ministro Felix Fischer, o agravante sustenta ofensa ao art. 157, caput e §§1ª e 2º, do CPP sob o argumento de que o acórdão, ao manter a condenação, baseou-se em provas ilícitas, diante da ilicitude das interceptações telefônicas, deferidas em desacordo com a lei, bem como posterior utilização do material resultante desta (prova derivada).

O Relator, no voto condutor, ao analisar o caso, entendeu ao argumento de que:

> Essa Corte Superior possui entendimento quanto à legitimidade de aplicação da referida teoria quando demonstrado, com base em elementos concretos constantes dos autos, que a prova supostamente contaminada poderia ser obtida de forma independente (teoria da fonte independente) ou de forma inevitável (teoria da descoberta inevitável), não havendo que se falar, portanto, em violação ao art. 157, caput, e §§ 1º e 2º, do Código de Processo Penal, uma vez que foi asseverado no acórdão objurgado que "diante dos indícios detectados de maneira independente pela área aduaneira da Receita

> Federal em face da empresa PRIME, os quais, inclusive, vieram a integrar o conjunto probatório da acusação, há de se reputar como inevitável a descoberta das demais provas, quer dizer, aquelas derivadas das ilícitas. Justifica-se, portanto, no presente caso, a aplicação da teoria da descoberta inevitável na forma de verdadeira restrição à doutrina dos frutos da árvore envenenada (§ 1º, do artigo 157 do CPP), pelo que fica afastada, por completo, a alegada ilicitude das provas derivadas, certo também que a discriminação das provas ilícitas ou não, bem como a valoração das que são legítimas, correspondem à apreciação do mérito" bem como, quanto à suposta ilicitude do "dôssie criminal" preparado por Genivaldo, que "conforme o r. Juízo bem esclareceu, foi apenas o conteúdo do depoimento prestado por GENILSON utilizado para desencadear uma investigação inicialmente no âmbito do Ministério Público Federal que coletou dados e elementos (de forma lícita como será examinado a seguir) para subsidiar pedido de interceptação telefônica deferido pelo Judiciário, bem como a continuidade das investigações pela Polícia Federal com o auxílio da Receita Federal, que culminaram na presente ação penal", o que afasta a aventada ilicitude das provas defendida pela combativa defesa.

No julgamento do AgR-HC nº 722.827, de relatoria do Ministro Jesuíno Rissato, a defesa alegou que "ainda que a condenação dos pacientes não tenha se centrado no conteúdo das mensagens de WhatsApp, todos os elementos de convicção derivaram do acesso ilegal da polícia aos aparelhos celulares".

O Relator, ao examinar o caso, entendeu, pela adoção da teoria da descoberta inevitável, que "conquanto haja prova ilícita nos autos, as demais provas incriminatórias seriam, infalivelmente, obtidas pelo desenvolvimento regular, lícito e ordinário das atividades investigativas, as quais não se maculam pela ilicitude da prova originária".

Assim, o Relator, no voto condutor, embora destaque que seja ilícita a obtenção de provas diretamente do celular sem autorização judicial, entendeu que o caso se enquadra na aplicação da teoria da descoberta inevitável.

Por sua vez, no julgamento do AgR-HC nº 737.486, o Relator Ministro Jesuíno Rissato, ao acolher a teoria da descoberta, em caso que se alegava ilegalidade da prova colhida a partir da devassa ao celular do

paciente, reportou-se, em síntese, ao que foi decidido pela instância antecedente, sem se aprofundar na fundamentação jurídica que eventualmente justificaria a aplicação da teoria ao caso concreto.

Já no julgamento do AgR-HC nº 648.004, de relatoria do Ministro Felix Fischer, a Quinta Turma, embora se reconheça a ilicitude das provas, consignou que "as demais provas incriminatórias seriam, infalivelmente, obtidas pelo desenvolvimento regular, lícito e ordinário das atividades investigativas, as quais não se maculam pela ilicitude da prova originária", adotando, dessa forma, a teoria da descoberta inevitável. E ainda ressaltou que "adotar entendimento diverso ao estabelecido pelo Tribunal de origem requer a verticalização da prova, medida obstada no âmbito do habeas corpus".

Quanto aos casos que rechaçaram a teoria da descoberta inevitável, a Quinta Turma, no AgR-HC nº 783.183, de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, ressaltou que:

> indene de dúvidas que a apreensão da arma na residência do menor foi decorrência direta da já intitulada ilegal abordagem relacionada ao paciente. Nesse contexto, não se pode – como pretende o recorrente – afirmar que a arma seria encontrada de outra forma que não mediante a informação passada pelo paciente, sendo inaplicável, assim, a teoria da descoberta inevitável à hipótese.

Assim, concluiu-se que não foram apresentados elementos concretos que indicassem que as armas seriam inevitavelmente descobertas, mesmo sem a busca domiciliar.

Por fim, no julgamento do AgR-REsp nº 1.630.097, de relatoria do Ministro Joel Ilan Paciornik, a Quinta Turma decidiu afastar com o seguinte fundamento:

> Não se cogita estar diante de descoberta inevitável, porquanto este fenômeno ocorre quando a prova derivada seria descoberta de qualquer forma, com ou sem a prova ilícita, o que não se coaduna com o caso aqui tratado em que a prova do crime dependeu da informação obtida pela autoridade policial quando da conversa telefônica travada entre o suspeito e terceira pessoa.
>
> O relato dos autos demonstra que a abordagem feita pelos milicianos foi obtida de forma involuntária e coercitiva, por má

> conduta policial, gerando uma verdadeira autoincriminação. Não se pode perder de vista que qualquer tipo de prova contra o réu que dependa dele mesmo só vale se o ato for feito de forma voluntária e consciente, e quem, por si só, imprimiria o ato de expor sua conversa privada "em alto e bom som" para que a autoridade pudesse ouvi-la? Por oportuno, transcrevo o referido trecho do julgado, que condiz com essa ideia.

Depreende-se, portanto, que não ocorreu a adoção da teoria da descoberta inevitável, considerando, sobretudo, a ausência de elementos ou de informações concretas que levem a acreditar que a prova derivada seria descoberta de forma inevitável, independentemente do acesso ilegal ao telefone celular.

6.2 Sexta Turma do STJ

No âmbito da Sexta Turma, a teoria da descoberta inevitável foi reconhecida em 1 caso (HC nº 52.995). Por outro lado, foi afastada a incidência em 2 casos (HC nº 436.603 e HC 695.895).

No julgamento do HC nº 52.995, de relatoria do Ministro Og Fernandes, o impetrante alegou que "a autorização para quebra de sigilo bancário dos pacientes só se concretizou 6 (seis) meses depois da publicidade dada ao documento que gozava da proteção do sigilo bancário".

No caso, os pacientes foram condenados, pois subtraíram fraudulentamente o valor de R$ 166.000,00 da conta da vítima e depois a mataram. Após o fato, o sobrinho da vítima, que também era seu herdeiro, decidiu averiguar as operações bancárias e obteve, sem autorização judicial, na agência, o extrato comprobatório da transferência fraudulenta (documento protegido pelo sigilo bancário) realizada pelos pacientes.

No voto condutor, o Relator, ao analisar o caso, entendeu, a aplicação da teoria da descoberta inevitável, sob os seguintes argumentos:

> A segunda consideração, não menos importante, é que o extrato bancário foi obtido por herdeiro da vítima. É de se verificar que a obtenção dos dados ocorreria de qualquer maneira, inclusive para documentação em inventário, o que ensejaria o desenrolar

> do processo tal qual ocorreu na espécie, com a produção ampla de novas provas incriminadoras durante a instrução criminal. [...]
>
> No caso, repita-se, o sobrinho da vítima, na condição de herdeiro, teria, inarredavelmente, após a habilitação no inventário, o conhecimento das movimentações financeiras e, certamente, saberia do desfalque que a vítima havia sofrido; ou seja, a descoberta seria inevitável. [...]

O Relator defendeu a adoção da teoria da descoberta inevitável a partir do fato de que o sobrinho, na qualidade de herdeiro da vítima, saberia de qualquer maneira do dinheiro desviado e da destinação da verba após a habilitação do inventário, meio legal pelo qual se regula e apura os bens deixados aos herdeiros.

No julgamento do HC nº 436.603, de relatoria da Ministra Laurita Vaz, depreende-se que o paciente foi abordado por policiais na rodoviária e, na ocasião, os agentes deram cumprimento ao mandado de prisão em seu desfavor. Em seguida, realizaram a busca e apreensão na casa do paciente, momento em que encontraram provas de atividades criminosas.

O magistrado, na sentença, reconheceu a ilegalidade da busca e apreensão realizada em razão da ausência de prévia autorização judicial. Contudo, no mesmo ato, entendeu que as provas decorrentes da busca e apreensão (o produto da apreensão e depoimento dos policiais) poderiam ser válidas, pois se aplicaria ao caso a teoria da descoberta inevitável. Eis os principais trechos proferidos na sentença que foram citados no acórdão:

> [...] é crível reconhecer que a representação pela busca e apreensão que seria apresentada pela autoridade policial seria deferida pelo Juízo, cuja diligência certamente seria exitosa, sobretudo porque, tal como dito linhas atrás, os objetos não seriam retirados da residência.
>
> [...] Trocando em miúdos: era inevitável a colheita dessas provas, pois em casos com indícios semelhantes, a busca e apreensão foi deferida por este Juízo, de modo que o resultado seria igualmente alcançado.
>
> [...] em que pese a diligência dos policiais ter sido declarada nula, as provas delas decorrentes, em especial o produto da apreensão e o depoimento dos policiais civis não o são, em virtude da aplicação da teoria da descoberta inevitável.

A Relatora, ao afastar tal entendimento, assinalou que a teoria da descoberta inevitável exige, para sua adoção, fundamentação adequada "com base em elementos concretos constantes dos autos, que a prova derivada da ilícita seria obtida de forma inevitável".

Sobre o caso, enfatizou que a fundamentação adotada pelas instâncias antecedentes foi "baseada em meras conjecturas e presunções, sem a apresentação de qualquer dado concreto que demonstrasse que as provas decorrentes da busca e apreensão seriam inevitavelmente descobertas".

Por fim, no julgamento do HC nº 695.895, de relatoria do Ministro Rogerio Schietti, extrai-se do caso que o paciente foi abordado por policiais e submetido à busca veicular, porém nada de ilícito foi encontrado. Ainda assim, foi levado para a base policial com o objetivo de questioná-lo sobre suposta atividade ilícita, pois existia a suspeita de que o paciente fosse um abatedor do tráfico. Na base, o celular do paciente tocou, sendo que um dos agentes tomou posse do aparelho e atendeu a ligação como se fosse o paciente.

O outro interlocutor era o corréu, que estava dirigindo o automóvel que transportava as drogas e queria saber do acusado se havia fiscalização policial e se era seguro prosseguir. Fingindo ser o paciente, o policial respondeu afirmativamente e ordenou a abordagem do veículo, onde foram encontrados os entorpecentes.

O Tribunal de origem afastou a ilegalidade sustentada pela defesa e ainda cogitou a aplicação da teoria da descoberta inevitável ao argumento de que:

> Ainda a título de argumentação, registro que, mesmo se possível fosse acoimar de ilícita a prova produzida, é certo que incidiria a teoria da descoberta inevitável, já que o curso normal dos acontecimentos conduziria à apreensão da remessa de drogas transportadas, e, por conseguinte, na elucidação da autoria delitiva. Isto porque a atividade ilícita era previamente investigada pela Polícia Federal, sendo de conhecimento que o apelante e os corréus partiram do Estado do Espírito Santo com destinado a Dourados visando adquirirem uma carga de entorpecentes, sendo inclusive todos eles visualizados juntos (havendo, a esse respeito, registros fotográficos) em um dos veículos utilizados durante o transporte da maconha (p. 407-415). Portanto, o desfecho seria exatamente o mesmo, na

> medida em que o transporte pela via rodoviária fatalmente seria interceptado pela ação policial, de modo que a atividade ilícita seria descoberta de qualquer maneira.

Todavia, no STJ, o Ministro Relator, além de reconhecer a ilicitude de todas as provas dos autos, rechaçou a adoção da teoria da descoberta inevitável afirmando que "tal teoria deve ser interpretada restritivamente, até como forma de dar conformidade constitucional ao dispositivo legal, que limita o âmbito de aplicação da norma contida na Carta Magna à exclusão das provas ilícitas".

E ainda asseverou que "apesar de se tratar de um juízo hipotético, não basta que se faça um raciocínio vago e abstrato de mera possibilidade da descoberta da prova por outro meio, sob pena de se converter a exceção em regra e, assim, fragilizar sobremaneira a garantia constitucional".

6.3 Terceira Seção do STJ

Finalmente, observa-se que, Rcl nº 36.734, a parte sustenta que o Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Barretos/SP descumpriu a autoridade de decisão emanada nos autos do RHC nº 89.385/SP. O caso teve início com a prisão em flagrante do reclamante por portar 6g de maconha, durante blitz policial. Na ocasião, seu celular foi apreendido e, sem autorização judicial, a polícia acessou as conversas no WhatsApp, o que levou à imputação por tráfico de drogas.

No julgamento do RHC 89.385, o STJ declarou ilícitas as provas obtidas do celular, determinando seu desentranhamento e a renovação do julgamento. O juízo de origem cumpriu parcialmente a decisão: excluiu as provas ilícitas, reabriu a instrução e, após manifestação do MP, autorizou nova perícia no celular, com base na alegação de se tratar de prova repetível.

Diante disso, foi ajuizada a Rcl 36.734, apontando descumprimento a decisão do STJ. No julgamento, o Ministro Relator entendeu que não houve descumprimento à decisão anterior, mas reconheceu, de ofício, que o processo deveria ter sido anulado desde o início, pois as provas ilícitas foram a única base da denúncia por tráfico. Rejeitou, assim, a aplicação

da teoria da descoberta inevitável, pois não havia elementos prévios que justificassem o acesso ao conteúdo do celular.

Divergindo, o Ministro Ribeiro Dantas aplicou tanto a teoria da descoberta inevitável quanto a da mancha purgada, sustentando que a autoridade policial poderia ter obtido a autorização judicial para a perícia, mesmo sem a análise prévia do aparelho.

O Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, por sua vez, asseverou que, a seu ver, não era possível chegar à conclusão de que a descoberta do crime de tráfico de drogas "seria, infalivelmente, obtida pelo desenvolvimento regular, lícito e ordinário das atividades investigativas. Nesse contexto, considero não se tratar de hipótese de aplicação da teoria da descoberta inevitável".

7. Resultados

A partir da exposição acima, constata-se que, em síntese, a jurisprudência do STJ, nos HC nº 436.603 e HC nº 695.895/MS adota interpretação restrita da teoria da descoberta inevitável. Ambos os julgados reforçam que a sua adoção exige fundamentação lastreada em dados concretos aferíveis na realidade, jamais em abstrações ou meras suposições, em consonância com a doutrina

Apesar disso, identificam-se decisões, como no HC nº 359.549 e HC nº 521.228, que amparam a aplicação da teoria no argumento "curso normal das investigações", sem justificativas robustas, o que revela fragilidade argumentativa que não corresponde ao nível exigido para dar suporte à possível relativização da ilicitude por meio da teoria da descoberta inevitável, a qual demanda um exame mais aprofundado do caso concreto e dos critérios atinentes à inevitabilidade da descoberta da prova. Sendo assim, o cotejo das decisões demonstra uma diferença de abordagem quanto à interpretação da teoria da descoberta inevitável entre os colegiados. Enquanto a Sexta Turma adota um entendimento mais restrito, a Quinta apresenta uma compreensão mais ampla, admitindo sua adoção com base em pressupostos menos rigorosos.

Essa dissonância destaca, sobretudo, a necessidade de se estabelecer critérios mais objetivos e seguros, a fim de evitar decisões

lastreadas em presunções subjetivas, ainda que, de fato, não se possa excluir por completo o subjetivismo das etapas de aplicação da teoria da descoberta inevitável.

Ante o cenário, revela-se imprescindível a submissão da matéria à Terceira Seção do STJ, com o fim de pacificar a controvérsia e definir parâmetros objetivos e racionais, de modo a garantir que a teoria se submeta a etapas de verificação mais rígidos, compatíveis aos direitos fundamentais atingidos, evitando, dessa forma, soluções casuísticas e, ao mesmo tempo, preservando a proteção aos direitos fundamentais e a efetividade da justiça penal.

Nessa linha, destacam-se os seguintes critérios: i) a exigência de inquérito policial ou outro instrumento legal em curso, anterior ou paralelo ao acesso à prova ilícita, ii) a comprovação de uma probabilidade concreta e real de que a prova seria descoberta por meios lícitos, afastando hipóteses incipientes ou meramente conjecturais e abstratas, e iii) decisão judicial fundamentada, detalhando os elementos investigativos concretos e autônomos que conduziram à inevitabilidade da prova ilícita.

Considerações Finais

A Suprema Corte dos Estados Unidos desenvolveu a regra de exclusão (*exclusionary rule),* bem como a teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree)*. Ainda, a própria Corte desenvolveu a teoria da descoberta inevitável (*inevitable discovery exception*), a partir do caso Nix v. Williams (Williams II), que consiste em hipótese de exceção à ilicitude por derivação.

É certo que o legislador brasileiro, ao tentar incorporá-la no direito pátrio, com as alterações promovidas pela Lei nº 11.690/2008, estruturou uma teoria que se distancia da concepção originária desenvolvida no direito norte-americano.

O art. 157, §2º, do CPP, possibilita que o intérprete amplie o seu campo de incidência devido ao conteúdo genérico/abstrato do que efetivamente seria "seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova".

O que, inquestionavelmente, pode conduzir ao esvaziamento da garantia constitucional da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, permitindo que provas contaminadas pelo vício da ilicitude, de alguma forma, pudessem ser legitimadas com base na interpretação aberta do dispositivo legal.

De imediato, a doutrina, conforme apresentado, já alertava sobre os devidos cuidados ao adotar a teoria, de modo que a inevitabilidade da prova ilícita jamais poderia ser embasada em critérios especulativos, carentes de base empírica, sendo inegáveis os riscos da ausência de critérios objetivos para definir o que consiste em "trâmites típicos e de praxe", uma vez que se trata de conceitos cuja amplitude abre espaço para a discricionariedade e, consequentemente, ocasiona maior insegurança jurídica.

O sentimento de insegurança decorre justamente do fato de a prova ilícita derivada, embora tenha inequívoca relação de causalidade com a prova originariamente ilícita, ser admissível no processo a partir de um juízo subjetivo que relativiza, especialmente, a presunção de inocência e a regra de exclusão, normas de natureza constitucionais.

Sendo assim, é imprescindível o debate a respeito da necessidade de conferir uma interpretação restritiva ao art. 157, §2º, do CPP, de modo a resguardar a integridade do sistema de direitos e garantias constitucionais no processo penal e evitar o uso de provas derivadas de condutas ilícitas sem os devidos limites e cautelas. Para isso, cabe ao Poder Judiciário, somado à doutrina, exercer o papel essencial no controle dessas situações, com destaque ao Superior Tribunal de Justiça na função de uniformização da legislação federal.

A ausência de critérios objetivos pode comprometer até mesmo a isonomia entre os jurisdicionados e fragilizar a proteção dos direitos fundamentais. Desse modo, parece legítimo a Corte Superior se debruçar sobre o tema e estabelecer diretrizes claras, alinhadas aos princípios constitucionais e ao devido processo legal, a fim de evitar relativizações que permitam práticas abusivas.

Referências

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade: uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal.* 11 ed. ev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2023.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A constituição e as provas ilicitamente adquiridas. *Revista de Direito do Ministério Público*, n. 4, Rio de Janeiro, 1996.

COLUCCI, Maria da Glória Lins da Silva; SILVA, Maria Regina Caffaro. Prova ilícitas no processo penal. *Revista de Informação Legislativa*, v. 25, n. 97, Brasília, 1988.

DE LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do processo penal: considerações críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular*. Salvador: Juspdivm, 2013.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 18, n. 85,, *São Paulo, 2010.*

GOMES, Luiz Flávio. *Prova ilícita: direito à exclusão dos autos do processo (exclusionary rule)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 92, n. 809, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Provas ilícitas, interceptações e escutas.* Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; SCARENCE, Antonio Fernandes. *As nulidades no processo penal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal:* volume único. 8. ed. ver., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553626355. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626355/. Acesso em: 2 set. 2023.

MELO, Ary Matheus V.; FONSECA, Reynaldo S. Conjunto de dados de "A prova ilícita derivada e a exceção da descoberta inevitável: uma análise segundo a doutrina e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça", SciELO Data, v1, 2025. https://doi.org/10.48331/scielodata.A7WK2J

MORO, Sérgio Fernando; MOSER, Manoela Pereira. Provas ilícitas no processo penal e a teoria dos frutos da árvore envenenada. *Economic Analysis of Law Review*, v. 10, n. 1, Brasília, 2019.

REBOUÇAS, Sérgio. *Curso de direito processual penal*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: D'Plácido, 2022.

REBOUÇAS, Sérgio. Limites ao princípio de inadmissibilidade de provas ilícitas e derivadas de ilícitas? In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; SCHIETTI CRUZ, Rogério. *Código de Processo Penal*: Estudos comemorativos aos 80 anos de vigência. São Paulo: Revista dos Tribunais, t. II, 2021.

WANDERLEY, Gisela Aguiar. A Quarta Emenda e o controle judicial da atividade policial: busca e apreensão e *stop and frisk* na jurisprudência da Suprema Corte Estadunidense. *Revista de Direito Brasileira,* Santa Catarina, v. 24, n. 9, 2019.

Authorship information

Ary Matheus Vieira de Melo. Graduado em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Associado ao Instituto de Ciências Criminais (ICP). Membro da Equipe de Direito e Processo Penal da UnB. Membro do Grupo de Estudos em Direito e Processo Penal da UnB. Membro do Instituto de Garantias Penais (IGP). ary.matheusmelo@gmail.com

Reynaldo Soares da Fonseca. Pós-Doutorado em Democracia e Direitos Humanos - Ius Gentium Conimbrigae - Centro de Direitos Humanos (IGC) - Universidade de Coimbra - Portugal. Doutorado em Direito Constitucional pela FADISP-SP, com pesquisa realizada na Universidade de Siena- Itália. Mestrado em Direito Público (PUC/SP). Pós-Graduação em Direito Constitucional (UFMA), Direito Penal (UNB) e Inteligência Financeira (ESAF). Graduação em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. reynaldofonseca@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.

- *Ary Matheus Vieira de Melo*: conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Reynaldo Soares da Fonseca*: 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.

Data Availability Statement: In compliance with open science policies, the dataset of this article is available in an open repository at the following link: https://doi.org/10.48331/scielodata.A7WK2J

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

- Submission: 08/04/2025
- Desk review and plagiarism check: 10/04/2025
- Review 1: 23/04/2025
- Review 2: 25/04/2025
- Review 3: 18/05/2025
- Review 4: 22/05/2025
- Preliminary editorial decision: 07/07/2025
- Correction round return 1: 25/09/2025
- Preliminary editorial decision 2: 26/09/2025
- Correction round return 2: 19/10/2025
- Final editorial decision: 20/10/2025

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Reviewers: 4

How to cite (ABNT Brazil):

MELO, Ary Matheus V.; FONSECA, Reynaldo S. A prova ilícita derivada e a exceção da descoberta inevitável: uma análise segundo a doutrina e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 11, n. 3, e1218, set./dez. 2025. https://doi.org/10.22197/rbdpp.v11i3.1218

License Creative Commons Attribution 4.0 International.