



Revista  
Brasileira de  
**Direito  
Processual  
Penal**

Volume 5 - Nº 01 - jan./abr. 2019

ISSN 2525-510X

<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1>

*Dossiê “Meios Alternativos, Consenso e a  
Participação da Vítima no Processo Penal”*



IBRASPP

## EXPEDIENTE / MASTHEAD

---

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

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

Prof. Dr. Vinicius Gomes de Vasconcelos (Universidade Federal do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro/RJ; Instituto Brasiliense de Direito Público/DF; Universidade Estadual de Goiás – Goiânia/GO)

### EDITORES-ASSOCIADOS / ASSOCIATE-EDITORS

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

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

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

Prof. Dr. Enrique Letelier Loyola (Universidad de Valparaíso/Chile)

### EDITORES-ASSISTENTES / ASSISTANT-EDITORS

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

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

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

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

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

## CONSELHO EDITORIAL / EDITORIAL BOARD

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

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

- Alberto Binder (Universidad de Buenos Aires/Argentina)
- Alexandre Ribas de Paulo (Universidade Estadual de Maringá/PR)
- Ana Rodríguez Álvarez (Universidad de Santiago de Compostela/Espanha)
- Antonio Henrique Graciano Suxberger (Centro Universitário de Brasília - Brasília/DF)
- Antonio Martínez Santos (Universidad Francisco de Vitoria - Madrid/Espanha)
- Bruna Angotti (Universidade de São Paulo - São Paulo/SP)
- Camilla de Magalhães Gomes (UniCEUB - Brasília/DF)

Camilo Zufelato (Universidade de Sao Paulo - Ribeirão Preto/SP)

Carlos del Río Ferretti (Universidad Católica del Norte - Antofagasta/Chile)

Cristina Rego Oliveira (Universidade de Coimbra/Portugal)

Décio Franco David (Universidade Estadual do Norte do Paraná - Jacarezinho/PR)

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

Fábio Presoti (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - Belo Horizonte/MG)

Felipe Gorigoitía Abbott (Universidad de Valparaíso/Chile)

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

Fernando Martín Diz (Universidad de Salamanca/Espanha)

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

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

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

Ilana Martins Luz (Universidade de São Paulo - São Paulo/SP)

Isabel Huertas Martín (Universidad de Salamanca/Espanha)

Janaina Roland Matida (Universitat de Girona/Espanha)

Juan Pablo Castillo Morales (Universidad de Valparaíso/Chile)

Juliana Tonche (Universidade de São Paulo - São Paulo/SP)

Livia Giuliani (Università degli Studi di Pavia/Itália)

Lorenzo Bujosa Vadell (Universidad de Salamanca/Espanha)

Luca Lupària (Università degli Studi di Roma Tre/Itália)

Luiza Borges Terra (Universidad Pablo de Olavide/Espanha)

Marcello Daniele (Università degli Studi di Padova/Itália)

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

Matheus Herren Falivene de Sousa (Universidade de São Paulo - São Paulo/SP)

Montserrat De Hoyos Sancho (Universidad de Valladolid/Espanha)

Nestor Eduardo Araruna Santiago (Universidade Federal do Ceará e Universidade de Fortaleza - Fortaleza/CE)

Nicolás Oxman (Universidad Central de Chile – Santiago/Chile)

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

Pedro Rocha Amorim (Universidade de Coimbra/Portugal)

Priscila Machado Martins (Universidad Central de Chile – Santiago/Chile)  
Raphael Boldt de Carvalho (Faculdade de Direito de Vitória - Vitória/ES)  
Roberta Aprati (Università degli Studi di Roma Unitelma Sapienza/Itália)  
Salah Khaled Jr. (Fundação Universidade de Rio Grande - Rio Grande/RS)  
Sergio Lorusso (Università degli Studi di Foggia/Itália)  
Vania Patané (Università degli Studi di Catania/Itália)  
Walter Bittar (Pontifícia Universidade Católica do Paraná - Londrina/PR)

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

Amalia Patricia Cobos Campos (Universidad Autónoma de Chihuahua/México)  
Arley Fernandes Teixeira (Universidade Federal de Minas Gerais – Belo Horizonte/MG)  
Daiana Ryu (Universidade de São Paulo – São Paulo/SP)  
Eduardo Bolsoni Riboli (Universidade de Lisboa – Portugal)  
Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Moraes (Universidade Federal de Ouro Preto/MG e Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais/MG)  
Flávio da Silva Andrade (Universidade Federal de Minas Gerais – Belo Horizonte/MG)  
Hervé Belluta (Università di Brescia – Brescia/Itália)  
José Afonso Neto (Universidade Federal de Ouro Preto/MG)  
José Francisco Etxeberria Guridi (Universidad del País Vasco/España)  
Marina Oliveira Teixeira dos Santos (Universidade de Coimbra/Portugal)  
Ramón Beltrán Calfurrapa (Universidad de Atacama - Copiapó/Chile)  
Ricardo Sontag (Universidade Federal de Minas Gerais – Belo Horizonte/MG)  
Silvio Cuneo (Universidad Central de Chile – Santiago/Chile)  
Simone Lonati (Bocconi University, Milano/Itália)  
Tiago Kalkmann (Universidade Federal do Rio Grande do Sul – Porto Alegre/RS)  
Yollanda Farnezes Soares (Universidade Federal de Ouro Preto/MG)

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



# Sumário

## Table of contents

- 11** ***Dossiê: Meios alternativos, consenso e a participação da vítima no processo penal***
- Alternative methods, consensus and the role of the victim in criminal procedure law*
- 13 Editorial del Dossier “Medios alternativos, consensos y la participación de la víctima en el proceso penal”: Participación de la víctima en la solución del conflicto penal
- Editorial of Dossier “Alternative methods, consensus and the role of the victim in criminal procedure law”: Victim participation in the penal conflict solution*
- Editorial do dossiê “Meios alternativos, consenso e a participação da vítima no processo penal”: Participação da vítima na solução do conflito penal*
- Enrique Letelier Loyola**
- 33 Presente y futuro de la mediación penal en el ordenamiento español: ¿cabe más incertidumbre?
- Present and future of criminal mediation in Spanish law: is a higher degree of uncertainty even possible?*
- José Francisco Etxeberria Guridi**
- 73 Quale ruolo per la vittima nel processo penale italiano?
- Which role for the victim in the italian criminal process?*
- Qual é o papel da vítima no processo penal italiano?*
- Hervé Belluta**
- 93 The inmate as a victim of the rise in the incarceration rate and the perception of insecurity in western society. A particular analysis of the Chilean case.
- El interno como víctima del aumento del índice de encarcelamiento y la percepción de inseguridad en la sociedad occidental. Análisis particular del caso chileno.*
- Silvio Cuneo**

- 115 Los mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal en México y su realidad  
*Alternative mechanisms for dispute resolution in criminal matters in Mexico and its reality*  
**Amalia Patricia Cobos Campos**
- 145 Víctima, reparación y proceso penal: una proyección desde las teorías expresivas de la pena  
*Victim, reparation and criminal process: a projection from the expressive theories of punishment*  
*Vítima, reparação e processo criminal: uma projeção das teorias expressivas da pena*  
**Ramón Beltrán Calfurrapa**
- 191 A justiça restaurativa como mecanismo de horizontalização de conflitos penais e de reconhecimento das vítimas como sujeito de direitos  
*Restorative justice as a mechanism for horizontalization of penal conflicts and recognition of victims as subjects of rights*  
**Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Morais**  
**José Afonso Neto**  
**Yollanda Farnazes Soares**
- 219 A expansão do Direito Penal europeu frente à subsidiariedade da tutela penal: alternativa a partir da Mediação Penal de Adultos portuguesa  
*The expansion of European criminal law facing the subsidiarity of criminal enforcement: alternative with Portugal's "criminal mediation for adults"*  
**Marina Oliveira Teixeira dos Santos**
- 253 Um "tribunal orientado para a vítima": o minimalismo de Nils Christie e as suas contribuições à justiça restaurativa  
*A "victim-oriented court": Nils Christie's minimalism and its contributions to restorative justice*  
**Eduardo Bolsoni Riboli**
- 299 O perdão do ofendido na cultura jurídico-penal brasileira do século XIX: negociação no século da justiça pública?  
*The victim's remission in Brazilian legal penal culture in the XIX century: negotiation in the century of public justice?*  
**Arley Fernandes Teixeira**

**339 Fundamentos de Direito Processual Penal**

*Fundamentals of Criminal Procedure*

- 341 Un invito a compiere una scelta di civiltà: la Corte europea dei diritti dell'uomo rinunci all'uso della testimonianza anonima come prova decisiva su cui fondare una sentenza di condanna

*An invitation to make a choice of civilization: the European Court of Human Rights renounces the use of anonymous testimony as a decisive proof to motive a conviction*

*Um convite a realizar uma escolha virtuosa: o Tribunal Europeu de Direitos Humanos renuncie ao uso da testemunha anônima como prova decisiva para fundamentar uma condenação*

**Simone Lonati**

- 389 Prisão cautelar e prazo razoável na jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros

*Pre-trial detention and reasonable time in the Brazilian Superior Courts' jurisprudence*

**Daiana Ryu**

**439 Teoria da Prova Penal**

*Criminal Evidence Theory*

- 441 Para uma história da delação premiada no Brasil

*Towards a history of the plea bargain [delação premiada] in Brazil*

**Ricardo Sontag**

- 469 Análise Econômica da Racionalidade do Acordo de Colaboração Premiada

*Economic Analysis of the Rationality of the Collaboration Agreement*

**Tiago Kalkmann**

**505 Processo Penal em perspectiva interdisciplinar**

*Criminal Procedure in an Interdisciplinary Perspective*

- 507 A tomada da decisão judicial criminal à luz da psicologia: heurísticas e vieses cognitivos

*Decision-making in criminal justice in the light of the psychology: heuristics and cognitive biases*

**Flávio da Silva Andrade**



**Dossiê:**  
**Meios alternativos,  
consenso e a participação  
da vítima no processo penal**

---

*Alternative methods,  
consensus and the role of the  
victim in criminal procedure law*

---



## **Editorial del Dossier “Medios alternativos, consensos y la participación de la víctima en el proceso penal”: Participación de la víctima en la solución del conflicto penal**

*Editorial of Dossier “Alternative methods, consensus and the role of the victim in criminal procedure law”: Victim participation in the penal conflict solution*

*Editorial do dossiê “Meios alternativos, consenso e a participação da vítima no processo penal”: Participação da vítima na solução do conflito penal*

**Enrique Letelier Loyola**

Universidad de Valparaíso/Chile

enrique.letelier@uv.cl

 <https://orcid.org/0000-0002-1768-3739>

---

**RESUMEN:** El resurgimiento de la víctima, como sujeto de interés para las ciencias criminológicas y el derecho penal, ha provocado la necesidad de cuestionarse si los tradicionales modelos de justicia penal son adecuados para satisfacer sus intereses, considerando que se trata de un protagonista del conflicto penal. Recogiendo diversas experiencias restaurativas y con apoyo de la victimología más moderna, los sistemas de justicia penal dejan de enfocarse solo en el castigo al infractor penal y se abren a la adopción de programas de justicia restaurativa, que reconocen en la víctima un sujeto titular del derecho a la reparación del daño.

**PALABRAS CLAVE:** víctima; justicia retributiva; reparación del daño; justicia restaurativa.

**SUMMARY:** *The resurgence of the victim, as a topic of interest for criminological sciences and criminal law, has caused the need to question whether traditional*

*criminal justice models are adequate to satisfy their interests, considering that it is a protagonist of the criminal conflict. Collecting some restorative experiences and with the support of the most modern victimology, the criminal justice systems stop focusing only on the punishment of the offender and open themselves to the adoption of restorative justice programs, which recognize in the victim a subject holder of the right to the repair of the damage.*

**KEYWORDS:** *victim; punishing model; repair of criminal damage; restorative justice.*

---

## **INTRODUCCIÓN: PROTAGONISMO, NEUTRALIZACIÓN Y RESURGIMIENTO DE LA VÍCTIMA**

La estatalización del conflicto penal significó, para la víctima, una privación, al menos en el campo del derecho, del protagonismo que tiene en el hecho delictuoso y que el modelo de justicia privada sí le reconocía. Y aunque no se trata de demonizar ese fenómeno, pues en su hora también significó la proscripción de la venganza privada, la decisión estatal de definir con actos de autoridad las conductas constitutivas de delito, de perseguirlas y juzgarlas con prescindencia, en la promoción y en el resultado, de la voluntad del ofendido, provocó también que el proceso penal deviniese en una herramienta de solución heterocompositiva de un conflicto que en muy poca medida atiende a los intereses de uno de los involucrados en él y, en consecuencia, se tornase inútil para la satisfacción de los mismos.

Con el surgimiento del Estado moderno el delito se miró bilateralmente como un conflicto entre el poder público que por medio de normas penales impone deberes o prohibiciones y el sujeto que las infringe, por lo que tiene sentido que el énfasis de la justicia penal esté puesto en el castigo o *retribución*. Bajo este esquema, que se mantuvo con matices hasta el segundo tercio del siglo XX, se sepultó y neutralizó a la víctima en el proceso penal, como un sujeto cuya intervención era innecesaria bajo la suficiencia de la acción pública, que vinculaba al Estado con el ofensor<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Bertolino, Pedro. "La situación de la víctima del delito en el proceso penal de la Argentina". En VV.AA. *La Víctima en el Proceso Penal*. Buenos Aires, Edit. Depalma, 1997, p. 3 y 4.

Pero con ello no se quiere decir que el Estado haya prescindido absolutamente de la víctima en el persecución y juzgamiento de los delitos; antes bien, en el proceso penal tradicional la víctima ha sido considerada como una fuente privilegiada de información para quien ejecuta la investigación, por lo que los sistemas han concebido herramientas de protección a la víctima que colabora con la investigación, con la doble finalidad de resguardar su integridad física y psíquica, por una parte, y consecuentemente proveerse de una fuente de prueba dispuesta, además, a comparecer como testigo en el juicio.

La víctima, también, ha sido frecuente impulsora de las investigaciones penales, desde que puede, sin más responsabilidad que la de introducir la *notitia criminis*, denunciar los hechos constitutivos de delito y poner con ello en marcha el aparato estatal de persecución delictuosa<sup>2</sup>. En una dimensión más activa a la víctima se ha reconocido el derecho para deducir querrela no solo en los delitos de acción penal privada y en los así llamados delitos de acción penal pública previa instancia particular, sino también en los delitos de acción penal pública, actuando en su momento como acusador adhesivo o autónomo de la acusación deducida por el persecutor oficial.

Desde una dimensión probatoria, los modelos tradicionales han permitido a la víctima proponer y solicitar diligencias de investigación al Ministerio Público o quien detente la investigación oficial y aportar luego pruebas al juicio, porque su indudable rol de sujeto pasivo del delito la coloca en una posición reforzada que permite desarrollar, con mejor prognosis epistémica, la finalidad que se espera del proceso penal de ser una vía de conocimiento de los hechos relevantes para la decisión jurisdiccional.

Si alguna atención prestó el proceso penal tradicional a los intereses de la víctima, los enfocó en el reconocimiento del derecho para deducir las acciones civiles derivadas del hecho delictuoso, con finalidades restitutivas, indemnizatorias y reparatorias, opción sistémica criticada por algunos en tanto introduce en el proceso un objeto extraño al estrictamente penal.

---

<sup>2</sup> Maier, Julio. “La víctima y el sistema penal”. En *Jueces para la Democracia*, N° 12, 1/1991, p. 42.

Tradicionalmente la reparación de la víctima no ha sido una finalidad que se espere del proceso penal, pues la lesión al bien jurídico es considerada en abstracto como un elemento justificativo de la eventual sanción, mas no en concreto como un elemento que permita la entrada, con relevancia en el curso del proceso, del interés de la víctima en ser restituida al estado de bienestar o de paz previo al delito. De soslayo se atiende en concreto a la lesión del bien jurídico, siempre en la óptica bilateral del conflicto Estado *versus* infractor, cuando la reparación tempestiva del daño puede ser tomada en cuenta por el juez como una circunstancia minorante de responsabilidad penal con incidencia, por cierto, en la pena, o cuando, en la mensuración de la pena, el juez puede atender a la mayor o menor extensión del mal causado por el delito.

En la actualidad es prácticamente insostenible concebir y defender un proceso penal que prescinda de los intereses de la víctima, porque, por una parte, el delito no se agota en la descripción abstracta de una conducta identificable en el tipo penal sino que es un fenómeno que en determinado momento y lugar, involucrando a más de un sujeto, irrumpe en la convivencia comunitaria y, por otra, porque hay fuertes razones para sostener que el sistema tradicional de justicia retributiva, que se resuelve en la aplicación de la respuesta jurídico penal al delito, no tiende hacia el restablecimiento de la paz social quebrantada sino, más bien, es una vía institucionalizada para infligir dolor por el mal causado. Con esa inspiración los sistemas más actuales recogen el interés de la víctima en obtener la reparación a través de algunas figuras, como el llamado a conciliación, la suspensión del proceso a prueba o bajo condiciones, los acuerdos o incidentes de reparación e, incluso, la aplicación del principio de oportunidad con criterios que recogen la reparación oportuna y satisfactoria. Lo interesante de estas vías, según se observa, es que aplicadas a partir de un derecho de la víctima a obtener la reparación tienen incidencia en el curso del proceso penal, por lo que logran vincular, cada uno desde su respectiva posición, a los tres sujetos interesados en el conflicto penal: el imputado, la víctima y el Estado.

En ese contexto, que aborda el conflicto penal como un fenómeno que involucra a la víctima y al agente del delito, el proceso penal abre sus puertas para incorporar, a sus fines tradicionales de investigar y determinar la existencia del delito y la participación culpable del acusado, la

de tender hacia la reparación de la víctima bajo la idea, bastante amplia, de situarla en un estado equivalente al que existiría si no se hubiese verificado la lesión a uno o más de sus bienes jurídicos.

En las últimas décadas, a la par que se insiste en la crisis del modelo de justicia retributiva, ha surgido con fuerza la idea de un modelo de *justicia restaurativa* que, con más o menos matices según el sistema que lo cobija, el momento y lugar en que se desarrolla y los mecanismos vías que lo concretan, supone a nuestro modo de ver dos ideas pilares: reconocer a la víctima como titular del derecho a ser reparada por la lesión causado por el delito y considerar a la víctima como un sujeto con el derecho intervenir libre y activamente (“víctima empoderada”) en su proceso de reparación<sup>3</sup>.

No es causal, entonces, que, desde la década de 1970 en adelante, numerosos estudios den cuenta de un desarrollo ingente de la victimología y pongan énfasis en la persona ofendida por el delito, describiendo, además, experiencias concretas de justicia restaurativa<sup>4</sup>, lo que supone, además, el abandono de una visión *reocéntrica* del delito<sup>5</sup>. En el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas, con cobijo en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se aprobó, en 1985, la “Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delito y del Abuso de Poder” (Resol. 40/34, de 29 de noviembre de 1985) y en 2002 el Consejo Económico, Social y Cultural aprobó un acuerdo internacional sobre directrices para la justicia restaurativa «*Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters*» (ECOSOC

---

<sup>3</sup> Braithwaite, John. “The fundamentals of restorative justice”. En Jowitt, A.; Newton, T. *A Kind of Meaning. Restorative Justice in the Pacific Islands*. ANU Press, 2010, p. 37.

<sup>4</sup> Mera González-Ballesteros, Alejandra. “Justicia restaurativa y proceso penal garantías procesales: límites y posibilidades”. En Revista *Ius et Praxis*, año 15, N° 2, pp. 169 y sig.; Barona Vilar, Silva. “Mediación *post sententiam* en delitos de terrorismo. De la *restorative justice* a la *reconstructive justice* (Especial referencia a los encuentros entre víctimas y condenados ex miembros de la banda terrorista ETA)”. En Jimeno Bulnes, M.; Pérez Gil, J. (Coord.) *Nuevos Horizontes del Derecho Procesal. Libro-Homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva*. Bosch Editor, 2016, pp. 478 – 479.

<sup>5</sup> Paulesu, Pier Paolo. “Vittima del reato e processo penale”. En *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXXIII (2ª), N° 2, mar – apr, 2018, p. 389.

Resol. 2002/12), que ha servido de inspiración para que varios modelos tiendan a este redescubrimiento o reposicionamiento de la víctima como una actora relevante en el proceso de reparación<sup>6</sup>.

El acento en la reparación, incluso como facilitadora de los fines preventivos generales y especiales del derecho penal, hace necesario cambiar los paradigmas de la justicia penal, por lo que hoy los modelos de justicia penal deben incorporar a la víctima como titular de un derecho a la reparación<sup>7</sup>.

## 1. PARTICIPACIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL RÉGIMEN DE LAS ACCIONES PENALES

El ejercicio de la acción penal en los delitos de acción penal privada y de los delitos de acción penal pública previa instancia particular, nomenclaturas que pueden variar, permite que la voluntad de la víctima excite la función jurisdiccional y el aparato público investigador y, en algunos casos, provoque el cese de la persecución<sup>8</sup>.

La admisión de las acciones penales privadas, que pone un quiebre al monopolio acusatorio del Estado puesto que se reconoce un interés privado preponderante que excluye la intervención del persecutor público<sup>9</sup>, puede ser vista como una vía para simplificar el procedimiento penal, a la vez que una forma que permite a las personas ofendidas por el delito

<sup>6</sup> En el sistema de la ONU, la Resol. 2002/12 estuvo precedida por la Resol. 1999/26 de 28 de julio de 1999 “Elaboración y aplicación de medidas de mediación y justicia restitutiva en materia de justicia penal” y por la Resol. 2000/14 de 27 de julio de 2000 “Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restitutiva en materia penal”. Vide Hernández Gómez, Isabel. “Justicia restaurativa, mediación penal y principio de oportunidad”. En Roca Martínez, J. (Dir.) *El Acceso a la Justicia*. Asociación de Profesores de Derecho Procesal “Proceso y Garantías”. Valencia. Tirant lo Blanch, 2018, p. 232.

<sup>7</sup> Roach, Kent. “Four models of the criminal process”. En *The Journal of Criminal Law & Criminology*, Vol. 89, N° 2, 1999, pp. 699 y sig., con especial énfasis en le modelo no punitivo de los derechos de las víctimas.

<sup>8</sup> Roxin, Claus. *Derecho Procesal Penal* (Trad. G. Córdoba y D. Pastor). Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, pp. 83 – 86

<sup>9</sup> Horvitz Lennon, M.; López Masle, J. *Derecho Procesal Penal Chileno*. Tomo I. Santiago de Chile, Editorial Jurídica, año 2002, p. 336.

seleccionar los casos en que provocarán la intervención jurisdiccional y los que solucionarán extrajudicialmente; aun en el caso que se hubiese provocado la intervención judicial, el mecanismo de la *conciliación*, que privilegia la verdad consensuada para la solución del conflicto, supone una activa participación de la víctima en la resolución del conflicto penal<sup>10</sup>.

Lo anterior es sin perjuicio que, en lo juicios por delito de acción penal privada, otras manifestaciones de voluntad de la víctima como la retractación oportuna, la renuncia del ofendido, las explicaciones satisfactorias y demás causas similares de extinción de la acción penal previstas por los respectivos sistemas, provoquen al sobreseimiento de la causa<sup>11</sup>.

El régimen de la acción penal pública previa instancia particular tiene algún sentido si se analiza desde el punto de mira del poder del ofendido para seleccionar los casos que someterá a la persecución y jurisdicción del Estado, pero no deja de llamar la atención los criterios del legislador para establecer el catálogo de delitos sujetos a tal régimen. En los heterogéneos catálogos se cuentan delitos de contagio de enfermedades, violación y agresiones sexuales cometidos contra personas mayores de edad, según establece el CPP Costa Rica en su art. 18, delitos de violación de secreto profesional, lesiones de mediana y baja gravedad y amenazas, como dispone el CPP de Chile en su art. 54, o los del largo catálogo del art. 74.2 del CPP de Colombia, país en el que para que el Estado dé inicio a la acción penal se requiere el ejercicio de la querrela en un número importante de delitos que afectan distintos y variados bienes jurídicos<sup>12</sup>.

Esa disparidad de criterios para integrar y agrupar delitos de acción penal pública previa instancia particular es, a nuestro juicio, el producto de cómo los distintos modelos evalúan la preponderancia de la voluntad del ofendido por el delito en la activación de la persecución penal y el consecuente juzgamiento.

---

<sup>10</sup> Maier, Julio. "Mecanismos de simplificación del procedimiento penal". En Massa, M.; Schipani, S. *Un "Codice Tipo" di Procedura Penale per L'America Latina*. Padova, CEDAM, 1994, pp. 264 – 265.

<sup>11</sup> Según propone el *Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica*, en su art. 382.

<sup>12</sup> Letelier Loyola, Enrique. "¿Crisis de identidad del juicio penal?". En *Revista Direito GV*. VOL. 14 N° 1, ene – abr, 2018, pp. 201.

Algún debate plantea la admisión de la víctima en el ejercicio de la acción penal pública, pues los modelos se han decantado por aceptarla como acusador privado independiente del persecutor público o como acusador privado adhesivo del acusador público. El tema reviste complejidad porque se trata de identificar en la opción legislativa el abanico de derechos que cada sistema reconoce a la víctima en la persecución penal: reconocer su derecho de actuar como acusador privado autónomo significa, en buenas cuentas, reconocer en la víctima un interés tutelado por el derecho en la imposición de una pena al acusado; admitir su actuación solo como acusador adhesivo implica reconocer en su favor un interés jurídicamente tutelado en el proceso penal como *ius ut procedatur*<sup>13</sup>.

Sin perjuicio que pueda discutirse si en el proceso penal hay efectivo ejercicio de una acción, incluso por parte del órgano oficial (Ministerio Público, Ministerio Fiscal o como se denomine)<sup>14</sup>, pueden reconocerse buenos argumentos para admitir la participación del ofendido en el procedimiento penal oficial, bien como acusador particular o bien como acusador adhesivo<sup>15</sup>. La víctima es, junto al victimario, un protagonista de conflicto penal, por lo que cualquier solución *idónea* desde el punto de vista político (pacificación social) y desde el punto de vista empírico (reparación del daño) debe atender a su interés; por otra parte, la intervención activa del ofendido permite que la sociedad, por su conducto, controle la actuación del órgano oficial de persecución y de las policías, posición que se ve reforzada al permitírsele un rol de acusador privado con el ejercicio autónomo de la acción penal, ora ejerciendo una acusación cuando el órgano oficial decide, a través de cualquier vía jurídicamente regulada, no perseverar en la persecución penal, ora impugnando autónomamente la sentencia desfavorable a sus intereses<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> Barona Vilar, Silvia. *Mediación Penal. Fundamento, Fines y Régimen Jurídico*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 101; González Cano, Isabel. *La Mediación Penal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 41.

<sup>14</sup> Bordalí Salamanca, Andrés. “La acción penal y la víctima en el Derecho chileno”. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVII, 2º Semestre de 2011, pp. 529 y ss.

<sup>15</sup> P. Paulesu, “Vittima del reato...”, cit., pp. 400 y sig.

<sup>16</sup> J. Maier, “La víctima...”, cit., p. 43, lo describe como una función de contrapeso y control externo del ministerio público y la policía.

La participación de la víctima como acusador adhesivo, en cambio, no permite que éste ejerza autónomamente la acción penal ni impugne la sentencia que le causa agravio sino subordinado a la decisión del órgano oficial. Bajo este modelo que reconoce la prevalencia de la persecución penal pública “resulta imposible dejar que la persecución continúe (acusación o recurso contra la sentencia) solo por voluntad del ofendido.”<sup>17</sup> Este es el modelo que recoge prevalentemente el *Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica* en sus artt. 78 (querellante adhesivo), 269 (adhesión del querellante a la acusación pública) y 339 (recurso del querellante por adhesión)<sup>18</sup>.

En nuestra opinión no resulta adecuado reconocer a la víctima el derecho de intervenir como acusador privado autónomo, porque además de existir fuertes dudas de si detenta un interés jurídicamente protegido en el castigo penal, es decir titularidad sobre el *ius puniendi*, como hemos puesto de relieve en otra parte<sup>19</sup>, la intervención de la víctima en esa posición acusadora tiende a debilitar aun más, en desmedro del acusado, el delicado equilibrio de poderes entre los intervinientes del proceso a que se llega después de formulada con la acusación. Durante la fase de investigación la actuación del ministerio público genera un desequilibrio de poderes que cede en favor del persecutor público, porque no cabe duda de que este órgano oficial, detentador de *ius perseguendi*, tiene el máximo protagonismo en la instrucción<sup>20</sup>, por lo que los sistemas deben tender

---

<sup>17</sup> J. Maier, *ibídem*, p. 44.

<sup>18</sup> Se dice que es el modelo preponderante, porque en el al texto principal de art. 78 se propone, en subsidio, uno diverso que suprime la calificación de “adhesivo” para los países que prefieran políticamente “un querellante con mayores atribuciones para la persecución penal”, incorporando en sus sistemas la acción popular. En el art. 339 se propone un texto que permite a querellante “acusar él mismo”. Véase *Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica* en Massa, M.; Schipani, S. *Un «Codice Tipo» di Procedura Penale...*, cit., “Appendice.”

<sup>19</sup> E. Letelier Loyola, “¿Crisis de identidad...?”, cit., p. 203.

En el mismo sentido A. Bordalí Salamanca, “La acción penal...”, cit., p. 523; S. Barona Vilar, *Mediación Penal...*, cit., p. 104 e I. González Cano, *La Mediación...*, cit., pp. 41 y sig.

<sup>20</sup> Nieva Fenoll, Jordi. *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, Edit. B de F, 2002, p. 62.

a que ese *desequilibrio estructural* no se perpetúe en la fase de juicio<sup>21</sup>. Entonces, reconocer a la víctima un derecho de intervenir como acusador privado, con autonomía del ministerio público, coloca al acusado en una posición desmejorada por enfrentarse a más de un acusador, estar sujeto al riesgo de una condena aun cuando el persecutor oficial haya decidido no proseguir penalmente, o bien quedar sujeto al riesgo que le sentencia favorable sea revocada en su perjuicio, aun sin impugnación mediante del ministerio público<sup>22</sup>.

## 2. PARTICIPACIÓN DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL BAJO UN PARADIGMA REPARATORIO

Los modernos sistemas procesales penales han incorporado varios mecanismos que, regulados unas veces como excepciones al principio de legalidad, como salidas alternativas al juicio o, derechamente, como formas para descomprimir el sistema, atienden en mayor o menor medida al interés de la víctima en ser reparada de la lesión que el delito provocó en su persona o en su patrimonio.

Si bien se erige con una finalidad político-criminal distinta, el principio de oportunidad, tiende, indirectamente, a la satisfacción de la víctima, porque, según los criterios y modalidades aplicativas, permite que el persecutor oficial no ejercite la acción penal cuando entre otros casos, se la hubiere reparado prontamente (*vgr.*, art. 324.1 CPP Colombia, art. 25 pñ. 2º CPP Guatemala). En estos casos, la circunstancia de hallarse satisfecho el interés de la víctima en ser reparada provoca que el sistema pierda interés en el castigo, es decir, en la retribución.

La suspensión del proceso a prueba permite, también indirectamente, que la víctima intervenga en el proceso penal haciendo valer su interés en la reparación, desde que uno de los requisitos de procedencia o una de las condiciones que el tribunal puede imponer al imputado sea, precisamente, la de reparar el daño casado (*vgr.* art. 231 texto alternativo

<sup>21</sup> Illuminati, Giulio. “El Sistema Acusatorio en Italia”. En Bachmaier Winter, Lorena (Coord.) *Proceso Penal y Sistemas Acusatorios* (Trad. L. Bachmaier). Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 154 – 155.

<sup>22</sup> J. Maier, “La víctima...”, cit., p. 52.

del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, art. 27 pf. 2° CPP Guatemala, art. 25 pf. 2° CPP Costa Rica, art. 215.3 CPP Panamá y art. 238.e CPP Chile).

Si bien ambos modos de *diversión* tienen el evidente propósito de simplificar el procedimiento y separar tempranamente del proceso al imputado<sup>23</sup>, reduciendo en su favor el riesgo de sufrir una condena, persiguen, aun indirectamente, fines reparatorios.

Algunos sistemas incorporan *acuerdos* sobre reparación de los daños, que se celebran intraprocesalmente y en el curso del proceso penal ya avanzado. Ellos permiten que, puesto el foco de atención, preponderantemente, en el derecho de la víctima en ser reparada, incluso en un tiempo lejano a la perpetración del delito, el proceso penal no continúe si se satisfacen las prestaciones a que se obliga el imputado (*vgr.* acuerdos reparatorios, artt. 241 y 242 CPP Chile; reparación integral del daño como causal de extinción de responsabilidad penal, art. 30.j CPP Costa Rica).

Incluso, después de ejecutoriada la decisión de condena, existen vías que permiten discutir, incidentalmente y con derecho de aportar pruebas, cómo el condenado reparará los daños causados a la víctima. Es el caso, por ejemplo, del *incidente de reparación integral* colombiano, que se promueve a solicitud de la víctima una vez que se halla firme la sentencia condenatoria (Cap. IV, Tít. II, Libro I, artt, 102 a 108 CPP Colombia).

La relevancia de estos institutos insertos en el seno de un proceso penal, bien que se acuda a ellos para limitar la persecución penal, para atenuar la aplicación de una pena o para trazar el plan de reparación que debe asumir el condenado, está en que el fomento a la reparación favorece los fines de *prevención general* del derecho penal, desde que se tiende hacia la pacificación social y el restablecimiento del orden jurídico<sup>24</sup>, a la vez que permite el cumplimiento de fines de *prevención especial*, porque enfrenta al autor del delito con la concreta lesión que su conducta ha causado en la víctima<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> Spangher, Giorgio. “Meccanismi di semplificazione del procedimento”. En Massa, M.; Schipani, S. *Un «Codice Tipo» di Procedura Penale...*, cit., pp. 295 y sig.

<sup>24</sup> K. Roach, “Four models...”, cit., p. 707

<sup>25</sup> Roxin, Claus. *La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 31 y sig.

### 3. LA VÍCTIMA EN LOS PROGRAMAS DE JUSTICIA RESTAURATIVA

La participación conjunta y activa de la víctima y el imputado (acusado o condenado) en la solución del conflicto penal y la búsqueda de un resultado restaurativo, es una posibilidad que se concreta cada más y de mejor manera en los diversos sistemas. Si las experiencias de algunos países del *common law* fueron estudiadas y desarrolladas para tender hacia la construcción de un *sistema de justicia restaurativa* aplicable en materia penal (Canadá, Estados Unidos de Norteamérica, Reino Unido, Australia y Nueva Zelanda)<sup>26</sup>, en nuestro orbe de raíz europeo continental e iberoamericana el reposicionamiento o redescubrimiento de la víctima como sujeto activo en la búsqueda de resultados restaurativos, en los mismos asuntos, muestra importantes avances bajo el amparo de la *mediación penal* (vgr. en Panamá, Colombia y México, con regulación en el CPP y Argentina con regulación especial; en Bélgica, Alemania, Francia, Austria y Portugal; con menor amplitud y regulación en Italia y España)<sup>27</sup>.

Sin perjuicio que, como se ha explicado por la doctrina, es menester no confundir justicia restaurativa con mediación penal, tanto por el distinto origen de estos modelos, cuanto por las modalidades restaurativas de uno y otro<sup>28</sup>, lo relevante es que ambos, inspirados en el ideal de humanización de la justicia penal<sup>29</sup>, suponen una *alternativa* al proceso penal tradicional retributivo poniendo atención en el daño que el agente del delito causa al ofendido y la comunidad. El delito es un fenómeno de índole *interrelacional*<sup>30</sup>, subyaciendo la idea “de que el crimen es un

<sup>26</sup> A. Mera González-Ballesteros, “Justicia restaurativa...”, cit., pp. 171 – 172.

<sup>27</sup> I. Hernández Gómez, “Justicia restaurativa...”, cit., 245 – 250 y E. Letelier Loyola “¿Crisis de identidad...?”, cit., pp. 209 – 2010.

<sup>28</sup> Jimeno Bulnes, Mar. “¿Mediación penal y/o justicia restaurativa? Una perspectiva europea y española”. En Diario La Ley N° 8624, 2015.

<sup>29</sup> I. González Cano, *La Mediación Penal*, cit., p. 47.

<sup>30</sup> Castillejo Manzanares, Raquel. “ADR y justicia restaurativa. La mediación”. En Roca Martínez, J. (Dir.) *El Proceso Penal en Ebullición*. Barcelona, Edit. Atelier, 2017, p. 114.

Cuando se habla de alternativa, se pone énfasis en que los modelos de justicia restaurativa prescinden del modelo punitivo tradicional centrado en el castigo al delincuente, con una serie de instrumentos denominados ADR

conflicto interpersonal y que su solución efectiva debe ser desde dentro, entre los propios implicados en el mismo.”<sup>31</sup>

Varias son las modalidades restaurativas que asumen estos modelos, influidas, según se adelantó, por una tradición más o menos reciente<sup>32</sup>. Las *Family Group Conferences* de Nueva Zelanda, usadas en el ámbito de la justicia juvenil, recogen críticas del pueblo maorí al modelo tradicional de justicia<sup>33</sup> y algunas de sus tradiciones<sup>34</sup>, la modalidad de *circles* o círculos comunitarios en Canadá ha estado influida por las prácticas reparativas de los pueblos aborígenes; en Alemania, el Proyecto Alternativo de Reparación de 1992, con antecedentes en uno del año 1966, dio un importante impulso al movimiento restaurativo<sup>35</sup>. Por lo mismo, no es posible identificar un único modelo de justicia restaurativa, porque cada uno está influido por las diversas prácticas, tradiciones y sistemas jurídicos en los que se inserta.

Sin embargo, a efectos de este trabajo, resulta interesante destacar algunos estándares mínimos que todo modelo de justicia restaurativa debe lograr, para que no se pierda el foco en el modelo de justicia *no punitiva* basado en los derechos de las víctimas. No pretendemos, al menos en esta parte, tomar los estándares del proceso penal con todas las garantías (o *debido proceso*) e intentar adoptarlos críticamente en sede de los modelos de justicia restaurativa, porque, por un lado, el proceso penal tiene una estructura propia que tributa a un modelo autoritario y, por otro, la posición de las intervinientes en el proceso penal, como

---

(*alternative dispute resolutions*) que cambian el paradigma de la justicia tradicional. Vide S. Barona Vilar, “Mediación post *sententiam*...”, cit., p. 480.

La flexibilización del modelo hace que hoy se perciba a las ADR como modalidades integradas a los tribunales de justicia (sistema de justicia “multi-puertas”). Vide Barona Vilar, Silva. *Nociones y Principios de las ADR (Solución Extrajudicial de Conflictos)*. Valencia, Titant lo Banch, 2018, p. 27.

<sup>31</sup> Martínez Sánchez, M<sup>a</sup> Cristina. “La justicia restaurativa y un modelo integrador de justicia penal”. En *Revista de Derecho UNED*, N<sup>o</sup> 16, 2015, p. 1241.

<sup>32</sup> S. Barona Vilar, *Mediación Penal...*, cit., pp. 144 y sig.

<sup>33</sup> A. Mera González-Ballesteros, “Justicia restaurativa...”, cit., p. 169

<sup>34</sup> Stang, Heather. “Experiments in restorative justice”. En Drahos, Peter (Ed.) *Regulatory Theory. Foundations and Applications*. ANU Press, 2017, p. 484.

<sup>35</sup> I. Hernández Gómez, “Justicia restaurativa, mediación penal...”, cit., p. 26.

núcleos de interés, es totalmente diversa a la “partes” de un modelo de justicia restaurativa<sup>36</sup>.

Un contenido normativo mínimo de justicia restaurativa debe diseñar las modalidades restaurativas de modo que la víctima pueda libre y voluntariamente participar en la búsqueda del acuerdo (víctima empoderada), que todos los involucrados tengan la oportunidad de contar sus relatos sobre el o los hechos que provocan el conflicto penal y que los mismos se oigan con respeto en un contexto dialógico<sup>37</sup>. A pesar de que se trata de un contenido normativo mínimo es necesario que la ley regule el programa y las modalidades de justicia restaurativa, pues una situación de desregulación provoca que no se conozca cuál es el modelo aplicable ni dónde él se inserta<sup>38</sup>.

La Resolución 12/2002 de ECOSOC, *Principios Básicos para la Aplicación de Programas de Justicia Restitutiva en Materia Penal*, es una fuente relevante para que los Estados puedan regular las modalidades de justicia restaurativa, aun cuando es preciso evitar un trasplante acrítico de sus preceptos para evitar el riesgo de afectar los derechos y garantías del imputado (principalmente su derecho a la presunción de inocencia y su derecho a guardar silencio)<sup>39</sup>. Con esos recaudos, la Resol. 12/2002 aporta normas que guían de manera muy clara hacia los beneficios de la justicia restaurativa:

## II. Utilización de programas de justicia restitutiva:

7. Los procesos restitutivos deben utilizarse únicamente cuando hay pruebas suficientes para inculpar al delincuente, y con el

<sup>36</sup> En extenso A. Mera González-Ballesteros, “Justicia restaurativa...”, pp. 179 y sig.

<sup>37</sup> J. Braithwaite, “The fundamentals...”, cit., pp. 36 y sig.

<sup>38</sup> Es la actual crítica que se puede formular a la mediación penal en España, que poco a poco ha ido sumando experiencias, máxime con la vigencia, desde 2015, de la Ley del Estatuto de la Víctima del Delito. Vide Martín Diz, Fernando. “Mediación en la administración de justicia: balance actual y perspectivas de futuro”. En Martín Diz, F. (Dir.) *Mediación en la Administración de Justicia. Implantación y desarrollo*. Santiago de Compostela, Edit. Andavira, 2017, pp. 90 y sig.

<sup>39</sup> En el ámbito europeo, es preciso tener en cuenta la Directiva 2012/29/UE de noviembre, que establece normas sobre derechos, apoyo y protección de las víctimas de delito.

consentimiento libre y voluntario de la víctima y el delincuente. La víctima y el delincuente podrán retirar ese consentimiento en cualquier momento del proceso. Se llegará a los acuerdos de forma voluntaria y sólo contendrán obligaciones razonables y proporcionadas.

8. La víctima y el delincuente normalmente deben estar de acuerdo sobre los hechos fundamentales de un asunto como base para su participación en un proceso restitutivo. La participación del delincuente no se utilizará como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos judiciales ulteriores.

9. Las diferencias conducentes a una desigualdad de posiciones, así como las diferencias culturales entre las partes, se deben tener en cuenta al someter un caso a un proceso restitutivo y al llevar a cabo ese proceso.

10. La seguridad de las partes debe ser tenida en cuenta al someter un caso a un proceso restitutivo y al llevar a cabo ese proceso.

Sin duda que quedan abiertas las puertas para que los programas de justicia restaurativa y las modalidades que asuman tomen postura sobre cuestiones muy opinables, como, por ejemplo, si la mediación penal, principal modalidad restaurativa en nuestros órdenes, debe ser intraprocesal o más bien deba tenderse hacia su independización del proceso penal<sup>40</sup>; o cuál es el ámbito de aplicación que haya de darse a los programas de justicia restaurativa (mediación penal para adultos, modalidades restaurativas en delitos que afecten bienes jurídicos extra patrimoniales); o si los programas de justicia restaurativa son o no compatibles con situaciones de postconflicto y justicia transicional<sup>41</sup>; o bien si es posible implementar, con éxito, modalidades restaurativas en

---

<sup>40</sup> F. Martín Diz, *ibídem*.

<sup>41</sup> Uprimny, Rodrigo; Saffon, M<sup>a</sup> Paula. “Justicia transicional y justicia restaurativa. Tensiones y complementariedades”. En Rettberg, Angelika (Comp.) *Entre el Perdón y el Paredón: Preguntas y Dilemas de la Justicia Transicional*. Bogotá, Ediciones Uniandes, 2005, pp. 220 y sig.; Sampedro Arrubla, Julio. “La “cultura del encuentro” en el proceso penal: un instrumento de justicia restaurativa para la construcción de la paz”. En *Actas del XXVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Cartagena de Indias, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2017, pp. 389 – 404.

la etapa de ejecución de la sentencia condenatoria, como demuestran positivamente algunas experiencias<sup>42</sup>. Sin duda, para el desarrollo de estos y otros tópicos de los programas de justicia restaurativa, se requiere, además, de relevantes cambios sociales<sup>43</sup>.

## SÍNTESIS CONCLUSIVA

El reconocimiento del derecho de la víctima a ser reparada de los daños sufridos por el delito es una exigencia insoslayable para los modelos de justicia penal, que deben permitir una activa participación de la víctima en la búsqueda y concreción de los resultados restaurativos.

No resulta adecuado potenciar los poderes de participación de la víctima reconociéndole el derecho de ejercer autónomamente la acción penal pública como acusador privado independiente del órgano oficial, puesto que, por un lado, se desestabilizan en perjuicio del acusado los equilibrios que el proceso penal debe mantener y, por otro, se refuerza el carácter retributivo del modelo que poco resultado ha demostrado en materia de prevención del delito, amén que significa reconocer en su favor una suerte de derecho a castigo o titularidad sobre el *ius puniendi*.

Sin embargo, los modelos que reconocen el derecho de la víctima a ser reparada no pueden conformarse con establecer instituciones indirectamente reparatorias, como el principio de oportunidad, las conformidades, la suspensión del proceso a prueba o la conciliación, puesto que ellas persiguen directamente el fin de descomprimir el sistema y tienen efectos limitados. Los programas de justicia restaurativa, en cambio, aprovechando la riqueza de las prácticas restaurativas de cada comunidad, deben permitir que la víctima intervenga en una posición de libertad y activamente en las modalidades restaurativas que la ley reconozca (mediación penal, conferencias, círculos, etc.), permitiéndole que, juntamente con el ofensor y en un espacio dialógico y de respeto, participe en la búsqueda del resultado restaurativo.

---

<sup>42</sup> Lummer, R.; Hagemann, O.; Reis, S. *Restorative Justice pt Post- Sentencing Level in Europe*. Schleswig-Holstein Association for Social Responsibility in Criminal Justice; Victim and Offender Treatment, 2015, con informe de los proyectos piloto, entre otros, en Croacia y Portugal.

<sup>43</sup> J. Braithwaite, "The fundamentals...", cit., p. 41.

## BIBLIOGRAFÍA

BARONA VILAR, Silva. *Nociones y Principios de las ADR (Solución Extrajudicial de Conflictos)*. Valencia, Tirant lo Banch, 2018.

BARONA VILAR, Silva. “Mediación *post sententiam* en delitos de terrorismo. De la *restorative justice* a la *reconstructive justice* (Especial referencia a los encuentros entre víctimas y condenados ex miembros de la banda terrorista ETA)”. En Jimeno Bulnes, M.; Pérez Gil, J. (Coord.) *Nuevos Horizontes del Derecho Procesal. Libro-Homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva*. Bosch Editor, 2016, pp. 477 – 491.

BARONA VILAR, Silva. *Mediación Penal. Fundamento, Fines y Régimen Jurídico*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

BERTOLINO, Pedro. “La situación de la víctima del delito en el proceso penal de la Argentina”. En VV.AA. *La Víctima en el Proceso Penal*. Buenos Aires, Edit. Depalma, 1997, pp 3 – 68.

BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. “La acción penal y la víctima en el Derecho chileno”. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVII, 2º Semestre de 2011, pp. 513 – 545.

BRAITHWAITE, John. “The fundamentals of restorative justice”. En JOWITT, A.; NEWTON, T. *A Kind of Meaning. Restorative Justice in the Pacific Islands*. ANU Press, 2010, pp. 35 – 43.

CASTILLEJO MANZANARES, Raquel. “ADR y justicia restaurativa. La mediación”. En ROCA MARTÍNEZ, J. (Dir.) *El Proceso Penal en Ebullición*. Barcelona, Edit. Atelier, 2017, pp. 113 – 129.

GONZÁLEZ CANO, Isabel. *La Mediación Penal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

HERNÁNDEZ GÓMEZ, Isabel. “Justicia restaurativa, mediación penal y principio de oportunidad”. En ROCA MARTÍNEZ, J. (Dir.) *El Acceso a la Justicia*. Asociación de Profesores de Derecho Procesal “Proceso y Garantías”. Valencia. Tirant lo Blanch, 2018, pp. 229 – 275.

HORVITZ LENNON, M.; LÓPEZ MASLE, J. *Derecho Procesal Penal Chileno*. Tomo I. Santiago de Chile, Editorial Jurídica, año 2002, p. 336.

ILLUMINATI, Giulio. “El Sistema Acusatorio en Italia”. En BACHMAIER WINTER, Lorena (Coord.) *Proceso Penal y Sistemas Acusatorios* (Trad. L. Bachmaier). Madrid, Marcial Pons, 2008.

JIMENO BULNES, M<sup>a</sup> Mar. “¿Mediación penal y/o justicia restaurativa? Una perspectiva europea y española”. En *Diario La Ley* N° 8624 / 2015.

MAIER, Julio B.J. “La víctima y el sistema penal”. En *Jueces para la Democracia*, N° 12, 1/1991, pp. 31 – 52.

MAIER, Julio B.J. “Mecanismos de simplificación del procedimiento penal”. En MASSA, M.; SCHIPANI, S. *Un «Codice Tipo» di Procedura Penale per L'America Latina*. Padova, CEDAM, 1994, pp. 251-270.

LETELIER LOYOLA, Enrique. “¿Crisis de identidad del juicio penal?”. En *Revista Direito GV*. Vol. 14 N° 1, ene – abr, 2018, pp. 192 – 221.

LUMMER, R.; HAGEMANN, O.; REIS, S. *Restorative Justice pt Post- Sentencing Level in Europe*. Schleswig-Holstein Association for Social Responsibility in Criminal Justice; Victim and Offender Treatment, 2015.

MARTÍN DIZ, Fernando. “Mediación en la administración de justicia: balance actual y perspectivas de futuro”. En MARTÍN DIZ, F. (Dir.) *Mediación en la Administración de Justicia. Implantación y desarrollo*. Santiago de Compostela, Edit. Andavira, 2017, pp. 65 – 113.

MARTÍNEZ SÁNCHEZ, M<sup>a</sup> Cristina. “La justicia restaurativa y un modelo integrador de justicia penal”. En *Revista de Derecho UNED*, N° 16, 2015, pp. 1237 – 1263.

MERA GONZÁLEZ-BALLESTEROS, Alejandra. “Justicia restaurativa y proceso penal garantías procesales: límites y posibilidades”. En *Revista Ius et Praxis*, año 15, N° 2, pp. 185 – 195.

NIEVA FENOLL, Jordi. *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, Edit. B de F, 2002.

PAULESU, Pier Paolo. “Vittima del reato e processo penale”. En *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXXIII (2<sup>a</sup>), N° 2, mar – apr, 2018, pp. 388 – 403.

ROACH, Kent. “Four models of the ciminal process”. En *The Journal of Criminal Law & Criminology*, Vol. 89, N° 2, 1999, pp. 671 – 716.

ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal* (Trad. G. Córdoba y D. Pastor). Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000.

ROXIN, Claus. *La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

SAMPEDRO ARRUBLA, Julio. “La ‘cultura del encuentro’ en el proceso penal: un instrumento de justicia restaurativa para la construcción de la paz”. En *Actas del XXVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Cartagena de Indias, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2017.

STANG, Heather. “Experiments in restorative justice”. En DRAHOS, Peter (Ed.) *Regulatory Theory. Foundations and Applications*. ANU Press, 2017, pp. 483 – 498.

SPANGHER, Giorgio. “Meccanismi di semplificazione del procedimento”. En MASSA, M.; SCHIPANI, S. *Un «Codice Tipo» di Procedura Penale per L'America Latina*. Padova, CEDAM, 1994, pp. 289 – 303.

UPRIMNY, Rodrigo; SAFFON, M<sup>a</sup> Paula. “Justicia transicional y justicia restaurativa. Tensiones y complementariedades”. En RETTBERG, Angelika (Comp.) *Entre el Perdón y el Paredón: Preguntas y Dilemas de la Justicia Transicional*. Bogotá, Ediciones Uniandes, 2005, pp. 211 – 232.

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

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

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

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

### COMO CITAR ESTE EDITORIAL:

LETELIER LOYOLA, Enrique. Editorial del Dossier “Medios alternativos, consensos y la participación de la víctima en el proceso penal”: Participación de la víctima en la solución del conflicto penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 13-32, jan./abr. 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.224>



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

# Presente y futuro de la mediación penal en el ordenamiento español: ¿cabe más incertidumbre?

*Present and future of criminal mediation in Spanish law: is a higher degree of uncertainty even possible?*

**José Francisco Etxeberria Guridi<sup>1</sup>**

Universidad del País Vasco/España

Patxi.etxeberria@ehu.eus

 <https://orcid.org/0000-0002-7592-5142>

---

**RESUMEN:** El objetivo del presente trabajo consiste en poner en cuestión los problemas que plantea la implementación de la mediación en el proceso penal. Las bondades de la mediación y de la justicia reparadora son incuestionables. Sin embargo, el ordenamiento jurídico español no se ha dotado de la suficiente cobertura legal para responder a cuestiones tales como qué asuntos son derivables a mediación, a quién corresponde adoptar la decisión, en qué fase o fases del proceso resulta procedente o cómo se integran en el proceso los resultados obtenidos a través de dicho mecanismo. Esta situación de incertidumbre jurídica resulta inexplicable considerando que ya se ha transpuesto la Directiva 2012/29/UE sobre tutela de las víctimas (Ley 4/2015) y que se han hecho públicas dos propuestas de reforma integral del proceso penal español en las que se abordaban tales cuestiones.

**PALABRAS-CLAVE:** mediación penal; proceso penal; principio de oportunidad; conformidad; libertad condicional.

**ABSTRACT:** *The main aim of this paper is to analyze the procedural issues that arise in the implementation of the criminal mediation. The benefits of criminal mediation and restorative justice are unquestionable. Nevertheless, in the Spanish*

---

<sup>1</sup> Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad del País Vasco-España. Trabajo desarrollado en el marco del Proyecto PROMETEO 2018/111 (“Claves de la justicia civil y penal en la sociedad del miedo: Feminización, Inteligencia Artificial, Supranacionalidad, Eficiencia y ‘Securitization’”).

*legal system there are no satisfactory statutory provisions to answer decisive questions, such as the kinds of crimes can be diverted to mediation, the competent authority to adopt this decision, the procedural phase in which the mediation should take place or the way to incorporate the results of the mediation process in the judicial proceedings. The aforementioned uncertainty whiting the Spanish legal system is difficult to understand considering that Directive 2012/29/UE on the protections of victims of crime has been transposed into the Spanish legal system (Act 4/2015) and taking into account that two comprehensive proposals to reform the Spanish criminal proceedings have been published, in which the questions above had been solved.*

**KEYWORDS:** *criminal mediation; criminal proceedings; principle of opportunity; acquiescence with accusation; conditional release.*

**SUMARIO:** 1.- Introducción: de la praxis de la mediación a su “deficiente” cobertura legal; 2.- Ámbitos objetivo y subjetivo de aplicación de la mediación penal; 3.- Competencia para resolver sobre la derivación del asunto a mediación; 4.- Incidencia del reconocimiento de los hechos por el infractor en la presunción de inocencia; 5.- ¿En qué fases del proceso puede derivarse el asunto a mediación?; 5.1.- Cuestión previa: la incorporación del principio de oportunidad en el proceso penal español; 5.2.- La mediación en la fase de instrucción; 5.3.- La mediación en la fase de enjuiciamiento; 5.4.- La mediación en la fase de ejecución; 6.- Conclusiones; 7.- Bibliografía.

---

## **1.- INTRODUCCIÓN: DE LA PRAXIS EN MEDIACIÓN PENAL A SU “DEFICIENTE” COBERTURA LEGAL.**

En algunos países, nuestros vecinos portugueses sin ir más lejos, resulta habitual que en el caso de tener que implementar reformas legislativas, se proceda a una aplicación territorial gradual. Y en el caso de que la experiencia resulte positiva y se satisfagan las expectativas, se procede a la aplicación de aquella nueva norma en todo el territorio nacional<sup>2</sup>. Evidentemente, el punto de partida es siempre la existencia de

<sup>2</sup> A modo de ejemplo podemos citar la progresiva implementación territorial de la Ley n. 78/2001, de 13 de julio, de organización, competencia y

una norma que sirva de fundamento a dicha práctica. En España ha ocurrido algo similar con la mediación penal en adultos. Se viene aplicando con carácter experimental desde la década de los noventa en diferentes zonas del territorio español. Dependiendo ello tanto de la voluntad de los responsables políticos correspondientes, como, sobre todo, de la voluntariedad de los agentes implicados en la aplicación de la ley penal a través del proceso (jueces, fiscales, abogados...). La gran diferencia entre ambos modelos no es otra que, en el caso de la mediación en España, estas experiencias se han llevado a cabo sin la debida cobertura legal. Esto es, se ha comenzado por la praxis y después se ha procedido a la aprobación de la norma correspondiente<sup>3</sup>. Como veremos, de forma un tanto deficiente.

Ello no quiere decir que nos hallemos ante una especie de pereza o pasividad legislativa. Muy al contrario, si tuviéramos que destacar lo que caracteriza en estos últimos años, sobre todo en el marco del derecho procesal y del derecho penal, al legislador español es su hiperactividad<sup>4</sup>. Particularmente fructífero ha sido el año 2015 en el área de conocimiento del derecho procesal donde se han sucedido reformas afectantes a los diferentes órdenes jurisdiccionales, además de a la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)<sup>5</sup> A todas ellas, habría que añadir la LO 1/2015, de 30 de marzo, que modifica el Código Penal (CP) esencialmente, pero

---

funcionamiento de los Juzgados de Paz, que comienza por aplicarse el Lisboa, Oliveira do Bairro, Seixal y Vila Nova de Gaia, para posteriormente extenderse a todo el territorio.

<sup>3</sup> Como afirma ORTIZ PRADILLO, J.C., la técnica utilizada ha consistido en “legalizar” los resultados obtenidos de procedimientos de mediación penal mediante instituciones ya existentes originariamente pero no diseñadas para ello, ¿Mediación penal y violencia de género?: Voluntad del legislador, dudas del Poder Judicial y críticas de la Academia. In: MONTESINOS GARCÍA, A. (edit.), *Tratado de mediación. Tomo II. Mediación Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, pp. 198-199.

<sup>4</sup> BELLIDO PENADÉS, R. utilizaba la expresión “aluvión legislativo” para referirse a este fenómeno, cuando todavía faltaban las leyes que se enviaron al BOE en octubre de 2015, Generalización de la segunda instancia y apertura de la casación en el Proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015. *Diario La Ley*, Madrid, n.º 8618, 2015, p. 2.

<sup>5</sup> LO 5/2015, de 27 de abril, de modificación de la LECrim y de la LOPJ; Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria; LO 7/2015, de 21 de julio, de modificación de la LOPJ; Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la LEC; LO 13/2015 y Ley 41/2015, ambas de 5 de octubre, de reforma de la LECrim.

que también incide en aspectos sustanciales del ordenamiento procesal y particularmente, en lo que ahora nos interesa, en la incorporación novedosa del principio de oportunidad, principio llamado a jugar un papel protagonista en la incorporación de la mediación penal en el proceso<sup>6</sup>.

El proceso de integración en el seno de la Unión Europea (UE) es causante en una medida considerable de algunas de las reformas mencionadas, pues tienen su origen en iniciativas legislativas adoptadas en el seno de la Unión Europea (UE) que debían de ser traspuestas a nuestro ordenamiento jurídico<sup>7</sup>. Pero fundamentalmente nos referiremos a la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, que también es fruto de la transposición de la Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. La citada Ley 4/2015 incorpora una referencia genérica a la existencia de servicios de justicia restaurativa “en

---

<sup>6</sup> La novedad se refiere a la incorporación de dicho principio al proceso penal de adultos, pues en lo que concierne al proceso penal de menores, la LO 5/2000, de 12 de enero, ya prevé la posibilidad de que el Ministerio Fiscal desista de la incoación del expediente en determinadas circunstancias (art. 18) o de que el mismo desista de la continuación del expediente por haberse producido la conciliación o reparación entre el menor y la víctima, y consecuentemente solicite el sobreseimiento y archivo de las actuaciones (art. 19). Cuando hablamos del protagonismo del principio de oportunidad, nos referimos a la dimensión procesal de la mediación penal o de la justicia restaurativa. No tanto a la mediación, sino al modo en que se articula en el proceso.

<sup>7</sup> La Ley 42/2015, de 5 de octubre, y las LL.OO. 5/2015, de 27 de abril, y 13/2015, de 5 de octubre, se aprueban con motivo de la transposición a nuestro ordenamiento de las Directivas: 2010/64/UE, de 20 de octubre, relativa al derecho a la interpretación y traducción en los procesos penales; Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo, relativa al derecho a la información en los procesos penales; y Directiva 2013/48/UE, de 22 de octubre, sobre el derecho a la asistencia de letrado. La Ley 16/2015, de 7 de julio, por la que se regula el estatuto del miembro nacional de España en Eurojust, los conflictos de jurisdicción, las redes judiciales de cooperación internacional y el personal dependiente del Ministerio de Justicia en el Exterior, incorpora al derecho español la Decisión Marco 2009/948/JAI del Consejo, de 30 de noviembre, sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales, y se adapta el ordenamiento jurídico a la Decisión 2009/426/JAI, de 16 de diciembre, por la que se refuerza Eurojust y se modifica la Decisión 2002/187/JAI, por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia, y a la Decisión 2008/976/JAI, del Consejo, de 16 de diciembre, sobre la Red Judicial Europea.

términos que reglamentariamente se determinen”<sup>8</sup> y también una aislada referencia a que en el marco de esa justicia restaurativa se desarrolle un procedimiento de mediación siempre que no entrañe riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la misma<sup>9</sup>.

Pudiera pensarse *a priori* que nos hallamos ante un avance remarcable en lo que concierne al estado de la cuestión –normativa- en materia de mediación penal. Nada más lejos de la realidad. A poco que nos fijemos en los antecedentes que han precedido a la aprobación de la Ley 4/2015, podríamos aventurar con anterioridad a la misma que existían ya los mimbres suficientes (en cantidad y calidad) para construir un cesto lo bastante consistente como para que no se escapase de entre sus rendijas lo valioso que pudiéramos incorporar en su interior. El resultado es, sin embargo, frustrante<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> RD 1109/2015, de 11 de diciembre, de desarrollo de la mencionada Ley 16/2015 y de regulación de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas del delito.

<sup>9</sup> *Artículo 15 Servicios de justicia restaurativa*: 1. Las víctimas podrán acceder a servicios de justicia restaurativa, en los términos que reglamentariamente se determinen, con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito, cuando se cumplan los siguientes requisitos: a) el infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad; b) la víctima haya prestado su consentimiento, después de haber recibido información exhaustiva e imparcial sobre su contenido, sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento; c) el infractor haya prestado su consentimiento; d) el procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima; y e) no esté prohibida por la ley para el delito cometido. 2. Los debates desarrollados dentro del procedimiento de mediación serán confidenciales y no podrán ser difundidos sin el consentimiento de ambas partes. Los mediadores y otros profesionales que participen en el procedimiento de mediación, estarán sujetos a secreto profesional con relación a los hechos y manifestaciones de que hubieran tenido conocimiento en el ejercicio de su función.

<sup>10</sup> MONTESINOS GARCÍA, A. entiende que, no sólo el proceso legislativo estaría inconcluso, sino que la insuficiencia del sustento legal necesario explicaría el escepticismo de gran parte de los jueces y fiscales españoles hacia la mediación penal, Una breve aproximación a la justicia restaurativa. In: MONTESINOS GARCÍA, A. (edit.). *Tratado de mediación...*, cit., pp. 45 y 51.

Remontándonos unos “pocos” años en el tiempo, podemos traer a colación la Decisión Marco (DM) 2001/220/JAI, de 15 marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, que disponía en su art. 10, titulado precisamente “Mediación penal en el marco del proceso penal”, que “1. Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida” y “2. Los Estados miembros velarán por que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación en las causas penales”<sup>11</sup>.

Huelga cualquier comentario si constatamos que aquella DM debía de haber sido transpuesta al ordenamiento interno de los Estados miembros “a más tardar” el 22 de marzo de 2006 (art. 17). No se hizo así<sup>12</sup>, pero tampoco cayó el asunto en el saco del olvido, al menos para el legislador europeo, pues con posterioridad se aprobó por las instituciones europeas la Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos (y que sustituye a la DM 2001/220/JAI)<sup>13</sup>. En la misma se contienen referencias a la justicia reparadora, concepto más amplio que el de mediación penal, ya que esta última se concibe como

<sup>11</sup> Esta DM configuraba la mediación como un mecanismo de ayuda a las víctimas. En su considerando (7) se afirmaba que “Las medidas de ayuda a las víctimas de delitos, y en particular las disposiciones en materia de indemnización y de mediación, no afectan a las soluciones que son propias del proceso civil”.

<sup>12</sup> VIDAL FERNÁNDEZ, B. indicaba acerca del grado de cumplimiento de la DM por la legislación española, que, en su conjunto, el ordenamiento español estaba adaptado en un alto nivel a las exigencias de dicha DM, pero el aspecto de la mediación estaba “rotundamente suspendido por España”, El estatuto de la víctima en el proceso penal en la Unión Europea. In: DE HOYOS SANCHEZ, M. (coord.). *El proceso penal en la Unión Europea: garantías esenciales*. Valladolid: Lex Nova, 2008, pp. 225-226.

<sup>13</sup> Acerca de las razones de la sustitución de la DM 2001/220/JAI por la Directiva 2012/29/UE, apunta VILLEGAS DELGADO, C. a la ineficacia de las Decisiones Marco como instrumento de armonización en esta materia y los beneficios derivados de su sustitución por las Directivas tras el Tratado de Lisboa: La ineficacia de la Decisión Marco 2001/220/JAI y la evolución de los instrumentos normativos para la cooperación policial y judicial en materia penal dentro del Tratado de Lisboa. In: ARMENTA DEU, T.; OROMÍ VALL-LLOVERA, S. (coords.). *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa-América*. Madrid: Colex, 2010, pp. 277-283.

un instrumento o mecanismo para alcanzar, en su caso, los objetivos de la justicia reparadora<sup>14</sup>.

En el capítulo de definiciones de la Directiva 2012/29/UE se define la “justicia reparadora” como “cualquier proceso que permita a la víctima y al infractor participar activamente, si dan su consentimiento libremente para ello, en la solución de los problemas resultantes de la infracción penal con la ayuda de un tercero imparcial” (art. 2.1.d). Junto al capítulo de definiciones, el art. 12 de dicha Directiva recoge bajo el encabezamiento de “Derecho a garantías en el contexto de los servicios de justicia reparadora” una serie de condiciones o requisitos para que tengan cabida tales servicios<sup>15</sup>.

A todo ello habría que añadir, entre medio, que se han presentado dos propuestas de reforma integral de nuestra más que centenaria LECrim.,

---

<sup>14</sup> En concreto, la referencia a la mediación no aparece en el articulado de la Directiva, sino sólo en su considerando (46) que afirma que “los servicios de justicia reparadora, incluidos, por ejemplo, la mediación entre víctima e infractor, las conferencias de grupo familiar y los círculos de sentencia, pueden ser de gran ayuda para la víctima, pero requieren garantías para evitar toda victimización secundaria y reiterada, la intimidación y las represalias. Por tanto, estos servicios deben fijarse como prioridad satisfacer los intereses y necesidades de la víctima, reparar el perjuicio que se le haya ocasionado e impedir cualquier otro perjuicio adicional”.

<sup>15</sup> “1. Los Estados miembros adoptarán medidas para proteger a la víctima contra la victimización secundaria o reiterada, la intimidación o las represalias, medidas que se aplicarán cuando se faciliten servicios de justicia reparadora. Estas medidas garantizarán que aquellas víctimas que opten por participar en procesos de justicia reparadora tengan acceso a servicios de justicia reparadora seguros y competentes, siempre que se cumplan, como mínimo, las condiciones siguientes: a) que se recurra a los servicios de justicia reparadora si redundan en interés de la víctima, atendiendo a consideraciones de seguridad, y se basan en el consentimiento libre e informado de la víctima; el cual podrá retirarse en cualquier momento; b) antes de que acepte participar en el proceso de justicia reparadora, se ofrecerá a la víctima información exhaustiva e imparcial sobre el mismo y sus posibles resultados, así como sobre los procedimientos para supervisar la aplicación de todo acuerdo; c) el infractor tendrá que haber reconocido los elementos fácticos básicos del caso; d) todo acuerdo deberá ser alcanzado de forma voluntaria y podrá ser tenido en cuenta en cualquier otro proceso penal; e) los debates en los procesos de justicia reparadora que no se desarrollen en público serán confidenciales y no se difundirán posteriormente, salvo con el acuerdo de las partes o si así lo exige el Derecho nacional por razones de interés público superior”.

cada una con origen en un gobierno de distinto color ideológico, en las que existían referencias expresas y más o menos precisas acerca de la mediación<sup>16</sup>. Y por si todo ello fuera poco, existen desde hace más de dos décadas, como se ha señalado, experiencias y experimentos piloto sobre mediación penal en determinados juzgados y tribunales<sup>17</sup>. No procede, pues, excusarse en la premura de una actuación legislativa urgente o en la conveniencia de ser prudentes en la incorporación de instituciones absolutamente insólitas.

Por todo ello, resulta un tanto decepcionante que el legislador con los antecedentes que contaba, tanto experimentales como prelegislativos, con la ingente cantidad de estudios doctrinales, tanto teóricos, como también empíricos, con los que disponía, se haya limitado en definitiva a trasladar al ordenamiento español, sin prácticamente ningún añadido, lo recogido en el art. 12 de la Directiva 2012/29/UE. Salvedad hecha de

---

<sup>16</sup> Vid. acerca de las propuestas que sobre la mediación penal se recogen en las iniciativas de reforma procesal: GONZÁLEZ CANO, M.I. La mediación en el Proceso Penal. Perspectiva de futuro de la justicia restaurativa en el borrador de Código Procesal Penal de 2012. In: MORENO CATENA, V., (dir.). *Reflexiones sobre el nuevo Proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pp. 687-714; CASTILLEJO MANZANARES, R. El procedimiento de Mediación en el marco del proceso penal. In: MORENO CATENA, V., (dir.). *Reflexiones sobre el nuevo Proceso penal*, cit., pp. 715-750; ETXEBERRIA GURIDI, J. F. La mediación penal en las proyectadas reformas integrales del proceso penal español. *Revista Vasca de Administración Pública*, Oñati, n. 99-100, 2014, pp. 1265-1287.

<sup>17</sup> Experiencias auspiciadas con impulso institucional, esto es, con el patrocinio del CGPJ (Servicio de Planificación) y con la participación activa de asociaciones de mediación y, a título personal, de profesionales de la Magistratura, Fiscalía y Abogacía. Distintas publicaciones se hacen eco de estas experiencias que gozan de respaldo institucional (CGPJ): Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación. *Estudios de Derecho Judicial*, Madrid, n. 111, 2006, y el número monográfico La mediación civil y penal. Un año de experiencia. *Estudios de Derecho Judicial*, n. 136, 2007. Estas experiencias piloto se desarrollaron en el Juzgado de lo Penal n. 20 de Madrid, en el Juzgado de Instrucción n.º 3 de Pamplona, en el Juzgado de Instrucción n.º 32 de Madrid, en el Juzgado de lo Penal n.º 4 de Madrid, en el Juzgado de Instrucción n.º 13 de Sevilla, etc. y en los centros penitenciarios de Madrid III, Málaga, Nanclares, Pamplona, Zuera y Granada. Sin embargo, a estas experiencias respaldadas institucionalmente les precedieron otras en el tiempo, como las desarrolladas en Valencia durante los años 1991-1996. Vid. VARONA MARTÍNEZ, G. *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*. Granada: Comares, 2002, pp. 268-270.

la posibilidad –incorporada por el CP tras la reforma por la LO 1/2015- de condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación (art. 84.1.1ª CP) o de la posibilidad de sobreseer la causa conforme a criterios de oportunidad, que si bien no está vinculada expresamente a la mediación supone un punto de partida de indudable trascendencia<sup>18</sup>. Los diminutos avances que se van produciendo en la materia no compensan la enorme incertidumbre que se cierne sobre aspectos múltiples vinculados a la aplicación práctica de la mediación penal en España<sup>19</sup>. Sin olvidar los inconvenientes derivados de la igualdad en la aplicación de la ley<sup>20</sup>.

En las líneas que siguen nos centraremos en el análisis de las cuestiones, básicamente de índole procesal, que las recientes incorporaciones legales en materia de mediación no han conseguido aclarar y que estimamos de necesario abordaje. Por ejemplo, ¿cuál es el ámbito de aplicación de la mediación penal? Esta cuestión comprende, a su vez, una amplia relación de interrogantes: ¿en qué tipo de delitos procede?, ¿en qué circunstancias o bajo qué condiciones? No menos importante es determinar ¿a quién

---

<sup>18</sup> También sobre este último aserto: ARMENGOT VILAPLANA, A. Mediación penal y proceso judicial. In: MONTESINOS GARCÍA, A. (edit.). *Tratado de mediación...*, cit., p. 99. En Francia, por poner un ejemplo, la regulación de la mediación penal no tiene lugar hasta la Ley n. 93-2, de 4 de enero de 1993. Sin embargo, con anterioridad a la misma se desarrollaron múltiples experiencias mediadoras con el sólo fundamento del reconocimiento expreso del principio de oportunidad en el *Code de Procédure Pénale*, vid. al respecto ETXEBERRIA GURIDI, J.F. El modelo francés de mediación penal. In: BARONA VILAR, S. (dir.). *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, pp. 181-234.

<sup>19</sup> MONTESINOS GARCÍA, A. Una breve aproximación..., cit., p. 45.

<sup>20</sup> Volviendo nuevamente al ejemplo francés, la ausencia de regulación generó modalidades de mediación distintas y de manera no uniforme en el territorio vecino. De ahí la reivindicación de regulación expresa desde la perspectiva del indicado principio. Vid. FAGET, Jacques. Le cadre juridique et éthique de la médiation pénale. In : CARIO, Robert (dir.). *La médiation pénale. Entre répression et réparation*. Paris: L'Harmattan, 1997, pp. 37-38; CARIO, Robert. *Justice restaurative. Principes et promesses*. Paris : L'Harmattan, 2005, p. 98; LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne. La médiation pénale comme mode de réponse à la petite délinquance: état des lieux et perspectives. *rev.science crim.*, n. 3, 1994, p. 529; BLANC, Gérard. La médiation pénale (Commentaire de l'article 6 de la Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale). *La Semaine Juridique*, n. 18, 1994, p. 212.

le corresponde adoptar la decisión de derivar el asunto a mediación? La respuesta a la anterior cuestión condiciona o se encuentra vinculada a otra igualmente trascendental, a saber, ¿en qué fase del proceso puede tener lugar esa derivación? Esta última cuestión nos conduce, por último, a otra interrogante no exenta de dificultades, esto es, la relativa al modo en que se traduce procesalmente el acuerdo de mediación (sobresimiento, sentencia condenatoria atenuada, suspensión de la ejecución,...), etc<sup>21</sup>. A buen seguro, de contar con estas mínimas precisiones, no serían necesarias orientaciones o guías dirigidas a los operadores jurídicos con el objeto de aclarar las lagunas hoy existentes<sup>22</sup>. El reciente Proyecto de Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativo a la justicia restaurativa en asuntos penales, de 12 de octubre de 2017, abunda en la necesidad de regulación normativa en el supuesto de que se opte por un modelo de justicia restaurativa intraprocesal.

## 2.- ÁMBITOS OBJETIVO Y SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA MEDIACIÓN PENAL.

La decisión de qué asuntos son susceptibles de derivar a mediación, tanto desde el punto de vista objetivo –infracciones- como subjetivo –condiciones de la víctima o del victimario- es de las cuestiones más discutidas y que encuentra opiniones dispares en la doctrina<sup>23</sup>. Una de las primeras interrogantes que suscita la incorporación al proceso penal del instrumento de mediación gira en torno a su ámbito de aplicación: ¿en qué supuestos resulta procedente?, ¿bajo qué condiciones? La Directiva

<sup>21</sup> ARMENTA DEU, T. Justicia restaurativa, mediación penal y víctima: vinculación europea y análisis crítico. *Revista General de Derecho Europeo*, Madrid, n. 44, 2018, p. 208. Hacemos igualmente nuestras las objeciones de GONZÁLEZ CANO, M.I. en el sentido de que las escasas previsiones legales no son suficientes para poder afirmar que los sistemas restaurativos están integrados en el proceso penal; se precisan unas normas procesales mínimas, *La mediación penal. Hacia un modelo de ADR integrado en el sistema procesal penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pp. 121-122.

<sup>22</sup> Por ejemplo, la *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*, que ha hecho pública el CGPJ en noviembre de 2016. En <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/>.

<sup>23</sup> MONTESINOS GARCÍA, A. Una breve aproximación..., cit., p. 49.

2012/29/UE ya se mostraba partidaria de que los Estados miembros facilitasen la derivación de casos a los servicios de justicia reparadora<sup>24</sup>, pero subordinando tal posibilidad a que resulte procedente, para lo cual, los Estados miembros deberían concretar “procedimientos u orientaciones sobre las condiciones de tal derivación” (art. 12.2)<sup>25</sup>.

La Ley 4/2015 no contiene al respecto pronunciamiento alguno en sentido positivo (cuándo resulta procedente), sino que se limita a consagrar un criterio excluyente (cuándo no resulta procedente). Por un lado, se condiciona a que el procedimiento de mediación “no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima” (art. 15.1.d) y, por otro, a que “no esté prohibida por la ley para el delito cometido” (art. 15.1.e). Estas pocas referencias en términos excluyentes permiten sostener que el legislador no ha pretendido limitar el recurso a la mediación sólo en determinadas categorías de infracciones penales (por su gravedad o por el bien jurídico afectado). La única salvedad vendría determinada por una prohibición legal expresa. En la actualidad, el único supuesto de prohibición legal sería el existente en el ámbito de la violencia de género<sup>26</sup>. Se ha discutido con profusión acerca de si el legislador se refería con la prohibición a una institución no regulada en

---

<sup>24</sup> Con idéntica amplitud se pronuncia el Proyecto de Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativo a la justicia restaurativa en asuntos penales, de 12 de octubre de 2017, al recomendar que la justicia restaurativa constituya un servicio accesible de forma general, sin que la modalidad delictiva, su gravedad o su ubicación geográfica constituyan, por sí mismas, impedimento para su ofrecimiento a la víctima y al victimario.

<sup>25</sup> Aunque el considerando (46) sí hace referencia a determinados factores que han de ser evaluados previamente a la derivación del asunto: naturaleza y gravedad del delito; el grado de daño causado; la violación repetida de la integridad física, sexual o psicológica de la víctima; los desequilibrios de poder; y la edad, madurez o capacidad intelectual de la víctima que pudieran limitar o reducir su capacidad para elegir con conocimiento de causa o inferirle un perjuicio. ARMENTA DEU critica que las mencionadas circunstancias operan como obstáculos contra la esencia de la mediación: Justicia restaurativa, mediación penal..., cit., p. 221.

<sup>26</sup> El art. 44.5 de la LO 1/2004 adiciona un nuevo precepto a la LOPJ y al regular las competencias de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, concluye que “En todos estos casos está vedada la mediación” (art. 87 *ter* 5).

ese momento (mediación penal)<sup>27</sup>; en cualquier caso, resulta innegable que por las particularidades de la posición víctima-victimario, no se dieran las mejores condiciones para mediar. Sin embargo, esta prohibición está siendo objeto de no pocos reproches en la medida en que consagra una presunción legal de desigualdad de la mujer sin dar opción alguna a la mediación y prescindiendo absolutamente de la propia víctima para ello<sup>28</sup>. Compartiéndolos, estimamos que hay que aplicar, también en estos casos, los criterios generales existentes en mediación, esto es, que exista una verdadera igualdad en la posición de los implicados y que exista una voluntad libre de participar en tal procedimiento. En opinión de algunos autores, las objeciones podrían obedecer a una confusión entre, por un lado, las consecuencias de los acuerdos reparatorios fruto de la Justicia restaurativa (rebajas punitivas, suspensión condicional, agilización del proceso...) y, por otro lado, los verdaderos objetivos de aquellos mecanismos<sup>29</sup>. Dándose, por lo tanto, una serie de premisas básicas y lógicas,

<sup>27</sup> GONZÁLEZ CANO, M.I. entiende factible que el legislador estuviera pensando exclusivamente en la mediación civil. *La mediación penal...*, cit., p. 94.

<sup>28</sup> Vid. MARTÍNEZ GARCÍA, E. El proceso penal, mediación y violencia de género: ¿Hay un nuevo modelo de Justicia penal?. In: ETXEBERRIA GURIDI, J.F. (dir.). *Estudios sobre el significado e impacto de la mediación: ¿Una respuesta innovadora en los diferentes ámbitos jurídicos?*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2012, pp. 391-413; la misma autora se refiere en otro trabajo a la existencia de otros modelos alternativos de mediación que están resultando positivos en otros países en los supuestos de violencia doméstica y de género, Mediación penal en los procesos por violencia de género: análisis comparado de modelos existentes. In: MONTESINOS GARCÍA, A. (edit.). *Tratado de mediación...*, cit., p. 237; CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, A. La mediación penal en Portugal. ¿Un modelo a seguir en España?. In: ARMENTA DEU, T.; OROMÍ VALL-LLOVERA, S. (coords.). *La víctima menor de edad...*, cit., p. 415. ALONSO SALGADO, C.; TORRADO TARRÍO, C. Violencia de género, justicia restaurativa y mediación: ¿una combinación posible?. In: CASTILLEJO MANZANARES, R., (dir.). *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*. Madrid: La Ley, 2011, pp. 602-606; GONZÁLEZ CANO, M.I. *La mediación penal...*, cit., pp. 94-98. Esta última autora cita otros supuestos que pueden resultar inapropiados para la mediación por el escenario de desigualdad en que pueden encontrarse víctima y victimario (atentado, resistencia, delitos contra funcionarios públicos, delitos contra los trabajadores), pero sin desecharlos de inicio, *ibidem*, p. 99.

<sup>29</sup> ORTIZ PRADILLO, J.C. ¿Mediación penal y violencia de género?... cit., p. 221.

no resulta procedente excluir de plano la mediación en estos supuestos<sup>30</sup> o en otros que pueden parecer a primera vista como problemáticos<sup>31</sup>.

Sin olvidar, en otro orden de cosas, que, si bien se ha presentado a la víctima de violencia de género como paradigma de víctima especialmente vulnerable<sup>32</sup>, existen otras muchas manifestaciones de víctimas en situación de particular vulnerabilidad<sup>33</sup> respecto de las cuales puede cuestionarse la adecuación o conveniencia de aplicar mecanismos de mediación penal<sup>34</sup>. Indudablemente se ha de proceder en estos casos con

---

<sup>30</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, E., destaca entre otras que no se trate de violencia grave o habitual, que no concurra la reincidencia, que no se tramiten mediante el procedimiento previsto para los juicios rápidos, etc. Mediación penal en los procesos por violencia de género..., cit., pp. 243-244. En cualquier caso, ha entendido el Tribunal de Justicia de la UE que los Estados miembros tienen cierto margen a la hora de excluir de la mediación por su tipología ciertas infracciones cometidas en el ámbito familiar, tal y como preveía el art. 10 de la DM 2001/220/JAI (sentencia de 15 de septiembre de 2011, asuntos C 483/09 y 1/10).

<sup>31</sup> Otro ámbito particularmente sensible vinculado a la mediación sería el del terrorismo. Vid. al respecto las experiencias, tanto nacionales como internacionales, que recoge BARONA VILAR, S. en el interesante trabajo *Mediación post sententiam* en delitos de terrorismo. De la *restaurative justice* a la *reconstructive justice* (Especial referencia a los encuentros entre víctimas y condenados ex miembros de la banda terrorista ETA). In: PÉREZ GIL, J.; JIMENO BULNES, M. (coords.). *Nuevos Horizontes del Derecho Procesal*. Barcelona: J.M. Bosch, 2016, pp. 477-491. Aunque no sea partidaria de establecer limitaciones, reconoce también BELTRÁN MONTOLIU, A., que existen no pocos inconvenientes en el caso de los delitos de “cuello blanco”, Los delitos de cuello blanco y mediación penal. In: MONTESINOS GARCÍA, A. (edit.). *Tratado de mediación...*, cit., pp. 175 y ss.

<sup>32</sup> CASTILLEJO MANZANARES, R. Mediación con víctimas especialmente vulnerables. Violencia de género. In: DE HOYOS SANCHO, M. (dir.). *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 483 y ss.

<sup>33</sup> Si nos atenemos al art. 22 de la Directiva 2012/29/UE, la vulnerabilidad ha de relacionarse con la victimización secundaria o reiterada, con la intimidad o las represalias. El mismo precepto incluye dentro de esta categoría a las víctimas menores de edad y con discapacidad, y a las de terrorismo, delincuencia organizada, trata de personas, violencia de género, violencia en las relaciones personales, violencia o explotación sexual y delitos por motivo de odio.

<sup>34</sup> Nos remitimos al extraordinario trabajo de MARTÍN DIZ quien tras un concienzudo análisis del resultado de aplicar las virtudes de la mediación a esta clase de víctimas, concluye que dicho mecanismo no es recomendable, aunque no se opone de forma absoluta y tajante siempre que cuando se opte de forma excepcional,

la máxima precaución y se han de extremar las garantías que ya de por sí se exigen cuando se recurre a la mediación. Pero es igualmente cierto que, con las debidas precauciones, los textos supranacionales específicos sobre la materia no excluyen de forma absoluta la posibilidad de recurrir a la mediación. Así, el Proyecto de Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativo a la justicia restaurativa en asuntos penales, de 12 de octubre de 2017, recomienda que en los asuntos de mayor gravedad, complejidad o sensibilidad (*sensitive*) intervengan mediadores experimentados y de formación especializada; advierte asimismo que en estos casos la preparación será seguramente más detenida y requerirá un posterior seguimiento o que las partes intervinientes sean remitidas con frecuencia a otros servicios (tratamientos traumáticos o de adicciones)<sup>35</sup>.

La Guía elaborada por el CGPJ para incorporar la mediación penal intrajudicial (2016) parte igualmente con idéntica amplitud en cuanto al ámbito de aplicación de aquélla. Al respecto se propone la exclusión *ab initio* únicamente de los delitos de violencia de género (dada la expresa prohibición normativa existente), “el resto de delitos serán susceptibles de derivación (a la mediación) cuando estén especificadas las posiciones de víctima y agresor por parte del Juzgado y a ello no se oponga el Ministerio Fiscal, *independientemente del bien jurídico protegido*”<sup>36</sup>.

---

se adopten las máximas precauciones y salvaguardas tendentes a igualar la posición de inferioridad de la víctima. Mediación penal y víctimas especialmente vulnerables: problemas y dificultades. In: DE HOYOS SANCHO, M. (dir.). *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables...*, cit., pp. 503 y ss.

<sup>35</sup> La Decisión Marco 2001/220/JAI, sobre el estatuto de la víctima en el proceso penal, sin hacer expresa mención a la mediación, disponía lo siguiente en su art. 2.2: “Los Estados miembros velarán por que se brinde a las víctimas especialmente vulnerables un trato específico que responda de la mejor manera posible a su situación”. También de forma genérica, en las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad (XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, marzo de 2008) se indica que los medios alternativos de resolución de conflictos pueden mejorar las condiciones de acceso a la justicia de determinados grupos de personas en situación de vulnerabilidad (43), si bien se han de considerar las “circunstancias particulares de cada una de las personas afectadas”, y se enfatiza en la necesaria capacitación del mediador (44), en la debida información previa de la persona vulnerable (46) y en la asistencia de otros profesionales (47).

<sup>36</sup> Se añade que la existencia de un listado cerrado puede resultar contraproducente al obstaculizar o impedir el acceso a mediación de tipos no incluidos que

Esta generosidad en cuanto al ámbito objetivo de aplicación de la mediación se recogía igualmente en las iniciativas legislativas de reforma integral de la LECrim. La Exposición de Motivos del Anteproyecto de LECrim (ALECrim) de 2013 afirma expresamente que la justicia restaurativa y la mediación penal no han de quedar vinculados a “criterios utilitaristas o a la delincuencia menor”. En el otro extremo, en el de las infracciones más leves, tampoco se excluye la mediación penal en el caso de las faltas<sup>37</sup>. Por otra parte, la mediación penal aparece vinculada en ambas iniciativas, aunque no necesariamente, a la conformidad y si nos centramos en el tratamiento de la citada institución en dichas propuestas de reforma podemos concluir que en ambas se plantea una apuesta enérgica a su favor, sin las limitaciones actualmente existentes y que afectan, entre otras muchas cuestiones, a las infracciones penales en las que cabe alcanzar y homologar la conformidad. Esta amplitud en la configuración de la conformidad en ambas propuestas (sobre todo desde el punto de vista de la gravedad punitiva del delito) redundaría en una amplitud en el ámbito de aplicación de la mediación<sup>38</sup>.

Ahora bien, la amplitud del ámbito de aplicación desde la perspectiva objetiva no impide que por el legislador se hayan previsto una serie de cautelas que apuntan decididamente hacia la figura de la víctima.

---

crean estereotipos que operan como freno automático, en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/>. pp. 102 y 116-117.

<sup>37</sup> El anterior Anteproyecto de LECrim (2011) disponía, por ejemplo, que “El sometimiento a la mediación durante la tramitación de los juicios de faltas interrumpirá el plazo de prescripción de la correspondiente infracción penal” (art. 161).

<sup>38</sup> En todo caso, ambas iniciativas dejaban un margen de discreción para excluir la mediación atendiendo a los hechos objeto de la causa. En el ALECRim (2013) corresponde al Ministerio Fiscal ponderar la conveniencia de la mediación en atención a la “naturaleza” del hecho [“no lo considere inadecuado en razón a la naturaleza del hecho” (art. 144.2)]. Más acertadamente, en nuestra opinión, el ALECRim (2011) hacía depender la iniciativa del Ministerio Fiscal a que la mediación resultare procedente “según las circunstancias del hecho, del infractor y de la víctima” (art. 158.1). Aunque desde un punto de vista subjetivo no falte quien advierta de que mediación y conformidad son instituciones distintas y de la escasa o nula participación de la víctima en esta última, ARMENGOT VILAPLANA, A. Mediación penal y proceso judicial, cit., p. 105.

Ya hemos mencionado que entre los requisitos a que condiciona la Ley 4/2015 el recurso a la mediación se encuentra el de que la misma “no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima” (art. 15.1.d). Se entiende perfectamente cuál es el espíritu que subyace en el fondo de tal restricción, aunque la literalidad del precepto no sea muy oportuna, bien por limitar las razones o motivos por los que no resulte procedente la mediación atendiendo a la víctima, bien porque no se entienda muy bien el significado del concepto de perjuicios morales. Caben otras circunstancias que desaconsejen desde el punto de vista de los intereses de la víctima iniciar un procedimiento de mediación<sup>39</sup>. La Guía del CGPJ para incorporar la mediación intrajudicial parte de la observación de una serie de garantías en dicha implementación. Entre ellas destaca la garantía de protección de las víctimas. Esto es, que la derivación a la mediación o a otras técnicas restaurativas resultará factible cuando no exista riesgo de victimización secundaria, reiterada, intimidación o represalias. Partiendo de dicha orientación, las víctimas especialmente vulnerables por razones personales, relacionales o contextuales, no están excluidas de la derivación a la mediación, pero se requeriría de una tutela reforzada atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto, como hemos indicado más arriba<sup>40</sup>. También

<sup>39</sup> O puede ocurrir que no exista una víctima concreta e individualizada, por ejemplo, en los delitos de peligro abstracto, delitos contra bienes colectivos o bienes supra individuales. En estos casos la mediación en sentido estricto no procede, si bien no ha de excluirse la posibilidad de recurrir a otros instrumentos de justicia restaurativa, *vid.* la Guía del CGPJ: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/>, p. 117.

<sup>40</sup> No son pocos los autores que plantean objeciones a la mediación penal cuando la víctima sea menor de edad atendiendo a la ausencia de equilibrio o igualdad: MARTÍN DIZ, F. Mediación y víctima menor de edad: Ejes fundamentales y posibilidades de solución del conflicto penal. In: ARMENTA DEU, T.; OROMÍ VALL-LLOVERA, S. (coords.). *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa-América*. Madrid: Colex, cit., pp. 310-312; SÁNCHEZ DOMINGO, M.B. La víctima menor de edad en la mediación penal. In: ARMENTA DEU, T.; OROMÍ VALL-LLOVERA, S. (coords.). *La víctima menor de edad...*, cit., p. 323. Desde el punto de vista del menor victimario, las opiniones son, sin embargo, muy favorables a la mediación: COLÁS TURÉGANO, M.A. Mediación juvenil: el equilibrio entre la reparación

está generalizada la opinión que niega la conveniencia de la mediación penal en los delitos en los que las víctimas no están identificadas o los daños individualizados<sup>41</sup>.

Cabe destacar que la normativa en vigor se circunscribe a las condiciones que rodean a la víctima. En ningún caso se hace referencia alguna a la procedencia o improcedencia de la mediación considerando al infractor o victimario. La consideración a las circunstancias del infractor sí debían ser moduladas por el Ministerio Fiscal en el ALECrim 2011 (art. 158.1). Puede plantearse, por ejemplo, la oportunidad de derivar un asunto a mediación cuando el infractor sea reincidente. Se ha sostenido por algunos autores la conveniencia de limitar la mediación a infractores primarios<sup>42</sup>, desde la visión opuesta no faltan quienes hacen hincapié en los distintos “momentos vitales” en que se cometen las infracciones, así como que desde el lado de la víctima puede existir una voluntad o necesidad de mediar<sup>43</sup>.

Hechas las anteriores consideraciones podría concluirse que la Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima del delito es muy proclive a incorporar la mediación penal a nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, tal conclusión podría sostenerse si nos atenemos a las escasas limitaciones que dicha normativa impone al recurso a la justicia restaurativa. Sin embargo, esta cuestión está estrechamente vinculada con la

---

a la víctima y el interés superior del menor. In: MONTESINOS GARCÍA, A. (edit.). *Tratado de mediación...*, cit., pp. 109 y ss.; EGEA TÉLLEZ, A. Mediación penal en menores. In: MONTESINOS GARCÍA, A. (edit.). *Tratado de mediación...*, cit., pp. 135 y ss.

<sup>41</sup> ARMENGOT VILAPLANA, A. Mediación penal y proceso judicial, cit., pp. 90-91.

<sup>42</sup> MARTÍN DIZ, F. Mediación y víctima menor de edad..., cit., pp. 313-314.

<sup>43</sup> GONZÁLEZ CANO, M.I. *La mediación penal...*, cit., p. 99. En análogos términos la Guía recientemente presentada por el CGPJ, <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intra-judicial/>, p. 117. La primera autora trae también a colación los problemas que desde la perspectiva del sujeto activo puede plantear la mediación con múltiples infractores y unos quieran someterse a mediación y otros no; el reconocimiento de los hechos por uno de ellos puede influir en el derecho a la defensa de los restantes; no por ello se excluiría dicha posibilidad, siempre que se actúe con prudencia (los resultados de la mediación no pueden constituir prueba de cargo por sí sola para el resto de imputados), *ibidem*, p. 99.

que trataremos a continuación, esto es, ¿cómo se incardina en el proceso penal el resultado de la mediación? A día de hoy nuestro ordenamiento articula un mecanismo en el que bien podría incardinarse el resultado de la mediación. Nos referimos al sobreseimiento por aplicación del principio de oportunidad, del que nos ocuparemos más adelante. Sin embargo, esta solución resulta válida sólo para los delitos leves, pero, ¿y en los restantes supuestos? Cuando la pena impuesta se encuentre en los reducidos términos de la suspensión de la ejecución, también tiene cabida la solución de diversión prevista en el art. 84.1 CP. Los mayores inconvenientes son los que plantean los delitos más graves, pues el instituto de la conformidad, pese a que ha quedado desvirtuado en la actualidad, se encuentra igualmente constreñido por unos límites legales muy concretos, aunque con las convenientes reformas serviría de cauce idóneo para articular el resultado de la mediación.

### **3.- COMPETENCIA PARA RESOLVER LA DERIVACIÓN DEL ASUNTO A MEDIACIÓN.**

Se trata de una cuestión clave<sup>44</sup>, donde las haya, y la contestación a esta interrogante dependerá evidentemente del momento procesal en el que resulte procedente la derivación a la mediación. Esta cuestión se encontraba resuelta en las propuestas precedentes de reforma integral de la LECrim. Conviene tener presente que en las mismas asume un innegable protagonismo el Ministerio Fiscal debido a dos motivos: por un lado, porque la fase de instrucción pasa de manos del Juez de Instrucción a las del Ministerio Fiscal (como en el proceso penal del menor) y, por otro lado, porque en dicha fase de instrucción se incorpora la posibilidad de archivar el asunto por aplicación del principio de oportunidad. En relación con este principio, sobre todo en el primer ALECrim 2011, juega igualmente un papel decisivo el instituto de la mediación.

Considerando, pues, la condición de director de la instrucción que le atribuye el ALECrim 2013 al Ministerio Fiscal, es a él a quien corresponde trasladar a la víctima la voluntad del infractor de someter

---

<sup>44</sup> MONTESINOS GARCÍA, A. Una breve aproximación..., cit., p. 50.

el conflicto con la víctima a mediación salvo que “lo considere inadecuado en razón del hecho” (art. 144.2). Por otra parte, la institución de mediación o el mediador han de comunicar al MF el inicio y la finalización del procedimiento de mediación, con su resultado (art. 144.3). También corresponde al MF suspender las Diligencias de Investigación –instrucción- cuando se pone en marcha un procedimiento de mediación (art. 145)<sup>45</sup>. Resulta llamativo, en cambio, que no se recoja la posibilidad de que sea la víctima la que plantee la iniciativa o posibilidad de poner en marcha el procedimiento de mediación<sup>46</sup>. El ALECRim 2011 presentaba algunas diferencias al respecto, pues junto al MF, que podrá someter el proceso a mediación de oficio o a instancia de parte según las circunstancias del hecho, del infractor y de la víctima (art. 158.1), también podrá el juez acordar el sometimiento del procedimiento a mediación durante la ejecución (art. 158.5) o el tribunal de enjuiciamiento durante el juicio oral cuando todas las partes lo soliciten (art. 160).

La dirección de la fase preparatoria por el MF, consagrada en ambas propuestas de reforma integral, sin embargo, no prosperó. Se mantiene el protagonismo judicial en todas las fases del proceso, incluida la de instrucción, y parece lógico que la competencia para acordar la derivación de un asunto a los servicios de mediación corresponda igualmente a los mismos órganos judiciales. Nos encontramos nuevamente, sin embargo, ante el silencio del legislador en una cuestión de suma trascendencia.

La “Guía para la práctica de la mediación intrajudicial” presentada por el CGPJ en noviembre de 2016 contiene un detallado “Protocolo de derivación a mediación”. Conforme al mismo, el acuerdo de derivación del caso a la Institución de Mediación o al mediador que acuerden las partes se hará por medio de una resolución judicial motivada. Precisa la Guía

---

<sup>45</sup> Sin embargo, conforme a este último precepto parece ser posible que no sea el MF el promotor o responsable de la decisión de someter el conflicto a mediación. En efecto, se dispone que “cuando el MF tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento de mediación”, podrá adoptar la decisión de suspensión mencionada. ¿Quién puede haber decidido iniciar el procedimiento de mediación al margen del MF? No se decía nada al respecto.

<sup>46</sup> Se haría de esta manera efectiva la proclama recogida en la Exposición de Motivos del ALECRim 2013 en el sentido de que “en la justicia restaurativa la víctima, siempre voluntariamente, adquiere un singular protagonismo”.

que la valoración última de si el caso es o no mediable le corresponde al mediador, sin embargo, la inicial valoración judicial es necesaria, ya que es la puerta que conecta la mediación con los tribunales y da confianza a las partes al ser una recomendación personal del juez o del Letrado de la Administración de Justicia en su caso”. Esta decisión de someter el procedimiento a mediación puede ser adoptada de oficio por el propio órgano judicial o a solicitud del Ministerio Fiscal, de la víctima, de la persona investigada o de sus representantes legales. Dando opción tanto a la víctima como al infractor, en términos similares a los contenidos en el ALECrim 2011<sup>47</sup>. En todo caso, parece que la Guía concede particular trascendencia a la posición del MF, pues la derivación a mediación resulta improcedente si aquél se opone<sup>48</sup>.

Partiendo de esta premisa, dependerá del momento o fase concreta del proceso el órgano judicial a quien corresponde resolver sobre la derivación a mediación. Tratándose de la fase de instrucción corresponderá al Juez de Instrucción. También tratándose del procedimiento de enjuiciamiento de delitos leves en los que no existe propiamente fase preparatoria. En la fase de enjuiciamiento corresponderá al órgano competente para su conocimiento acordar la derivación del caso a mediación, por regla general, al Juez de lo Penal o a la Audiencia Provincial. Por último, al propugnarse en la Guía la procedencia de la mediación en la fase de ejecución, corresponderá al competente para conocer de la misma la decisión de derivar el asunto a este instrumento de justicia reparadora.

---

<sup>47</sup> CATALINA BENAVENTE, M.A. analiza esta cuestión desde la perspectiva del proceso penal alemán y constata que, si bien el § 155a StPO prevé exclusivamente la iniciativa de jueces y fiscales, en la práctica la solicitud puede proceder de las partes y de sus defensores o representantes, La derivación de los asuntos a mediación penal en Alemania: cuestiones pendientes. In: MONTESINOS GARCÍA, A. (edit.). *Tratado de mediación...*, cit., pp. 290-291.

<sup>48</sup> <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/>, pp. 101-102. Del mismo parecer es GONZÁLEZ CANO, M.I., quien con anterioridad a la Guía del CGPJ estimaba que la atribución de la última decisión corresponde a la autoridad judicial competente; así como la conveniencia de articular la posibilidad de impugnar la decisión judicial denegatoria de la derivación. *La mediación penal...*, cit., p. 131. También ARMENGOT VILAPLANA, A., quien considera que la iniciativa judicial no compromete su imparcialidad, *Mediación penal y proceso judicial*, cit., p. 94.

#### 4.- INCIDENCIA DEL RECONOCIMIENTO DE LOS HECHOS POR EL INFRACTOR EN LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.

La derivación de una causa a mediación parece estar condicionada en nuestro ordenamiento jurídico<sup>49</sup> al reconocimiento, como requisito previo, de los hechos por parte de quien presumiblemente los haya cometido. La literalidad del art. 15.1 de la Ley 4/2015 subordina el “acceso” por parte de la víctima a los servicios de justicia restaurativa a que el “infractor” –no ya presunto infractor– haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad”. El reconocimiento de los hechos por el infractor como requisito previo puede encender la alarma desde el punto de vista del derecho a la defensa y a la presunción de inocencia. Como ha denunciado gran parte de la doctrina española, se trata de un reconocimiento extraño a nuestro modelo procesal penal<sup>50</sup> y representa la “mayor grieta” en la teoría de la justicia restaurativa<sup>51</sup>.

La mayor parte de las objeciones al reconocimiento de los hechos por parte del autor, como presupuesto de la derivación del asunto a mediación, se concentran indudablemente en torno a la garantía procesal de la presunción de inocencia. El punto de partida de la mediación (en el marco de los servicios de justicia restaurativa) consiste en la existencia de una suficiente base incriminatoria y objetiva para acusar al infractor y el reconocimiento por éste de los hechos sobre los que se fundamenta esa base incriminatoria, implica para el investigado la confesión de la autoría de los mismos<sup>52</sup>. Como puede fácilmente adivinarse, la virtualidad

---

<sup>49</sup> Aunque más bien se trata de una exigencia derivada del art. 12.1.c) de la Directiva 2012/29/UE.

<sup>50</sup> ARMENTA DEU, T. Justicia restaurativa, mediación penal y víctima..., cit., p. 232. También crítico al respecto MARTÍN DIZ, F.: Mediación penal y víctimas especialmente vulnerables..., cit., p. 517.

<sup>51</sup> En expresión de CUADRADO SALINAS quien se refiere a la existencia para el imputado de un riesgo de “abandono” de las garantías propias del derecho al proceso debido, con mención expresa de las posibles restricciones en el derecho a la igualdad de armas, en el derecho a un proceso justo, en el derecho a la defensa y en el derecho a la presunción de inocencia: La mediación: ¿una alternativa real al proceso penal?. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 17, 2015, pp. 19-22.

<sup>52</sup> CUADRADO SALINAS, C. La mediación: ¿una alternativa real...?, cit., p. 21; SANDE MAYO, M.J. Mediación penal versus presunción de inocencia. In:

de la presunción de inocencia de cara al posterior proceso penal, se verá muy condicionada en el nada infrecuente supuesto de que la mediación concluya sin acuerdo<sup>53</sup> y se quisiera utilizar procesalmente aquél reconocimiento realizado por el investigado, con la innegable restricción de sus facultades de defensa. También es cierto que el mismo precepto (art. 15 en su apartado 2) garantiza la confidencialidad de los debates desarrollados dentro del procedimiento de mediación sin que puedan ser difundidos sin el consentimiento de ambas partes. Podría interpretarse que el reconocimiento de los hechos se ubicaría en el marco de tales debates tutelados por el deber de confidencialidad<sup>54</sup>. El precepto español parece una transcripción literal de la Directiva 2012/19/UE que también condiciona el “acceso” a los servicios de justicia reparadora a que el infractor haya “reconocido los elementos fácticos básicos del caso” (art. 12.1.c). Sin embargo, la Directiva proclama con claridad que el reconocimiento o refuerzo de los derechos de las víctimas no puede llevarse a cabo a costa de los derechos o garantías procesales del infractor, entre ellos, el de la presunción de inocencia<sup>55</sup>.

---

CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir.). *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos*. Análisis en los ámbitos civil, mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario. Madrid: La Ley, 2013, p. 239.

<sup>53</sup> MARTÍN DIZ, F.: Mediación penal y víctimas especialmente vulnerables..., cit., p. 517.

<sup>54</sup> De modo que nunca podrá hacerse alusión al fracaso del proceso de mediación si se abre el proceso judicial: CUADRADO SALINAS, C. La mediación: ¿una alternativa real...?, cit., p. 21. A tales efectos, no podrán aportarse como prueba documental las actas levantadas durante el procedimiento de mediación ni podrá ser llevado el mediador al proceso como testigo o perito: SANDE MAYO, M.J. Mediación penal *versus* presunción de inocencia, cit., pp. 240 y 243.

<sup>55</sup> Así, se afirma en su Considerando (12) que los derechos establecidos en ella “se han de entender sin perjuicio de los derechos del infractor” y tras una aclaración acerca de quiénes ostentan tal condición, concluye que se “entiende sin perjuicio de la presunción de inocencia”. La Recomendación R (99) 19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la mediación en asuntos penales, también incide en que las garantías procesales fundamentales han de resultar de aplicación a la mediación; con expresa mención del derecho a la asistencia jurídica. El escrupuloso respeto a las garantías procesales se recoge reiteradamente también en el Proyecto de Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativa a la justicia restaurativa en asuntos criminales, de 12 de octubre de 2017, reproduciendo más escuetamente lo

Parece de todo punto conveniente articular las precisas garantías para que la participación en el procedimiento de mediación en el marco de los servicios de justicia restaurativa resulte compatible con el debido respeto a los derechos y garantías inherentes al proceso penal. Sobre todo si, como es el caso, parece haberse optado por un modelo de mediación penal que se desenvuelve en el marco del proceso, con un control externo de la misma por la autoridad judicial o fiscal<sup>56</sup>. Junto a la garantía de la confidencialidad a la que nos hemos referido anteriormente, se incide por parte de la doctrina en las condiciones en las que tiene lugar el reconocimiento de los hechos por parte del infractor. Así, se insiste en que la confesión o reconocimiento del hecho se ha de realizar libremente, sin coacción, promesa o intimidación, y ante la presencia de su abogado antes de formar parte del programa de mediación ofrecido. Además, para ello resulta esencial que se informe debidamente al investigado de los efectos y consecuencias que produce su decisión<sup>57</sup>. De no ser así, si el órgano jurisdiccional penal no se limitara para formar su convicción acerca de la culpabilidad del investigado a valorar las pruebas practicadas en el proceso, y apreciara como un indicio incriminatorio su participación en el procedimiento de mediación, se estaría vulnerando el derecho a la presunción de inocencia.

Avanzando en los intentos por compatibilizar el recurso a la mediación penal con el debido respeto a la presunción de inocencia, se han formulado propuestas orientadas a matizar o eludir en la medida de

---

dispuesto con suma claridad en la Recomendación R (99) 19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre mediación en asuntos penales, de 15 de septiembre: “la participación en mediación no debe usarse como una prueba o evidencia de admisión de culpabilidad en el subsiguiente proceso penal”.

<sup>56</sup> Que es el modelo vigente predominante en los países europeos, salvo en los de corte anglosajón. *Vid.* al respecto GONZÁLEZ CANO, M.I. La mediación penal en España. In: BARONA VILAR, S. (dir.). *La mediación penal para adultos...* cit., p. 27; HEREDIA PUENTE, M. Perspectivas de futuro en la mediación penal de adultos. Una visión desde el Ministerio Fiscal, *Diario La Ley*, Madrid, n. 7257, 2009, p. 14. Cuando nos referimos a la opción por un modelo nos estamos refiriendo, en realidad, a una deducción a partir de los antecedentes prelegislativos y a la interpretación que parece haber realizado el CGPJ en la Guía de mediación “intrajudicial” a la que estamos aludiendo constantemente.

<sup>57</sup> CUADRADO SALINAS, C. La mediación: ¿una alternativa real...?, cit., p. 21; SAN-DE MAYO, M.J. Mediación penal versus presunción de inocencia, cit., p. 241.

lo posible el verdadero significado del reconocimiento de los hechos. En esta línea, sería suficiente, según ARMENGOT VILAPLANA, la valoración por el juez de la existencia de indicios de la participación en los hechos delictivos, sin que el mero sometimiento a mediación pueda interpretarse por el juez como un reconocimiento de los hechos esenciales<sup>58</sup>. Esta parece ser también la interpretación realizada por el CGPJ en su “Guía para la práctica de la mediación intrajudicial”. A tales efectos considera que pugna con la garantía de la presunción de inocencia impedir que, en las fases previas a la ejecución, sólo proceda derivar el caso a mediación cuando el investigado/encausado haya reconocido los elementos fácticos del caso. Para tal afirmación parte de la distinción entre la doble dimensión de la presunción de inocencia como regla de juicio y como regla de tratamiento. Como regla de juicio obliga a que la declaración de culpabilidad se asiente en una inequívoca y concluyente actividad probatoria de cargo. Como regla de tratamiento conlleva la obligación de tratar al acusado como inocente durante todo el proceso<sup>59</sup>, de ahí que no quepa la exigencia previa del reconocimiento de los hechos por parte del presunto infractor. Se ajusta mejor a las garantías procesales indicadas entender que no procede derivar la causa a mediación cuando el presunto infractor niegue su participación en los hechos, pero sí en los restantes supuestos.

## **5.- ¿EN QUÉ FASES DEL PROCESO PUEDE DERIVARSE EL ASUNTO A MEDIACIÓN?**

Como ha quedado expuesto en apartados anterior, la Ley 4/2015 se limita a fijar unas escasas indicaciones acerca de los requisitos de acceso a los servicios de justicia restaurativa. Sobre el modo en que se ha de proceder en lo sucesivo predominan las sombras frente a las luces. La propuesta recogida en la Recomendación R (99) 19, de 15 de septiembre, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la mediación en materia penal, era partidaria de posibilitar la mediación en todas las fases

<sup>58</sup> Mediación penal y proceso judicial, cit., p. 93.

<sup>59</sup> Vid. SSTC 109/1986, de 24 de septiembre; 128/1995, de 26 de julio. También la STEDH de 24 de mayo de 2011, caso Konstas c. Grecia.

del proceso, de manera que la mediación, como mecanismo flexible de solución de conflictos, se configure como “complemento o alternativa” al procedimiento penal tradicional y concluyendo que “la mediación debería ser posible en todas las fases del procedimiento penal”<sup>60</sup>. El Proyecto de Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativa a la justicia restaurativa en asuntos penales, de 12 de octubre de 2017, insiste en la misma idea, esto es, el acceso a los servicios de justicia restaurativa en todas las fases del proceso judicial penal, tanto si se trata de la víctima, como del infractor.

La pasividad a la que nos tiene acostumbrados el legislador español ha sido suplida nuevamente por el superior órgano de Gobierno del Poder Judicial, el Consejo General, que ha hecho pública una Guía sobre mediación intrajudicial. En esta Guía se contienen previsiones específicas en orden a la derivación a mediación de los casos en todas las fases del proceso penal, esto es, en la fase de instrucción, de enjuiciamiento y de ejecución<sup>61</sup>. Es

---

<sup>60</sup> La Decisión Marco 2001/220/ JAI, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima, definía la mediación en causas penales como la “búsqueda, antes o durante el proceso, de una solución negociada entre la víctima y el autor de la infracción, en la que medie una persona competente” (art. 1.e). Hay, sin embargo, quien cuestiona que en la fase procesal de ejecución la mediación satisfaga la dimensión restaurativa que le corresponde, pues una vez recaída la sentencia de condena, la posición de las partes es distinta (más débil la del penado, fortalecida la de la víctima, reconocida oficialmente como tal): CARIO, Robert. Les victimes et la médiation pénale en France. In JACCOUD, Mylène (dir.). *Justice réparatrice et médiation pénale. Convergences ou divergences?*, Paris: L’Harmattan, 2003, p. 200. En algunas de las experiencias piloto desarrolladas en España, la mediación en la fase de ejecución tampoco ha sido satisfactoria. Vid. al respecto SILVA FERNÁNDEZ, M<sup>a</sup> de la O. Cuestiones relevantes de Derecho sustantivo y procesal respecto de la incorporación de la mediación a la jurisdicción penal de adultos en la fase de ejecución. *Estudios de Derecho Judicial*, Madrid, n. 136, 2007, pp. 222-223.

<sup>61</sup> Sin perjuicio de que volvamos sobre este punto, se afirma en la Guía que “en cualquier momento de la tramitación del procedimiento el/la Juez, (...) puede resolver someter el procedimiento a la mediación”, <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/>, p. 102. Es también la opción del legislador alemán, si bien en la mayoría de los supuestos, la derivación del asunto a mediación tiene lugar en las fases iniciales del proceso, vid. CATALINA BENAVENTE, M.A. La derivación de los asuntos..., cit., pp. 287 y ss.

igualmente mayoritaria la posición doctrinal favorable a la derivación a mediación en las distintas fases del proceso<sup>62</sup>.

### 5.1.- CUESTIÓN PREVIA: LA INCORPORACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL.

Hemos dejado reflejado en apartados anteriores que la incorporación del principio de oportunidad ha facilitado el proceso de implementación de la mediación penal en ordenamientos de nuestro entorno. En ocasiones ha sido el único asidero normativo en ausencia de regulación expresa (caso francés en sus inicios). En nuestro ordenamiento tiene ya carta de naturaleza en el proceso penal del menor, bien para desistir de la incoación del expediente si se dan las condiciones del art. 19 LO 5/2000, bien para desistir de la continuación del expediente ya iniciado por darse las condiciones del art. 20 LO 5/2000, esto es, la conciliación o reparación entre el menor infractor y la víctima, dando por concluida la instrucción y solicitando del Juez de Menores el sobreseimiento y archivo de las actuaciones. No son pocas, sin embargo, las autorizadas opiniones que han concluido la imposibilidad de aplicar mecanismos consensuados basados en el principio de oportunidad penal, pues ello pugnaría con los principios constitucionales básicos sobre los que se

---

<sup>62</sup> BARONA VILAR, S. *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 319 y ss.; GONZÁLEZ CANO, M.I. La mediación en el proceso penal..., *cit.*, pp. 323-329; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, B. Cuestiones relevantes de Derecho sustantivo y procesal de la incorporación de la mediación a la jurisdicción penal en la fase de ejecución. La ejecución penitenciaria, *Estudios de Derecho Judicial*, Madrid, n.º 136, 2007, p. 230; RIOS MARTÍN, J.C.; OLAVARIA IGLESIA, T. Conclusiones del curso la mediación civil y penal. Dos años de experiencia. *Estudios de Derecho Judicial*, Madrid, n.º 136, 2007, pp. 266-267. En relación con las distintas fases en las que se puede llevar a cabo, con referencias a las experiencias piloto desarrolladas, *vid.* BENITO OSÉS, M.P. La mediación penal en la fase de instrucción. In: OLAIZOLA NOGALES, I.; FRANCÉS LECUMBERRI, P. (coords.). *Jornadas de Justicia Restaurativa*. Pamplona: UPNA, 2011, pp. 207-227; GARCÍA ROMO, F. La mediación penal en la fase de enjuiciamiento. In: OLAIZOLA NOGALES, I.; FRANCÉS LECUMBERRI, P. (coords.). *Jornadas de Justicia Restaurativa*, *cit.*, pp. 229-239. Este último entiende, sin embargo, que no debe intentarse la mediación cuando se ha intentado ya, sin resultado, en una fase previa, *ibidem*, p. 232.

asienta nuestro sistema procesal penal (monopolios estatal, judicial y procesal en la actuación del Derecho penal)<sup>63</sup>.

Sin embargo, compartimos la opinión de quienes consideran que, al menos en el caso de la mediación intraprocesal, estos mecanismos alternativos no contradicen la exclusividad jurisdiccional en el orden penal, ni el monopolio del *ius puniendi* estatal, porque “serán los juzgados y tribunales quienes controlarán el buen desarrollo del procedimiento mediador, porque existirán prevenciones procesales para garantizar la presunción de inocencia y los derechos procesales de las víctimas, porque existirá un ámbito objetivo reglado para este procedimiento mediador, y porque sería una institución amparada en el principio de oportunidad y visualizable a través del sobreseimiento o de la sentencia”<sup>64</sup>. Ciertamente, el principio de oportunidad dota al proceso penal de flexibilidad en relación al ejercicio de la acción penal<sup>65</sup>, lo que vinculado a la mediación penal, favorece un amplio abanico de posibilidades que permiten soslayar los constreñimientos vigentes hasta hace bien poco en el ordenamiento español que obligaban a actuar al margen de lo dispuesto legalmente, cuando no en contra<sup>66</sup>.

El ALECRim 2011 apostaba claramente por la incorporación del principio de oportunidad, en su versión reglada, “como plasmación práctica de criterios político criminales basados en la falta de necesidad de pena en el caso concreto o en un margen de reducción de la pena ligado a la institución de la conformidad” (Exposición de Motivos, parágrafo XXIV). En dicha propuesta de reforma, el principio de oportunidad tenía múltiples manifestaciones. Así, el archivo puro por verdaderas razones de

---

<sup>63</sup> MONTERO AROCA, J. *Los principios del proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, pp. 15 y ss. Igualmente crítico con la introducción del principio de oportunidad y con carácter general en relación con la ideología que sustenta la justicia restaurativa, *vid.* CABEZUDO RODRÍGUEZ, N. El último (y controvertible) credo en materia de política criminal. Justicia restaurativa y mediación penal. *La Ley Penal*, Madrid, n.º 86, 2011, pp. 9 y ss.

<sup>64</sup> GONZÁLEZ CANO, M.I. La mediación en el proceso penal..., *cit.*, p. 307.

<sup>65</sup> GIMENO SENDRA, V. Los procedimientos penales simplificados (principio de oportunidad y proceso penal monitorio). *Revista Poder Judicial*, Madrid, n.º extraordinario 2, *Justicia penal*, 1986, p. 48.

<sup>66</sup> MANZANARES SAMANIEGO, J.L. La mediación, la reparación y la conciliación en el Derecho penal español. *Diario La Ley*, Madrid, n.º 13579, 2009, p. 7.

oportunidad (faltas y delitos no graves –básicamente hasta dos años de prisión, entre otras penas-, escasa significación penal desde la perspectiva de las consecuencias dañosas y de la culpabilidad del infractor) con las lógicas exclusiones (si concurre violencia o intimidación, si hay condena previa, si se trata de delitos de violencia de género o corrupción) del art. 149 ALECRim 2011. También la aplicación del principio de oportunidad en la fase intermedia por el Juez de la Audiencia Preliminar disponiendo el sobreseimiento por las mismas razones por las que procede el archivo o la suspensión, siempre que lo solicitasen todas las partes (art. 151 ALECRim 2011). Sin olvidar la suspensión del procedimiento por razones de oportunidad (art. 150 ALECRim 2011) o la existencia de supuestos especiales de aplicación de tal principio (por colaboración activa contra una organización criminal –art. 153 ALECRim 2011- o por el Fiscal General del Estado –art. 155 ALECRim 2011-). Como no podía ser de otra manera, el principio de oportunidad tenía su lógica presencia en relación con la mediación, pues los resultados positivos de ésta pueden conducir a decretar por parte del Fiscal “el archivo por oportunidad” (art. 159.3.a ALECRim 2011) o “proceder por las reglas especiales del procedimiento de conformidad” (art. 159.3.b ALECRim 2011) en la que, reconoce la Exposición de Motivos, se manifiesta el principio de oportunidad<sup>67</sup>.

Aunque limitada a las manifestaciones más leves de las infracciones penales, el legislador español, aprovechando la reforma del CP mediante la LO 1/2015, incorpora una manifestación reglada del principio de oportunidad en el proceso penal de adultos. Tanto para el supuesto de enjuiciamiento rápido de delitos leves en el Juzgado de Guardia con citación por parte de la Policía Judicial (art. 962 LECrim), como de remisión del atestado al Juzgado de Guardia y citación por el mismo (art. 964.4

---

<sup>67</sup> El posterior ALECRim 2013 proclamaba con solemnidad en su Exposición de Motivos que con la nueva regulación de la acción penal “se instaura con carácter general en nuestro ordenamiento el principio de oportunidad”, pero en su desarrollo articulado no queda reflejada tal generalidad. Sí es cierto que incorpora por fin la posibilidad de suspensión o sobreseimiento de la causa por razón de oportunidad (art. 90), pero ninguno de los motivos previstos se refiere a la mediación penal como causa de los mismos (art. 91). Máxime cuando sí se contiene una mención expresa para el supuesto de “sobreseimiento para cumplimiento de presupuestos” o condiciones voluntariamente aceptados por el infractor (art. 92).

LECrim), así como para el enjuiciamiento ordinario fuera del servicio de guardia (art. 965 LECrim), se prevé la posibilidad de que el MF inste el sobreseimiento judicial de la causa por razones de oportunidad. Las condiciones (art. 963 LECrim) para la aplicación del principio de oportunidad estarían subordinadas a la existencia de indicios suficientes de haberse cometido un hecho punible (pues el juez ha de estimar procedente la incoación del juicio) y que a) el delito leve denunciado resulte de muy escasa gravedad a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias, y las personales del autor, y b) no exista un interés público relevante en la persecución del hecho. Añade el precepto en cuestión que, en los delitos leves patrimoniales, se entenderá que no existe interés público relevante en su persecución cuando se hubiere procedido a la reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado.

Compartimos con la Circular 1/2015, de 19 de junio, de la Fiscalía General del Estado, que la referencia en la LECrim a los delitos de “muy escasa gravedad”, dentro de los delitos leves, es sumamente restrictiva. Más todavía si consideramos la interpretación o instrucciones contenidas en dicha Circular. Así, desde el punto de vista del bien jurídico protegido entiende la Circular que los Fiscales habrán de ser más exigentes, y por lo tanto menos proclives a solicitar el archivo de la causa, cuando el delito cometido afecte a bienes jurídicos de naturaleza personal, como son la integridad física y moral, la dignidad o la libertad. Desde el punto de vista de la intensidad del daño o riesgo efectivamente ocasionados, la necesidad de protección es más intensa si se lesiona el bien jurídico por culminación del *iter criminis*. Estima la Circular que habrán de ser consideradas las circunstancias personales del autor: su edad juvenil, carencia de antecedentes penales por hechos de semejante naturaleza, ocasionalidad de la conducta, arrepentimiento activo, disposición a reparar el mal causado, etc. En relación con el segundo condicionante, la inexistencia de interés público relevante en la persecución del hecho, compartimos con la Fiscalía General su afirmación de que se trata de una cuestión relacionada con la antijuridicidad material de la conducta (con lo que se produciría un solapamiento con el presupuesto primero), aunque podrían ser considerados factores externos al hecho cometido que deben ser considerados: así, la frecuencia de hechos de la misma naturaleza o la necesidad de brindar a la víctima una protección efectiva de sus intereses.

Aunque nada diga al respecto la normativa con motivo de la novedosa incorporación del principio de oportunidad, la reparación del daño como criterio indicativo de la inexistencia de interés público relevante en la persecución del hecho puede ser resultado de un procedimiento de mediación enmarcado en el contexto de justicia restaurativa<sup>68</sup>.

## 5.2.- LA MEDIACIÓN EN LA FASE DE INSTRUCCIÓN.

La fase preparatoria del juicio oral, comprensiva de la instrucción y de la fase intermedia, constituye el momento procesal idóneo para que el principio de oportunidad despliegue todas sus aptitudes. Combinada con el instrumento de la mediación puede significar que la causa se sobresea y archive de forma definitiva por ausencia de interés en el ejercicio de la acción penal –por reparación material y moral de la víctima- o que el sobreseimiento sea provisional condicionado al cumplimiento de una serie de condiciones o requisitos entre los que pueden encontrarse los derivados del acuerdo de mediación<sup>69</sup>. En ausencia de criterios precisos para llevar a efecto lo indicado, la Guía del CGPJ aclara que, recibida declaración a la víctima y al investigado, el Juez de Instrucción podrá derivar el proceso a mediación con anterioridad a dictar Auto de finalización de las Diligencias Previas. Si la mediación concluye con un acuerdo restaurativo, se prevén distintas soluciones. Por un lado, si la pena lo permite, puede proceder la transformación del procedimiento en diligencias urgentes conforme a lo previsto en el art. 779.1.5ª LECrim., tramitándose en adelante según lo previsto para la conformidad premiada en el art. 801 LECrim. Por otro lado, cabe seguir los trámites formulando el escrito de acusación y manifestando la defensa su conformidad respecto del mismo escrito o

<sup>68</sup> Dice al respecto la Guía del CGPJ que si se alcanzare el acuerdo restaurativo en el proceso de mediación, se trasladará al MF el acta de reparación para que valore la oportunidad de solicitar el sobreseimiento y el archivo de las diligencias. También, y pese al silencio legal, ARMENGOT VILAPLANA, A. Mediación penal y proceso judicial, cit., p. 99.

<sup>69</sup> Para el caso de los delitos privados (calumnias e injurias contra particulares), el intento de conciliación previo al proceso penal puede constituir una oportunidad útil para intentar la mediación, *vid.* ARMENGOT VILAPLANA, A. Mediación penal y proceso judicial, cit., p. 83.

del que se presente conjuntamente con la acusación con posterioridad (arts. 784.3 y 787 LECrim). Se materializaría en este caso el resultado de la mediación a través del instituto de la conformidad, bien aplicándose la atenuante de reparación del daño, bien otras atenuantes recogidas en el CP si concurrieren<sup>70</sup>.

### 5.3.-LA MEDIACIÓN EN LA FASE DE ENJUICIAMIENTO.

Como se ha indicado anteriormente, es deseable que la mediación pueda desplegarse también en la fase de enjuiciamiento. Propone la Guía del CGPJ que esta posibilidad se articule de manera que, el órgano competente para el enjuiciamiento, una vez dictado el auto de admisión de pruebas y fijado el señalamiento de la vista, autorice la derivación del asunto a mediación. Si la mediación no concluye con un acta de reparación, el procedimiento seguirá sus trámites con el comienzo de las sesiones de la vista pública. Si concluye mediante acta de reparación, lo acordado se articularía a través del trámite de la conformidad, procediéndose a adaptar los escritos de calificación o presentando un escrito conjunto y dentro de los términos de legalidad (art. 787 LECrim). En tales escritos se recogerían los acuerdos relativos a la aplicación de atenuantes por reparación del daño ocasionado a la víctima o de disminución de sus efectos<sup>71</sup>. También se expresaría lo relativo en cuanto a la solicitud de suspensión de la ejecución de la pena, si fuere posible, resolviendo el juez o tribunal en la sentencia lo procedente conforme a la posibilidad prevista

---

<sup>70</sup> Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Guia-para-la-practica-de-la-Mediacion-Intrajudicial/>, p. 104. Entiende GONZÁLEZ CANO, M.I., que lo procedente sería convocar al investigado y a la víctima a una comparecencia por parte del MF ante quien el investigado, asistido de su letrado, aceptaría el cumplimiento de las condiciones que se hayan acordado. A continuación se daría traslado de lo actuado y de los compromisos adquiridos al Juez Instructor para su aprobación y emisión, en su caso, del auto de sobreseimiento. *La mediación penal...*, cit., p. 132.

<sup>71</sup> Apunta SANDE MAYO que la circunstancia de que el investigado se haya sometido a un procedimiento de mediación podría generar algún tipo de impacto en el control de la conformidad ejercido por el juez. Por ello, propone que el acta se limite a dar cuenta, en exclusiva y de la manera más sucinta posible, de la reparación, obviando cualquier referencia a los hechos o a la responsabilidad del sujeto pasivo, *Mediación penal versus presunción de inocencia*, cit., pp. 234-235.

en el art. 84 CP de condicionar dicha suspensión al cumplimiento de lo acordado en virtud de la mediación<sup>72</sup>.

#### 5.4. LA MEDIACIÓN EN LA FASE DE EJECUCIÓN<sup>73</sup>.

Si no ha sido posible que el juez o tribunal resuelva en la sentencia lo procedente acerca de la suspensión de la ejecución, ésta podrá ser acordada una vez declarada la firmeza de la sentencia (art. 82.1 CP). En este contexto, la Guía del CGPJ entiende oportuno un nuevo intento de mediación y si concluyera con un acta de reparación, el órgano judicial, previa audiencia de las partes, decidirá sobre la concesión o no de la suspensión de la ejecución.

Los resultados del procedimiento de mediación en esta fase pueden también exteriorizarse a través del instituto de la libertad condicional recogido en el art. 90 CP y que subordina su concesión a la satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito, además de que se hayan de valorar otras circunstancias que pueden quedar evidenciadas en la fase de ejecución penitenciaria o en el procedimiento de mediación<sup>74</sup>.

También puede tener incidencia en la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento, pues la normativa penitenciaria la condiciona a la satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito. Pero para ello se han de considerar, entre otras circunstancias, la conducta observada en orden a reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales

<sup>72</sup> Vid. además de la Guía mencionada, las atinadas observaciones que plantea GONZÁLEZ CANO, M.I. al supuesto de la suspensión de la ejecución de la pena. *La mediación penal...*, cit., pp. 167-173.

<sup>73</sup> Nos remitimos a la nota nº 36 acerca de las reticencias que se han planteado a la mediación en la fase de ejecución.

<sup>74</sup> GONZÁLEZ CANO, M.I., critica el cambio de naturaleza que ha experimentado la libertad condicional (LO 1/2015) al dejar de ser considerada una forma de ejecución de la privación de libertad –preparatoria de la vida en libertad– para convertirse en una “suspensión de la ejecución del resto de la pena de prisión”. *La mediación penal...*, cit., pp. 173-175; la misma autora acerca de la mediación en la fase de ejecución, pero con anterioridad a la reforma del CP. La mediación penal en España. In: BARONA VILAR, S. (dir.). *La mediación penal para adultos*, cit., pp. 46-49; CASTILLEJO MANZANARES, R. El procedimiento de mediación en el marco del proceso penal, cit., pp. 747-749.

y morales (art. 72.5 LGP). No hay que olvidar, como apunta CHAVES PEDRÓN, que el penitenciario, es un ámbito especialmente complicado y conflictivo y, por ende, la solución de los conflictos que puedan surgir en prisión a través de la mediación debería encontrar acomodo en la normativa penitenciaria<sup>75</sup>.

## 6. CONCLUSIONES.

Varios instrumentos normativos de la Unión Europea (DM 2001/220 y la Directiva 2012/29) y otros muchos de otros ámbitos supranacionales han realizado una decidida apuesta por la implementación de mecanismos de resolución de los problemas derivados del hecho criminal. La mediación penal y la justicia restaurativa, a las que aluden respectivamente los instrumentos citados, adoptan como punto de partida la participación activa de la víctima y del infractor en dicho proceso. El desarrollo de la mediación en sí misma, o en el marco más amplio de la justicia restaurativa debe atender esencialmente a la víctima y a sus circunstancias. Pero sin olvidar, obviamente, los derechos y garantías reconocidos constitucionalmente al infractor.

Dicho así, el recurso a la mediación penal parece no presentar más que ventajas y pocos inconvenientes. Sin embargo, la implementación de este instrumento exige una cobertura legal mínima que aporte la suficiente seguridad jurídica a todos cuantos intervienen en el proceso. No sólo a la víctima y al victimario, sino también al resto de agentes implicados (jueces, fiscales, letrados, mediadores, servicios sociales...). Parece que prima cierta improvisación. Inexplicable cuando ya han salido a la luz y debatido con amplitud dos propuestas legislativas de reforma integral del proceso penal español en las que se abordaba esta cuestión. La inactividad del legislador no puede ser sustituida por Guías o Protocolos procedentes del órgano de gobierno del Poder Judicial.

En relación al ámbito de aplicación, objetivo y subjetivo, del mecanismo de mediación, nos parece oportuno no imponer prohibiciones o

---

<sup>75</sup> Mediación penitenciaria: una respuesta pacífica a los conflictos. In: MONTE-SINOS GARCÍA, A. (edit.), *Tratado de mediación...*, cit., pp. 163 y ss.

limitaciones por razones de gravedad del hecho o de su naturaleza. Si la justicia restaurativa pivota sobre la víctima y sobre el infractor, no deben imponerse otras consideraciones economicistas.

Tampoco somos partidarios de exclusiones apriorísticas en supuestos en los que estén implicadas víctimas especialmente vulnerables. Habrá de atenderse a las circunstancias particulares de cada caso, no sólo de la víctima, sino también del victimario, antes de resolver sobre la derivación o no del asunto a mediación. La experiencia y especialización del mediador en estos casos más sensibles, así como la intervención y asistencia de otros profesionales resulta fundamental.

En un sistema de justicia penal en el que el Ministerio Fiscal ostenta el protagonismo en la fase preparatoria del proceso, es conveniente que sea aquél el que resuelva en cada caso concreto acerca de la derivación o no a mediación. Tal como ocurre en el proceso penal del menor en España. Era también la solución contenida en las propuestas de reforma integral del proceso penal para adultos presentadas hasta ahora. El protagonismo del Ministerio Fiscal habría de ser complementado con una aplicación más generosa del principio de oportunidad que permitiría articular los resultados satisfactorios del procedimiento de mediación con el proceso. Las propuestas de reforma integral nos aportan interesantes soluciones: suspender el ejercicio de la acción penal hasta que se desarrolle el procedimiento de mediación; el archivo o sobreseimiento; la suspensión del procedimiento sujeto a condición, etc.

La mediación ha de ser posible en todas las fases del proceso penal, incluida la fase de ejecución. En cada una de ellas, el mecanismo apto para articular procesalmente el resultado de la mediación será distinto. De cara a la economía del proceso y a los intereses de la víctima y del victimario, lo más oportuno sería aprovechar la fase preparatoria y concluir el proceso mediante el archivo o sobreseimiento. Pero también ha de ser posible en la fase intermedia y de juicio oral, a través fundamentalmente del instituto de la conformidad que habría de diseñarse con mayor flexibilidad que la actual. También la ejecución puede ser una fase oportuna para la mediación y para incorporar el resultado de la misma, básicamente la reparación, mediante el acuerdo de suspensión de la ejecución, la concesión de la libertad condicional o en el ámbito penitenciario, mediante la clasificación o progresión en grado.

Las ventajas que reporta para la víctima la justicia restaurativa, y dentro de ella mediación, no han de suponer una quiebra de los derechos y garantías procesales del victimario. Esta cuestión se vincula con la incidencia que puede tener el reconocimiento de los hechos por el infractor, que constituye un presupuesto de la derivación, en su presunción de inocencia. Han de adoptarse las garantías necesarias para evitar tal lesión, fortaleciendo el principio de confidencialidad y el derecho de todos los intervinientes en hacerlo con absoluta libertad, sin coacciones y con la debida y adecuada información y asistencia previas.

## 7. BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA.

ALONSO SALGADO, C.; TORRADO TARRÍO, C. Violencia de género, justicia restaurativa y mediación: ¿una combinación posible?. In: CASTILLEJO MANZANARES, R., (dir.). *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*. Madrid: La Ley, 2011.

ARMENGOT VILAPLANA, A. Mediación penal y proceso judicial. In: MONTESINOS GARCÍA, A. (edit.). *Tratado de mediación. Tomo II. Mediación Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

ARMENTA DEU, T. Justicia restaurativa, mediación penal y víctima: vinculación europea y análisis crítico. *Revista General de Derecho Europeo*, Madrid, n. 44, 2018.

BARONA VILAR, S. *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

BARONA VILAR, S. Mediación *post sententiam* en delitos de terrorismo. De la *restaurative justice* a la *reconstructive justice* (Especial referencia a los encuentros entre víctimas y condenados ex miembros de la banda terrorista ETA). In: PÉREZ GIL, J.; JIMENO BULNES, M. (coords.). *Nuevos Horizontes del Derecho Procesal*. Barcelona: J.M. Bosch, 2016.

BELLIDO PENADÉS, R. Generalización de la segunda instancia y apertura de la casación en el Proyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015. *Diario La Ley*, Madrid, n. 8618, 2015.

BELTRÁN MONTOLIU, A. Los delitos de cuello blanco y mediación penal. In: MONTESINOS GARCÍA, A. (edit.). *Tratado de mediación. Tomo II. Mediación Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

BENITO OSÉS, M.P. La mediación penal en la fase de instrucción. In: OLAIZOLA NOGALES, I.; FRANCÉS LECUMBERRI, P. (coords.). *Jornadas de Justicia Restaurativa*. Pamplona: UPNA, 2011.

BLANC, Gérard. La médiation pénale (Commentaire de l'article 6 de la Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale). *La Semaine Juridique*, n.. 18, 1994.

CABEZUDO RODRÍGUEZ, N. El último (y controvertible) credo en materia de política criminal. Justicia restaurativa y mediación penal. *La Ley Penal*, Madrid, n.. 86, 2011.

CARIO, Robert. Les victimes et la médiation pénale en France. In JACCOUD, Mylène (dir.). *Justice réparatrice et médiation pénale. Convergences ou divergences?*, Paris: L'Harmattan, 2003.

CARIO, Robert. *Justice restaurative. Principes et promesses*. Paris: L'Harmattan, 2005.

CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, A. La mediación penal en Portugal. ¿Un modelo a seguir en España?. In: ARMENTA DEU, T.; OROMÍ VALL-LLOVERA, S. (coords.). *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa-América*. Madrid: Colex, 2010.

CASTILLEJO MANZANARES, R. Mediación con víctimas especialmente vulnerables. Violencia de género. In: DE HOYOS SANCHO, M. (dir.). *Garantías y derechos de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

CASTILLEJO MANZANARES, R. El procedimiento de Mediación en el marco del proceso penal. In: MORENO CATENA, V., (dir.). *Reflexiones sobre el nuevo Proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

CATALINA BENAVENTE, M.A. La derivación de los asuntos a mediación penal en Alemania: cuestiones pendientes. In: MONTESINOS GARCÍA, A. (edit.). *Tratado de mediación. Tomo II. Mediación Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

CHAVES PEDRÓN, C. Mediación penitenciaria: una respuesta pacífica a los conflictos. In: MONTESINOS GARCÍA, A. (edit.). *Tratado de mediación. Tomo II. Mediación Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

COLÁS TURÉGANO, M.A. Mediación juvenil: el equilibrio entre la reparación a la víctima y el interés superior del menor. In: MONTESINOS GARCÍA, A. (edit.). *Tratado de mediación. Tomo II. Mediación Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

CUADRADO SALINAS, C. La mediación: ¿una alternativa real al proceso penal?. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 17, 2015.

EGEA TÉLLEZ, A. Mediación penal en menores. In: MONTESINOS GARCÍA, A. (edit.). *Tratado de mediación. Tomo II. Mediación Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

ETXEBERRIA GURIDI, J.F. El modelo francés de mediación penal. In: BARONA VILAR, S. (dir.). *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

ETXEBERRIA GURIDI, J. F. La mediación penal en las proyectadas reformas integrales del proceso penal español. *Revista Vasca de Administración Pública*, Oñati, n. 99-100, 2014.

FAGET, Jacques. Le cadre juridique et éthique de la médiation pénale. In : CARIO, Robert (dir.). *La médiation pénale. Entre répression et réparation*. Paris : L´Harmattan, 1997.

GARCÍA ROMO, F. La mediación penal en la fase de enjuiciamiento. In: OLAI-ZOLA NOGALES, I.; FRANCÉS LECUMBERRI, P. (coords.). *Jornadas de Justicia Restaurativa*. Pamplona: UPNA, 2011.

GIMENO SENDRA, V. Los procedimientos penales simplificados (principio de oportunidad y proceso penal monitorio). *Revista Poder Judicial*, Madrid, n. extraordinario 2, *Justicia penal*, 1986.

GONZÁLEZ CANO, M.I. La mediación penal en España. In: BARONA VILAR, S. (dir.). *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

GONZÁLEZ CANO, M.I. La mediación en el Proceso Penal. Perspectiva de futuro de la justicia restaurativa en el borrador de Código Procesal Penal de 2012. In: MORENO CATENA, V., (dir.). *Reflexiones sobre el nuevo Proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

GONZÁLEZ CANO, M.I. *La mediación penal. Hacia un modelo de ADR integrado en el sistema procesal penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

HEREDIA PUENTE, M. Perspectivas de futuro en la mediación penal de adultos. Una visión desde el Ministerio Fiscal. *Diario La Ley*, Madrid, n. 7257, 2009.

LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne. La médiation pénale comme mode de réponse à la petite délinquance: état des lieux et perspectives. *rev.science crim.*, n. 3, 1994.

MANZANARES SAMANIEGO, J.L. La mediación, la reparación y la conciliación en el Derecho penal español. *Diario La Ley*, Madrid, n. 13579, 2009.

MARTÍN DIZ, F. Mediación y víctima menor de edad: Ejes fundamentales y posibilidades de solución del conflicto penal. In: ARMENTA DEU, T.; OROMÍ VALL-LLOVERA, S. (coords.). *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa-América*. Madrid: Colex, 2010.

MARTÍN DIZ, F. Mediación penal y víctimas especialmente vulnerables: problemas y dificultades. In: DE HOYOS SANCHO, M. (dir.). *Garantías y derechos*

*de las víctimas especialmente vulnerables en el marco jurídico de la Unión Europea.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

MARTÍNEZ GARCÍA, E. El proceso penal, mediación y violencia de género: ¿Hay un nuevo modelo de Justicia penal?. In: ETXEBERRIA GURIDI, J.F. (dir.). *Estudios sobre el significado e impacto de la mediación: ¿Una respuesta innovadora en los diferentes ámbitos jurídicos?*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2012.

MARTÍNEZ GARCÍA, E. Mediación penal en los procesos por violencia de género: análisis comparado de modelos existentes. In: MONTESINOS GARCÍA, A. (edit.). *Tratado de mediación. Tomo II. Mediación Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

MONTERO AROCA, J. *Los principios del proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

MONTESINOS GARCÍA, A. Una breve aproximación a la justicia restaurativa. In: MONTESINOS GARCÍA, A. (edit.), *Tratado de mediación. Tomo II. Mediación Penal*. Madrid: Tirant lo Blanch, 2017.

ORTIZ PRADILLO, J.C. ¿Mediación penal y violencia de género?: Voluntad del legislador, dudas del Poder Judicial y críticas de la Academia. In: MONTESINOS GARCÍA, A. (edit.). *Tratado de mediación. Tomo II. Mediación Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

RIOS MARTÍN, J.C.; OLAVARIA IGLESIA, T. Conclusiones del curso la mediación civil y penal. Dos años de experiencia. *Estudios de Derecho Judicial*, Madrid, n. 136, 2007.

SÁNCHEZ DOMINGO, M.B. La víctima menor de edad en la mediación penal. In: ARMENTA DEU, T.; OROMÍ VALL-LLOVERA, S. (coords.). *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa-América*. Madrid: Colex, 2010.

SANDE MAYO, M.J. Mediación penal versus presunción de inocencia. In: CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir.). *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos*. Análisis en los ámbitos civil, mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario. Madrid: La Ley, 2013.

SÁNCHEZ ÁLVAREZ, B. Cuestiones relevantes de Derecho sustantivo y procesal de la incorporación de la mediación a la jurisdicción penal en la fase de ejecución. La ejecución penitenciaria. *Estudios de Derecho Judicial*, Madrid, n. 136, 2007.

SILVA FERNÁNDEZ, M<sup>a</sup> de la O. Cuestiones relevantes de Derecho sustantivo y procesal respecto de la incorporación de la mediación a la jurisdicción penal de adultos en la fase de ejecución. *Estudios de Derecho Judicial*, Madrid, n. 136, 2007.

VARONA MARTÍNEZ, G. *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*. Granada: Comares, 2002.

VIDAL FERNÁNDEZ, B. El estatuto de la víctima en el proceso penal en la Unión Europea. In: DE HOYOS SANCHO, M. (coord.). *El proceso penal en la Unión Europea: garantías esenciales*. Valladolid: Lex Nova, 2008.

VILLEGAS DELGADO, C. La ineficacia de la Decisión Marco 2001/220/JAI y la evolución de los instrumentos normativos para la cooperación policial y judicial en materia penal dentro del Tratado de Lisboa. In: ARMENTA DEU, T.; OROMÍ VALL-LLOVERA, S. (coords.). *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa-América*. Madrid: Colex, 2010.

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

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

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

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

### Dados do processo editorial

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

- Recebido em: 10/12/2018
- Controle preliminar e verificação de plágio: 16/12/2018
- Avaliação 1: 17/12/2018
- Avaliação 2: 17/12/2018
- Avaliação 3: 17/12/2018
- Decisão editorial preliminar: 20/01/2019
- Retorno rodada de correções: 30/01/2019
- Decisão editorial final: 05/02/2019

### Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-associado: 1 (ELL)
- Revisores: 3

### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco. Presente y futuro de la mediación penal en el ordenamiento español: ¿cabe más incertidumbre? *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 33-72, jan./abr. 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.206>



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

# Quale ruolo per la vittima nel processo penale italiano?

*Which role for the victim in the italian criminal process?*

*Qual é o papel da vítima no processo penal italiano?*

**Hervé Belluta<sup>1</sup>**

Università di Brescia – Brescia, Italia

herve.belluta@unibs.it

 <http://lattes.cnpq.br/9152622342536310>

 <https://orcid.org/0000-0002-4628-1165>

---

**RIASSUNTO:** È trascorso molto tempo da quando l'Europa ha deciso di porre la vittima al centro delle proprie politiche sulla giustizia penale. Dalla decisione quadro 2001/220/GAI si sono susseguiti grandi rivolgimenti culturali e normativi, anche in Italia, dove la vittima tradizionalmente si colloca ai margini della scena penale. Il lento percorso di riscoperta della vittima ha raggiunto l'apice con la direttiva 2012/29/UE: una sorta di *Magna Charta* dei diritti dell'offeso dal reato, che rappresenta il necessario termine di paragone per verificare – su questo tema – la *compliance* dei singoli ordinamenti nazionali rispetto al diritto dell'Unione. Non tutto, però, è risolto: taluni interrogativi rimangono sostanzialmente senza una chiara risposta. In primo luogo, dobbiamo ancor oggi domandarci chi è la vittima: comprenderne l'identità aiuta sia a ritagliare su di essa il corretto perimetro di diritti e garanzie (dall'informazione, alla partecipazione al procedimento, sino alla protezione), sia a lavorare sulla costruzione di un suo ruolo processuale quanto mai appropriato. Su questo secondo versante, in particolare, si concentrano ancora dubbi che non trovano soluzioni condivise. In Italia, la tradizionale diffidenza dimostrata nei confronti del danneggiato che si costituisce parte civile,

---

<sup>1</sup> Professore associato di diritto processuale penale – Università degli studi di Brescia.

al fine di chiedere il risarcimento dei danni patiti in conseguenza del reato subito, orienta gli interpreti verso una sostanziale sfiducia nella vittima come tale. Si fatica, detto altrimenti, a spogliare la vittima del proprio afflato risarcitorio, per vederne i contorni di un soggetto che a pieno titolo dovrebbe prendere attivamente parte alle dinamiche dell'accertamento penale. Lo scritto intende guardare, senza preconcetti, alle possibilità offerte da un ripensamento – in senso partecipativo, quale parte vera e propria – del ruolo della vittima nel processo penale.

**PAROLE-CHIAVE:** Vittima; ruolo della vittima; parte processuale; diritto europeo; processo penale.

**ABSTRACT:** *It has been a long time since Europe decided to place the victim in the middle of its criminal justice policies. From the 2001/220/GAI Framework Decision, there have been great cultural and regulatory changes, also in Italy, where the victim traditionally is placed at the edge of the process. The slow rediscovery of the victim has reached its peak with the directive 2012/29/EU: it is a 'Magna Charta' of the rights of the victim, which represents the necessary term of comparison to verify the compliance of individual national laws with respect to the Union law. Not everything, however, is resolved: some questions remain without a clear answer. First, we still have to know well who the victim is today: understanding its identity helps both to give her a correct baggage of rights and guarantees (information, participation, protection), both to work on the construction of an appropriate procedural role. On this second aspect, in particular, there are still doubts that do not find shared solutions. In Italy, the traditional suspicion demonstrated against the damaged, in order to claim compensation – inside of the criminal trial – for the damages suffered because of the offense, directs the interpreters towards a substantial distrust of the victim. It is difficult to see in the victim a part of the criminal process, without reference to the request for compensation. The essay examines, without preconceptions, the possibilities offered by a rethinking - in a participatory sense, as a real part - of the role of the victim in the criminal trial.*

**KEY WORDS:** *Victim; role of the victim; part of the trial; European law; criminal trial.*

**RESUMO:** *Há muito tempo a Europa decidiu inserir a vítima no centro das próprias políticas em tema de justiça penal. Desde a decisão quadro 2001/220/GAI ocorreram grandes acontecimentos culturais e normativos, até mesmo na Itália, onde a vítima tradicionalmente se coloca afastada*

*do campo processual. O lento percurso de descoberta da vítima alcançou o ápice com a diretiva 2012/29/EU: uma espécie de Magna Carta dos direitos do ofendido pelo crime, a qual representa o necessário modelo de comparação para verificar – sobre esta matéria – a conformidade de cada ordenamento nacional em relação ao direito supranacional. Entretanto, nem tudo foi resolvido: alguns questionamentos permanecem substancialmente sem uma resposta clara. Em primeiro lugar, ainda hoje temos que nos perguntar quem é a vítima: compreender a sua identidade ajuda tanto a definir o correto parâmetro dos seus direitos e garantias (desde a informação, a participação no processo, até a sua proteção), quanto a trabalhar na construção de um papel processual apropriado. Sobre esse segundo aspecto, em particular, existem ainda dúvidas que não encontram soluções compartilhadas. Na Itália, a tradicional desconfiança demonstrada contra o ofendido pelo crime, que se constitui parte civil com a finalidade de requerer o ressarcimento dos danos causados pelo ilícito penal, orienta os juristas a uma substancial desconfiança da vítima como tal. Em outras palavras, é difícil despir a vítima da própria inspiração reparatoria para ver os contornos de um sujeito que, com plena legitimidade, deveria tomar parte ativamente das dinâmicas do processo penal. O texto tem como propósito analisar, sem preconceitos, as possibilidades oferecidas para uma revisão – em sentido participativo, como parte propriamente dita – do papel da vítima no processo penal.*

**PALAVRAS-CHAVE:** *vítima; papel da vítima; parte processual; direito europeu; processo penal.*

**SOMMARIO:** 1. Prima del ruolo, l'identità: chi è la vittima? 2. Una breve ricostruzione: dalle fonti sovranazionali... 3. ... alla decisione quadro 2001/220/GAI... 4. ... sino alla direttiva 2012/29/UE. 5. La sfida ancora aperta: quale ruolo assegnare alle vittime nel processo penale?

---

## **1. PRIMA DEL RUOLO, L'IDENTITÀ: CHI È LA VITTIMA?**

Nonostante da quasi vent'anni abbia acquisito un posto di rilievo nel dibattito penalistico, nonostante i numerosi interventi normativi europei, nonostante le energie profuse dal legislatore nazionale, la vittima di reato rimane sostanzialmente quel che era nel secolo scorso: se non

una dimenticata<sup>2</sup>, se non una sconosciuta, poco più che una comparsa sulla scena processuale.

La diagnosi è favorita da una serie di indici rivelatori: la forte resistenza del processo penale di parti, anzitutto, che concentra ogni energia nella progressiva messa a punto dei rapporti tra accusa e difesa. L'impreparazione del legislatore, che tante volte è intervenuto sui diritti e i poteri delle vittime, senza mai giungere davvero a trasformare la vittima in un attore – sebbene non protagonista – della rappresentazione processuale. La stessa spinta innovatrice proveniente dalle fonti europee, che tanta linfa ha inoculato nelle dinamiche normative interne degli ultimi anni, non è riuscita ad attingere al nucleo più interno del problema: il ruolo da assegnare alla vittima nel processo penale.

Ancor prima, però, le incertezze che gravitano sulla vittima attingono alla sua identità: chi è la vittima? Come deve essere definita? Quanto può servire dare una definizione di vittima? Quanto l'identità è in grado di incidere sul ruolo?

Identità, dunque, prima di tutto, e poi ruolo. Capire “chi è” la vittima per definirne meglio la posizione nel processo penale: sebbene sembrino domande scontate, molto meno scontate sono le risposte. Il percorso si rivela pieno di incognite, perché influenzato dall'estrema elasticità del concetto di “vittima del reato”.

Scavando nella recente storia delle codificazioni italiane, ci si perde nel silenzio serbato prima dal codice di procedura penale del 1930<sup>3</sup>, e poi dall'attuale<sup>4</sup>. Anzi, l'assenza di definizioni pare compensata dalla

<sup>2</sup> Come significativamente è stato intitolato il noto convegno in materia, svoltosi a Roma, presso l'Accademia nazionale dei Lincei, il 5 dicembre 2000 (i cui lavori sono raccolti in AA.VV., *La vittima del reato, questa dimenticata*, Accademia Nazionale dei Lincei, 2001).

<sup>3</sup> La dottrina non ha comunque mancato di elaborare un concetto di persona offesa in senso penalistico, criminologico e processuale. In particolare, cfr. AIMONETTO, Maria Gabriella, voce *Persona offesa*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIII, 1983, p. 321; GIARDA, Angelo, *La persona offesa dal reato nel processo penale*, Giuffrè, 1971; TRANCHINA, Giovanni, voce *Persona offesa dal reato*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXIII, 1990, p. 1 s.

<sup>4</sup> Si vedano, in particolare, ALLEGREZZA, Silvia, BELLUTA, Hervé, GIALUZ, Mitja, LUPÁRIA, Luca, *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Giappichelli, 2012; PARLATO,

moltiplicazione delle figure che ruotano intorno all'idea di vittima: difatti, il codice di rito distingue tra offeso e danneggiato<sup>5</sup>, a seconda della natura – criminale o civile – del danno subito; talora si riferisce autonomamente al querelante<sup>6</sup>; altrove richiama gli enti rappresentativi di interessi lesi dal reato<sup>7</sup>. Senza contare che la possibile convergenza nel processo penale tra pretesa penalistica e civilistica, alla quale ultima attende il danneggiato che si costituisce parte civile<sup>8</sup>, porta a inevitabili confusioni di piani.

Per trovare qualche risposta, dunque, occorre cercare altrove: ovvero, tra quelle fonti che, in quasi vent'anni, hanno edificato una robusta base concettuale che ora ci permette di parlare semplicemente di vittima, facendo riferimento ad una categoria che ormai tutti identificano come il soggetto passivo del reato, indipendentemente dalle connotazioni del male patito.

## 2. UNA BREVE RICOSTRUZIONE: DALLE FONTI SOVRANAZIONALI...

Nella ricerca di una definizione del concetto di vittima, un importante aiuto proviene dalle fonti sovranazionali<sup>9</sup>.

D'obbligo muovere dalla Dichiarazione dei principi fondamentali di giustizia relativi alle vittime della criminalità e alle vittime di abuso di potere, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 29 novembre 1985: ai sensi dell'art. 1, sono considerate vittime le persone che, individualmente

---

Lucia, *Il contributo della vittima tra azione e prova*, Torri del Vento, 2012, p. 49 s.; cfr. altresì la posizione di TRANCHINA, Giovanni, *La vittima del reato nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 4051 s.

<sup>5</sup> Ampiamente, sulla fisionomia dei comprimari del procedimento penale, v. QUAGLIERINI, Corrado, *Le parti private diverse dall'imputato e l'offeso dal reato*, Giuffrè, 2003.

<sup>6</sup> Cfr. tra altri l'art. 178 comma 1 lett. c c.p.p., in materia di nullità di ordine generale.

<sup>7</sup> Artt. 91 ss. c.p.p.; art. 505 c.p.p. In tema, v. BARGIS, Marta, *Il ruolo degli enti rappresentativi*, in *La vittima del reato, questa dimenticata*, cit., p. 65 s.

<sup>8</sup> Si veda, in particolare, LAVARINI, Barbara, *Azione civile nel processo penale e principi costituzionali*, Giappichelli, 2009.

<sup>9</sup> Cfr. ALLEGREZZA, Silvia, *La riscoperta della vittima nella giustizia penale europea*, in *Lo scudo e la spada*, cit., p. 12 s. Da ultimo, BARGIS, Marta, BELLUTA, Hervé (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Giappichelli, 2017.

o collettivamente, abbiano subito un pregiudizio, in particolare un'offesa alla propria integrità fisica o mentale, una sofferenza morale, una perdita materiale, un attentato grave ai propri diritti fondamentali, in ragione di atti o di omissioni che abbiano infranto la legge penale. L'art. 2, poi, identifica come vittime anche i familiari della vittima diretta o le persone che hanno subito un pregiudizio intervenendo in soccorso delle vittime.

Lo Statuto della Corte penale internazionale, invece, non offre definizioni<sup>10</sup>. Tuttavia, l'art. 85 del relativo Regolamento di procedura e delle prove invita a considerare quale vittima la persona fisica che abbia subito un pregiudizio in forza del compimento di un crimine di competenza della Corte. Un ruolo, questo, che viene riconosciuto anche alle organizzazioni e alle istituzioni un cui bene – dedicato al culto della religione, all'insegnamento, all'arte, alla scienza o alla carità, un monumento di valore storico, un ospedale o un altro luogo destinato a scopi umanitari – abbia subito direttamente danni.

A livello di Consiglio d'Europa, dobbiamo anzitutto ricordare la Convenzione sulla protezione dei minori dallo sfruttamento e dagli abusi sessuali, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007, dove «vittima designa ogni minore oggetto di sfruttamento o abuso sessuale» (art. 3 lett. c). Poi, la Convenzione sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, fatta a Istanbul l'11 maggio 2011, identifica quale vittima qualsiasi persona fisica che subisca «una violazione dei diritti umani e una forma di discriminazione contro le donne, comprendente tutti gli atti di violenza fondati sul genere» che causino o possano causare «danni o sofferenze di natura fisica, sessuale, psicologica o economica», oppure venga offesa da atti di «violenza domestica», ossia «atti di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica» originati «all'interno della famiglia o del nucleo familiare» (art. 3)<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Al riguardo, cfr. GRIFANTINI, Fabio Maria, *Il ruolo della vittima nel procedimento davanti alla Corte penale internazionale*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3180 s.; MELONI, Chantal, *Le vittime nel procedimento davanti alla Corte penale internazionale*, in CORSO, Piero Maria, ZANETTI, Elena (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. II, La Tribuna, 2010, p. 387 s.

<sup>11</sup> Sul punto, v. CASSIBBA, Fabio Salvatore, *Le vittime di genere alla luce delle Convenzioni di Lanzarote e Istanbul*, in BARGIS, Marta, BELLUTA, Hervé (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale*, cit., p. 67 s.

Indicazioni di un certo peso derivano, poi, dalle fonti dell'Unione che hanno recepito le Convenzioni appena citate: così la direttiva 2011/93/UE, del 13 dicembre 2011, sulla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile, così la direttiva 2011/36/UE, del 5 aprile 2011, in materia di tratta di esseri umani e di protezione delle vittime di tale reato<sup>12</sup>. Ancora, la direttiva 2011/99/UE, del 13 dicembre 2011, sull'ordine di protezione europeo, individua la vittima in chi necessiti di misure di protezione rivolte specificamente a proteggerlo «da atti di rilevanza penale di un'altra persona tali da mettere in pericolo, in qualsiasi modo, la vita o l'integrità fisica, psichica e sessuale» (considerando n. 9)<sup>13</sup>.

### **3. ... ALLA DECISIONE QUADRO 2001/220/GAI...**

Centrale, in quest'opera ricostruttiva, il peso assunto dalla decisione quadro 2001/220/GAI, del 15 marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale: l'art. 1 identifica come vittima «la persona fisica che abbia subito un pregiudizio, anche fisico o mentale, sofferenze psichiche, danni materiali causati direttamente da atti o omissioni che costituiscono una violazione del diritto penale di uno Stato membro»<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Al riguardo, si veda soprattutto AMALFITANO, Chiara, *La tutela delle vittime di reato nelle fonti dell'Unione europea diverse dalla direttiva 2012/29/UE e le misure di attuazione nell'ordinamento nazionale*, in BARGIS, Marta, BELLUTA, Hervé (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale*, cit., p. 89 s.

<sup>13</sup> In ordine ai contenuti della direttiva 2011/99/UE, alla sua attuazione in Italia e in alcuni altri Paesi europei, v. BELLUTA, Hervé, CERESA-GASTALDO, Massimo (a cura di), *L'ordine europeo di protezione. La tutela delle vittime di reato come motore della cooperazione giudiziaria*, Giappichelli, 2016.

<sup>14</sup> In un panorama bibliografico ormai molto ampio, cfr. BARGIS, Marta, BELLUTA, Hervé, *La direttiva 2012/29/UE: diritti minimi della vittima nel processo penale*, in BARGIS, Marta, BELLUTA, Hervé (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale*, cit., p. 22 s.; LUPÁRIA, Luca, OROMÍ I VALL-LLOVERA, Susana, *Il concetto di vittima e la nozione di particolare vulnerabilità*, in ARMENTA DEU, Teresa, LUPÁRIA, Luca (a cura di), *Linee guida per la tutela processuale delle vittime vulnerabili*, Giuffrè, 2011, p. 1 s.; PITCH, Tamar, *Qualche considerazione sulla nozione di vittima*, in BOSI Alessandro, MANGHI, Sergio (a cura di), *Lo sguardo della vittima*, Franco Angeli, 2009,

Nonostante la decisione quadro non abbia avuto concreta attuazione, almeno in Italia<sup>15</sup>, può essere considerata la matrice ideale della direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, datata 25 ottobre 2012, che prevede norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che (appunto) la sostituisce.

Occorre essere consapevoli che la ricerca di una precisa definizione di “vittima” aiuta solo sino ad un certo punto; invece, assoluta rilevanza deve essere assegnata al fatto che la vittima – a partire dal 2001 – viene costantemente collocata all’interno delle dinamiche processuali penali. Lo dimostra già l’intitolazione della decisione quadro 2001/220/GAI, tutta dedicata a configurare una adeguata «posizione della vittima nel procedimento penale».

Paradossalmente, però, proprio su questo specifico punto si deve registrare un *deficit* definitorio che tutte le fonti europee richiamate condividono: quale posizione, quale ruolo spetterebbe alla vittima nel processo penale?

La decisione quadro del 2001 individuava come prioritaria la necessità di assegnare un ruolo «effettivo e appropriato» alle vittime in ciascun sistema giudiziario penale degli Stati membri (art. 2 § 1), senza tuttavia spingersi ad individuare quali fossero le caratteristiche reali di tale condizione. Più che un vero ruolo, dunque, la decisione quadro 2001/220/GAI ha delineato un primo statuto di diritti fondamentali spettanti alla vittima, gravitanti intorno all’informazione, all’assistenza, alla partecipazione e alla protezione<sup>16</sup>.

---

p. 48 s.; RAFARACI, Tommaso, *La tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie, Opinioni a confronto*, in *Criminalia*, 2010, p. 257 s.; VENAFRO, Emma, PIEMONTESE, Carmela (a cura di), *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, Giappichelli, 2004.

<sup>15</sup> La delega legislativa contenuta nella c.d. Legge comunitaria del 2009 (l. 4 giugno 2010, n. 96), che avrebbe dovuto dare attuazione, recependone i principi e i criteri direttivi, proprio alla decisione quadro del 15 marzo 2001, non ha avuto infatti seguito. Sul punto, v. RECCHIONE, Sandra, *La tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie, Opinioni a confronto*, in *Criminalia*, 2010, p. 274 s.

<sup>16</sup> Eloquente, sul punto, il Considerando n. 9 della decisione quadro, ove si affermava come le disposizioni della medesima non avrebbero in ogni caso imposto «agli Stati membri l’obbligo di garantire alle vittime un trattamento equivalente a quello delle parti del processo».

Le vischiosità segnalate, in ogni caso, non hanno impedito una progressiva valorizzazione della vittima<sup>17</sup>: al contrario, con la decisione quadro 2001/220/GAI, ha avuto origine una sorta di *victim's rights movement* europeo<sup>18</sup> che le fonti unitarie ancora oggi non smettono di alimentare<sup>19</sup>. Del resto, non si può nascondere che uno degli architravi dell'armonizzazione eurolunitaria in materia di libertà, giustizia e sicurezza poggia sul riconoscimento e la tutela delle vittime di reato<sup>20</sup>, così all'interno delle dinamiche della giustizia penale, come in seno alla società civile.

#### 4. ... SINO ALLA DIRETTIVA 2012/29/UE.

La direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012<sup>21</sup>, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, rappresenta a tutt'oggi il principale strumento normativo in materia adottato dall'Unione europea.

---

<sup>17</sup> Come affermato da FORTI, Gabrio, *L'immane concretezza*, Giuffrè, 2000, p. 252 s.

<sup>18</sup> Riprendendo l'epiteto di un movimento culturale nordamericano degli anni ottanta del secolo scorso, nato proprio allo scopo di rivendicare un maggiore riconoscimento processuale per le vittime di reato (GOLDSTEIN, Abraham S., *The Victim and the Prosecutorial Discretion: The Federal Victim and Witness Protection Act of 1982*, in 47 *Law & Contemporary Problems*, 1984, n. 4, p. 225 s.; GOLDSTEIN, Abraham S., *Defining the role of the victim in criminal prosecution*, in 52 *Miss. L. J.*, 1982, p. 515).

<sup>19</sup> Basti pensare allo spazio dedicato alle vittime all'interno della direttiva (UE) 2017/541, del Parlamento europeo e del Consiglio, sulla lotta contro il terrorismo e che sostituisce la decisione quadro 2001/475/GAI del Consiglio e che modifica la decisione 2005/671/GAI del Consiglio, il cui Titolo V (artt. 24-26) reca «Disposizioni in materia di protezione e sostegno alle vittime di terrorismo e diritti delle stesse».

<sup>20</sup> Come hanno dimostrato dapprima alcune “tappe” dell'agenda europea in materia di giustizia, ovvero il Programma di Stoccolma (2010/C 115/01), elaborato dal Consiglio europeo anche al fine di sottolineare l'urgenza di conferire sostegno e protezione alle persone vulnerabili considerate a rischio, e la Tabella di marcia (c.d. di Budapest) per il rafforzamento dei diritti e della tutela delle vittime, adottata dal Consiglio il 10 giugno 2011 (2011/C 187/01), poi l'adozione della direttiva 2012/29/UE.

<sup>21</sup> In *G.U.U.E.* L 315 del 14 novembre 2012.

Forte dell'esperienza del 2001, ma in un quadro istituzionale europeo di molto evoluto, soprattutto grazie al Trattato di Lisbona, la direttiva mira principalmente a creare, per la vittima di reato, le condizioni minime affinché possa beneficiare di informazione, assistenza, partecipazione e protezione nel processo penale. In generale, uno degli obiettivi della direttiva è sensibilizzare gli Stati in ordine al bisogno che «le vittime siano riconosciute e trattate in maniera rispettosa, sensibile, personalizzata, professionale e non discriminatoria» (art. 1 § 1).

Non di meno, la direttiva tenta una definizione di vittima, così da indicare agli Stati membri la via da seguire nel dare esecuzione ai propri obblighi attuativi (Capo 1, artt. 1 e 2). All'art. 2, difatti, qualifica come vittima sia la «persona fisica che abbia subito un danno, anche fisico, mentale o emotivo, o perdite economiche che sono stati causati direttamente da un reato», sia il «familiare di una persona la cui morte è stata causata direttamente da un reato e che ha subito un danno in conseguenza della morte di tale persona»<sup>22</sup>.

La definizione, per la prima volta, dice molto. Anzitutto, non separa interesse penale e interesse civile: se la pretesa risarcitoria può essere avanzata nel processo penale come in un altro procedimento giudiziario (art. 16 § 1), sembra chiaro che pure il titolare di un interesse civilistico da perdita economica *ex crimine* sia una vittima. Già la decisione quadro 2001/220/GAI prevedeva il diritto al risarcimento: l'art. 9, infatti, stabiliva che ciascuno «Stato membro garantisce alla vittima di un reato il diritto di ottenere, entro un ragionevole lasso di tempo, una decisione relativa al risarcimento da parte dell'autore del reato nell'ambito del procedimento penale, eccetto i casi in cui il diritto nazionale preveda altre modalità di risarcimento».

L'art. 16 della direttiva ribadisce che in via di principio la vittima di un reato deve essere posta in condizione di ottenere una pronuncia «in merito al risarcimento da parte dell'autore del reato nell'ambito del procedimento penale», fatto salvo il caso in cui «il diritto nazionale preveda

---

<sup>22</sup> Quanto al concetto di “familiare”, la categoria ricomprende «il coniuge, la persona che convive con la vittima in una relazione intima, nello stesso nucleo familiare e in modo stabile e continuativo, i parenti in linea diretta, i fratelli e le sorelle, e le persone a carico della vittima» (art. 2 lett. b).

che tale decisione sia adottata nell'ambito di un altro procedimento giudiziario». In sostanza, se il risarcimento compare tra i diritti della vittima, essa è tale sia che avanzi un'istanza di persecuzione penale, sia che propugni una mera azione civile di danno.

In secondo luogo, occorre notare come anche i familiari, pur essendo considerati vittime solo nel caso di morte della vittima diretta, dovranno in simile ipotesi assumere pienamente le relative vesti, assorbendone ruoli e poteri processuali. In tal modo, il concetto di vittima si dimostra quanto mai elastico, capace di estendersi per far fronte alle istanze di quanti siano coinvolti, subendone le conseguenze, dal reato. Non solo: se il familiare è in grado di assumere direttamente la qualifica penalistica di vittima, senza mutuarla dalla titolarità di interessi di natura economico-patrimoniale, significa che dovrà poter occupare, nel processo penale come in eventuali dinamiche di mediazione o riparazione, la stessa posizione che avrebbe assunto la vittima diretta, indipendentemente da eventuali pretese risarcitorie.

## **5. LA SFIDA ANCORA APERTA: QUALE RUOLO ASSEGNARE ALLE VITTIME NEL PROCESSO PENALE?**

Nonostante il proprio peso specifico, dovuto – prima ancora che ai contenuti – alla posizione che occupa nella gerarchia delle fonti del diritto, la direttiva 2012/29/UE si rivela carente in ordine all'individuazione del ruolo della vittima di reato.

In effetti, rimette interamente la questione del ruolo delle vittime alle determinazioni del diritto nazionale (considerando n. 20), consapevole del fatto che ad esse possano spettare ruoli diversi, dalla vera e propria parte processuale al mero soggetto sino al testimone, con ricadute determinanti sull'effettività dei diritti e dei poteri esercitabili nel processo penale.

A ben osservare, già la decisione quadro 2001/220/GAI (considerando n. 9) denunciava l'impossibilità di imporre «agli Stati membri l'obbligo di garantire alle vittime un trattamento equivalente a quello delle parti del procedimento». Alquanto semplicemente, sottolineava come sarebbe stato opportuno permettere alla vittima «di essere sentita durante il procedimento», concedendole di presentare anche «elementi di prova» (art. 3). In altre parole, il messaggio forte della decisione

quadro del 2001 era inteso principalmente a collocare la vittima dentro il procedimento penale, garantendo così – ad un partecipante sempre eventuale – un concreto diritto di accesso alla giustizia.

Quel legato testamentario pare perfezionarsi con la direttiva 2012/29/UE, che infatti calibra ogni diritto della vittima in base al suo rapporto diretto con la giustizia penale.

Tuttavia, la direttiva appare troppo timida quando si tratta di definire il ruolo della vittima nel processo penale. Il vero punto debole della direttiva, peraltro, si giustifica pensando che le tradizioni processuali europee – alle quali la direttiva si rivolge come catalizzatore di una costante e progressiva opera di ravvicinamento legislativo – sono tanto distanti da escludere ogni automatica convergenza sul ruolo processuale delle vittime.

Non a caso, il considerando n. 20 elenca varie declinazioni possibili del ruolo che alla vittima può essere assegnato: come noto, si oscilla dalla vera e propria parte del procedimento sino all'assunzione dell'ufficio di testimone, passando per la posizione di mero soggetto processuale che, come tale, può partecipare se ne fa richiesta, ma non si può annoverare quale parte in senso tecnico.

Non possiamo nascondere il fatto che i diritti garantiti alla vittima variano di intensità, a seconda delle opzioni espresse dagli ordinamenti locali proprio in ordine al suo ruolo. In particolare, esiste una certa distanza tra le garanzie di cui la vittima deve essere titolare e i poteri propulsivi dei quali dovrebbe disporre: detto altrimenti, mentre informazione, assistenza e protezione vengono assicurate alla vittima indipendentemente dalla sua posizione processuale, la gamma dei diritti e dei poteri attivi ne risente molto.

Insomma, è chiaro che per entrare davvero nelle dinamiche del processo penale e della decisione, la vittima necessita di un riconoscimento che la collochi nel ruolo di parte processuale. E tanto dicasi indipendentemente dal fatto che essa apporti al processo le proprie conoscenze, in quanto testimone: certamente, ai sensi dell'art. 10 della direttiva, gli Stati membri sono tenuti sempre a garantire – in base alle proprie norme rituali – che «la vittima possa essere sentita nel corso del procedimento penale e possa fornire elementi di prova». Si tratta, però, del *right to be heard*, ovvero del livello minimo – e non massimo – di partecipazione della vittima al processo.

Quanto agli «elementi di prova» che la vittima può fornire, la versione inglese della direttiva parla di «*evidence*»: se dovesse tecnicamente trattarsi di prove, il diritto nazionale resterebbe libero nel determinarne le modalità, ma sarebbe in ogni caso tenuto a garantire alla vittima un vero e proprio diritto alla prova.

La funzione probatoria della vittima dovrebbe dunque spingersi oltre l'assunzione della qualità di persona informata sui fatti, prima, e di testimone, dopo, durante il giudizio, per attingere al nucleo vero dei *procedural rights* di natura probatoria, ovvero la richiesta di ammissione delle prove, da rivolgere – al pari di accusa e difesa – al giudice del dibattimento.

L'accesso al giudice andrebbe garantito alla vittima, e non alla sola parte privata costituita, cioè la parte civile: anzi, quest'ultima presenza alimenta la percezione dell'offeso come «figura dai lineamenti alquanto ambigui e confusi»<sup>23</sup>. Soprattutto, la scelta di conservare nel processo penale uno spazio per la richiesta risarcitoria dei danni subiti in conseguenza del reato espone la vittima ad uno sdoppiamento del proprio ruolo che, in definitiva, la indebolisce<sup>24</sup>.

La «staffetta»<sup>25</sup> tra offeso e danneggiato-parte civile favorisce quest'ultimo; in più, dato che la presenza della parte civile è percepita con notevole diffidenza<sup>26</sup>, anche l'offeso ne rimane pregiudicato, sebbene ne sia alquanto lontano per funzione<sup>27</sup>.

---

<sup>23</sup> Così si esprimeva già TRANCHINA, Giovanni, voce *Persona offesa dal reato*, cit., p. 3.

<sup>24</sup> Anche perché affiora il «volto più sgradevole della vittima» (AMODIO, Ennio, *Mille e una toga*, Giuffrè, 2010, p. 104). Diversa la posizione di LAVARINI, Barbara, *Azione civile nel processo penale*, cit., p. 211, ove si conclude come l'azione civile in sede penale svolga un ruolo di «maggior tutela» della vittima del reato.

<sup>25</sup> Così PAULESU, Pier Paolo, voce *Persona offesa dal reato*, in *Enc. dir., Annali*, II, t. I, 2008, p. 601.

<sup>26</sup> Sulla non spontanea ospitalità offerta dal processo penale alla parte civile v. LORUSSO, Sergio, *Le conseguenze del reato. Verso un protagonismo della vittima nel processo penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 881 s.

<sup>27</sup> Sulla marginalizzazione della vittima in seno al processo penale v. LUPÁRIA, Luca, *Quale posizione per la vittima nel modello processuale italiano?*, in ALLEGREZZA, Silvia, BELLUTA, Hervé, GIALUZ, Mitja, LUPÁRIA, Luca, *Lo scudo e la spada*, cit., p. 38 s.

La vittima soggetto e non parte, all'occorrenza testimone, dunque: una pluralità di ruoli che la trasforma in una presenza debole e ingombrante.

Debole come fonte di prova, perché interessata agli esiti del giudizio sulla responsabilità dell'imputato; debole altresì perché spesso vulnerabile e bisognosa di protezione dal processo, dal contraddittorio e dall'imputato<sup>28</sup>. Ingombrante poiché accusatore sussidiario, pronto a demolire la simmetria accusa-difesa con un apporto che in molti ritengono capace di affossare le *chances* difensive dell'imputato.

In sostanza, l'ordinamento italiano continua a mostrarsi in certa misura impermeabile rispetto ai modelli culturali e processuali che rappresentano l'*humus* ideale delle disposizioni contenute nelle direttive eurounitarie dedicate alla vittima.

Il legislatore nazionale ha dimostrato una buona dose di attenzione quando ha recepito le previsioni europee in materia di protezione delle vittime, anche particolarmente vulnerabili<sup>29</sup>. Tuttavia, non ci si può nascondere che tale cura pare figlia del bisogno che il processo ha della vittima, chiamata a rendere una testimonianza che talvolta è l'unico mezzo di prova a disposizione: si protegge la vittima in quanto si deve garantire il suo contributo probatorio.

Dotata la vittima di un forte "scudo" grazie al quale difendersi, servirebbe ora una "spada" per far davvero valere in giudizio l'effettività delle proprie legittime istanze penali.

---

<sup>28</sup> Sul tema, volendo, già BELLUTA, Hervé, *Un personaggio in cerca d'autore: la vittima vulnerabile nel processo penale italiano*, in ALLEGREZZA, Silvia, BELLUTA, Hervé, GIALUZ, Mitja, LUPÁRIA, Luca, *Lo scudo e la spada*, cit., p. 95 s.

<sup>29</sup> In argomento, si rimanda a quanto affermato in BELLUTA, Hervé, *Protection of particularly vulnerable victims in the italian criminal process*, in LUPÁRIA, Luca (a cura di), *Victims and criminal justice. European standards and national good practices*, Wolters Kluwer, 2015, p. 251 s. Più di recente, cfr. LORENZETTO, Elisa, *Audizioni investigative e tutela della vittima*, in BARGIS, Marta, BELLUTA, Hervé (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale*, cit., p. 337 s.; PARLATO, Lucia, *La tutela della vittima mediante gli strumenti precautelari: tra arresto in flagranza e allontanamento dalla casa familiare*, *ivi*, p. 401 s.; PRESUTTI, Adonella, *Le audizioni protette*, *ivi*, p. 375 s.; ZACCHÈ, Francesco, *Il sistema cautelare a protezione della vittima*, *ivi*, p. 419 s.

In chiave sistemica, invece, è mancata una chiara presa di posizione sul peso specifico che le vittime potrebbero assumere nelle dinamiche del contraddittorio<sup>30</sup>.

Il rischio che oggi si percepisce sta nel fatto che difficilmente si tornerà a breve a confrontarsi sul ruolo della vittima: questa sensazione è legata all'attualità, dove il dibattito culturale sul processo penale e le priorità dell'agenda politica nazionale mostrano come la "stagione della vittima" sia ormai superata<sup>31</sup>.

Nonostante l'*air du temps*, ci pare ancora utile profilare i contorni di un nuovo ruolo della vittima, teso ad assegnarle quella capacità partecipativo-difensiva che sino ad oggi le è stata negata.

Ne deriverebbe un processo accusatorio aperto ai contributi di parti plurime<sup>32</sup>, un minor asservimento delle istanze della vittima alle logiche inquisitorie del pubblico ministero, e una minore dipendenza da esso (si pensi alla richiesta "mediata" di incidente probatorio, *ex art.* 394 c.p.p.). Inoltre, la vittima-parte otterrebbe un pieno diritto alla difesa, alla prova e alla critica della decisione, attraverso l'accesso diretto ai mezzi di impugnazione.

Un più accentuato dinamismo dei poteri processuali delle vittime, che le rendesse non solo passive destinatarie di informazioni e garanzie, ma attrici nell'accertamento – che rimane pur sempre fondato sul contraddittorio tra posizioni diverse –, avrebbe poi positivi influssi anche sul piano della

---

<sup>30</sup> In senso analogo, v. anche CESARI, Claudia, *La vittima nel rito penale: le direttrici della lenta costruzione di un nuovo ruolo*, in *Giur. it.*, 2012, p. 463 s.

<sup>31</sup> Insomma, ribaltando le (allora quanto mai appropriate) parole di PARLATO, Lucia, *Il contributo della vittima tra azione e prova*, cit., p. 13, non sembra più «il tempo della vittima».

<sup>32</sup> Così abbracciando la felice metafora utilizzata da GRANDE, Elisabetta, *Dances of Justice: Tango and Rumba in Comparative Criminal Justice*, in *Global Jurist*, 2009, Vol. 9, Issue 4 (Frontiers), Article 6, p. 1 s., ove si afferma, tra l'altro, come «*Different ideas about justice convey different images that can be captured by a dancing metaphor*». Lo scritto, quindi, «*suggests that the adversary system can be associated with the idea of a 'tango justice'; the non-adversary one with that of a 'rumba justice.'* 'Tango' can be performed by two dancers and only by those two, acting together in the venture of establishing the adversarial truth. 'Rumba', on the contrary, is performed by a variable number of dancers occasionally alone and occasionally in groups with many shifts and continuous substitutions of dancers and roles».

protezione, intesa quasi come “autodifesa” della vittima contro il pericolo di intimidazioni o ritorsioni. L’antagonismo naturale della vittima rispetto all’imputato potrebbe garantirle una forma di protezione “grazie al processo”, nel quale i rischi di vittimizzazione secondaria finirebbero per sfumare proprio in virtù di a quel maggiore coinvolgimento che, in definitiva, le riconoscerebbe piena dignità di contraddittore<sup>33</sup>.

Senza contare che, se così fosse, potrebbe darsi alla vittima un’alternativa: costituirsi come vittima-parte, perseguendo un interesse penalistico alla ricostruzione del fatto e delle connesse responsabilità dell’imputato, oppure costituirsi parte civile, perseguendo solo l’interesse civilistico al risarcimento del danno.

La possibilità di portare la pretesa civile nella sua sede naturale (il processo civile) potrebbe liberare il campo della giustizia penale da istanze che in certa misura vi appaiono aliene, senza però privare la vittima del diritto ad una piena partecipazione là dove – la sede penale – le fonti europee per prime impongono che essa sia informata, assistita e protetta.

## BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *La vittima del reato, questa dimenticata*, Roma: Accademia Nazionale dei Lincei, 2001.

AIMONETTO, Maria Gabriella, voce *Persona offesa*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIII, 1983, p. 321.

ALLEGREZZA, Silvia, BELLUTA, Hervé, GIALUZ, Mitja, LUPÁRIA, Luca, *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Torino: Giappichelli, 2012.

ALLEGREZZA, Silvia, *La riscoperta della vittima nella giustizia penale europea*, in *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Torino: Giappichelli, 2012, p. 1 s.

AMALFITANO, Chiara, *La tutela delle vittime di reato nelle fonti dell’Unione europea diverse dalla direttiva 2012/29/UE e le misure di attuazione nell’ordinamento*

<sup>33</sup> Sul tema, sia permesso rinviare a BELLUTA, Hervé, *Le vittime in condizione di particolare vulnerabilità. Gli strumenti di tutela nel processo penale italiano*, in BIANCHETTI, Raffaele, LUPÁRIA, Luca, MARIANI, Elena (a cura di), *Autori e vittime di reato. Gli obblighi dello Stato alla luce del diritto internazionale*, Maggiori editore, 2017, p. 68 s.

nazionale, in BARGIS, Marta, BELLUTA, Hervé (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Torino: Giappichelli, 2017, p. 89 s.

AMODIO, Ennio, *Mille e una toga*, Milano: Giuffrè, 2010.

BARGIS, Marta, *Il ruolo degli enti rappresentativi*, in *La vittima del reato, questa dimenticata*, Roma: Accademia nazionale dei Lincei, 2001, p. 65 s.

BARGIS, Marta, BELLUTA, Hervé (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Torino; Giappichelli, 2017.

BARGIS, Marta, BELLUTA, Hervé, *La direttiva 2012/29/UE: diritti minimi della vittima nel processo penale*, in BARGIS, Marta, BELLUTA, Hervé (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Torino: Giappichelli, 2017, p. 22 s.

BELLUTA, Hervé, *Un personaggio in cerca d'autore: la vittima vulnerabile nel processo penale italiano*, in ALLEGREZZA, Silvia, BELLUTA, Hervé, GIALUZ, Mitja, LUPÁRIA, Luca, *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Torino: Giappichelli, 2012, p. 95 s.

BELLUTA, Hervé, *Protection of particularly vulnerable victims in the italian criminal process*, in LUPÁRIA, Luca (a cura di), *Victims and criminal justice. European standards and national good practices*, Milano: Wolters Kluwer, 2015, p. 251 s.

BELLUTA, Hervé, CERESA-GASTALDO, Massimo (a cura di), *L'ordine europeo di protezione. La tutela delle vittime di reato come motore della cooperazione giudiziaria*, Torino: Giappichelli, 2016.

BELLUTA, Hervé, *Le vittime in condizione di particolare vulnerabilità. Gli strumenti di tutela nel processo penale italiano*, in BIANCHETTI, Raffaele, LUPÁRIA, Luca, MARIANI, Elena (a cura di), *Autori e vittime di reato. Gli obblighi dello Stato alla luce del diritto internazionale*, Santarcangelo di Romagna: Maggioli editore, 2017, p. 68 s.

CASSIBBA, Fabio Salvatore, *Le vittime di genere alla luce delle Convenzioni di Lanzarote e Istanbul*, in BARGIS, Marta, BELLUTA, Hervé (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Torino: Giappichelli, 2017, p. 67 s.

CESARI, Claudia, *La vittima nel rito penale: le direttrici della lenta costruzione di un nuovo ruolo*, in *Giur. it.*, 2012, p. 463 s.

FORTI, Gabrio, *L'immane concretezza*, Milano: Giuffrè, 2000.

GIARDA, Angelo, *La persona offesa dal reato nel processo penale*, Milano: Giuffrè, 1971.

GOLDSTEIN, Abraham S., *The Victim and the Prosecutorial Discretion: The Federal Victim and Witness Protection Act of 1982*, in *47 Law & Contemporary Problems*, 1984, n. 4, p. 225 s.

GOLDSTEIN, Abraham S., *Defining the role of the victim in criminal prosecution*, in 52 *Miss. L. J.*, 1982, p. 515.

GRANDE, Elisabetta, *Dances of Justice: Tango and Rumba in Comparative Criminal Justice*, in *Global Jurist*, 2009, Vol. 9, Issue 4 (*Frontiers*), Article 6, p. 1 s.

GRIFANTINI, Fabio Maria, *Il ruolo della vittima nel procedimento davanti alla Corte penale internazionale*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3180 s.

LAVARINI, Barbara, *Azione civile nel processo penale e principi costituzionali*, Torino: Giappichelli, 2009.

LORENZETTO, Elisa, *Audizioni investigative e tutela della vittima*, in BARGIS, Marta, BELLUTA, Hervé (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Torino: Giappichelli, 2017, p. 337 s.

LORUSSO, Sergio, *Le conseguenze del reato. Verso un protagonismo della vittima nel processo penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 881 s.

LUPÁRIA, Luca, OROMÍ I VALL-LLOVERA, Susana, *Il concetto di vittima e la nozione di particolare vulnerabilità*, in ARMENTA DEU, Teresa, LUPÁRIA, Luca (a cura di), *Linee guida per la tutela processuale delle vittime vulnerabili*, Milano: Giuffrè, 2011, p. 1 s.

LUPÁRIA, Luca, *Quale posizione per la vittima nel modello processuale italiano?*, in ALLEGREZZA, Silvia, BELLUTA, Hervé, GIALUZ, Mitja, LUPÁRIA, Luca, *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Torino: Giappichelli, 2012, p., p. 38 s.

MELONI, Chantal, *Le vittime nel procedimento davanti alla Corte penale internazionale*, in CORSO, Piero Maria, ZANETTI, Elena (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. II, Piacenza: La Tribuna, 2010, p. 387 s.

PARLATO, Lucia, *Il contributo della vittima tra azione e prova*, Palermo: Torri del Vento, 2012.

PARLATO, Lucia, *La tutela della vittima mediante gli strumenti precautelari: tra arresto in flagranza e allontanamento dalla casa familiare*, in BARGIS, Marta, BELLUTA, Hervé (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Torino: Giappichelli, 2017, p. 401 s.

PAULESU, Pier Paolo, voce *Persona offesa dal reato*, in *Enc. dir., Annali*, II, t. I, 2008, p. 601.

PITCH, Tamar, *Qualche considerazione sulla nozione di vittima*, in BOSI Alessandro, MANGHI, Sergio (a cura di), *Lo sguardo della vittima*, Milano: Franco Angeli, 2009, p. 48 s.

PRESUTTI, Adonella, *Le audizioni protette*, in BARGIS, Marta, BELLUTA, Hervé (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Torino: Giappichelli, 2017, p. 375 s.

QUAGLIERINI, Corrado, *Le parti private diverse dall'imputato e l'offeso dal reato*, Milano: Giuffrè, 2003.

RAFARACI, Tommaso, *La tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie, Opinioni a confronto*, in *Criminalia*, 2010, p. 257 s.

RECCHIONE, Sandra, *La tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie, Opinioni a confronto*, in *Criminalia*, 2010, p. 274 s.

TRANCHINA, Giovanni, voce *Persona offesa dal reato*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXIII, 1990, p. 1 s.

TRANCHINA, Giovanni, *La vittima del reato nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 4051 s.

VENAFRO, Emma, PIEMONTESE, Carmela (a cura di), *Ruolo e tutela della vittima in diritto penale*, Torino: Giappichelli, 2004.

ZACCHÈ, Francesco, *Il sistema cautelare a protezione della vittima*, in BARGIS, Marta, BELLUTA, Hervé (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Torino: Giappichelli, 2017, p. 419 s.

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

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

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

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

### Dados do processo editorial

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

- Recebido em: 14/01/2019
- Controle preliminar e verificação de plágio: 15/01/2019
- Avaliação 1: 29/01/2019
- Avaliação 2: 06/02/2019
- Decisão editorial preliminar: 07/02/2019
- Retorno rodada de correções 1: 20/02/2019
- Decisão editorial final: 24/02/2019

### Equipe editorial envolvida

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

### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

BELLUTA, Hervé. Quale ruolo per la vittima nel processo penale italiano?  
*Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 73-92,  
jan./abr. 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.225>



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

# The inmate as a victim of the rise in the incarceration rate and the perception of insecurity in western society. A particular analysis of the Chilean case.

*El interno como víctima del aumento del índice de encarcelamiento y la percepción de inseguridad en la sociedad occidental. Análisis particular del caso chileno.*

**Silvio Cuneo<sup>1</sup>**

Universidad Central de Chile – Santiago/Chile

[silvio.cuneo@ucentral.cl](mailto:silvio.cuneo@ucentral.cl)

 <http://orcid.org/0000-0003-1072-745X>

---

**ABSTRACT:** Often, the discussion about the victim in the penal process recognizes only the crime victim and doesn't take into consideration that the inmate, the person deprived of liberty, might also be a victim of the criminal justice system. This paper analyses the issue of mass imprisonment with particular attention to the Chilean case. The excessive and selective use of the deprivation of freedom has become a controlling tool, filling our prisons with those excluded from society. After a general analysis, we will investigate the causes of mass imprisonment: the dismantling of the Welfare State (followed by tougher punishment) and punitive populism (result of a vindictive demagogic attitude). We believe that the selection by which it operates, the effects that it produces and the resulting advantages for the privileged minorities make this not only illegitimate but also intolerable in a democratic society. We will conclude with a realistic proposal, an alternative to mass imprisonment, compatible with respect for human dignity.

---

<sup>1</sup> Académico de la Universidad Central de Chile. Doctor en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra y la Università degli Studi di Trento. Entre sus libros destacan: “Cárceles y pobreza. Distorsiones del populismo penal” (2018), “El encarcelamiento masivo” (2017), “La cárcel moderna. Una crítica necesaria” (2017) y “Cine y Derecho penal” (2010).

**KEY WORDS:** inmates; punitive populism; vindictive demagogic attitude; social state; penal state.

**RESUMEN:** Normalmente cuando se habla de la víctima del proceso penal se piensa en la víctima del delito y se olvida que la principal víctima es el privado de libertad. Este trabajo analiza el problema del aumento del encarcelamiento con especial atención al caso chileno. El uso excesivo y selectivo de la pena privativa de libertad la ha transformado en un mecanismo de control, llenando las cárceles de marginados. Tras un análisis general de las principales causas del aumento del encarcelamiento: el desmantelamiento del Estado social (acompañado de una mayor punitividad) y el populismo punitivo (como resultado de un discurso demagógico vindicativo), se analizará la selectividad con la que opera, los efectos que produce y las ventajas que supone para grupos muy minoritarios. Todo lo anterior hace del encarcelamiento masivo algo ilegítimo e intolerable en una sociedad democrática. Concluye este trabajo con propuestas alternativas y factibles al encarcelamiento masivo, compatibles con el respeto por la dignidad humana.

**PALABRAS CLAVE:** personas privadas de libertad; populismo punitivo; demagogia vindicativa; Estado social; Estado penal.

**SUMMARY:** 1. Introduction. 2. Modern prison. 3. The effects of modern prison. 4. Mass imprisonment. 5. Causes of mass imprisonment. 6. Imposition of a hegemonic attitude. 7. The Chilean situation. Conclusions. References.

---

## 1. INTRODUCTION

The title of this paper suggests two aspects: first, that it's also true that the victim of the penal process is not only the crime victim but also the individual who must suffer the consequences of the punitive system. On the other hand, that a major cause of mass imprisonment is the *perception* of insecurity.

Concerning the first aspect seems appropriate to recall Giorgio del Vecchio stating that the history of punishment is as dishonorable for human kind as the history of crime. In this sense criminal law becomes more detrimental than crime itself. Likewise, once stated the ineffectiveness

of criminal law to control crime, makes sense to keep it merely as a management system for poverty.<sup>2</sup>

The second aspect, closely related to the first one, is the one that I'll explain in the following paragraphs, aiming to explain how an exponential increasing of selective and classist incarceration takes place, fed by perception of insecurity developed and increased by the media.

We can say that perception does not always correlate with reality, meaning that perception can be different from reality. Crime is a real (not-invented) problem, but is perceived as being much more serious than it actually is. This distortion is generated by different factors, but it is mainly due to the majority of people not informing themselves by reading criminal statistics or scientific journals of criminology, while instead they build their conception of crime and criminality from the *mass media* and in particular from television.

The latter (as indeed every *mass media*) tries to capture the attention of the viewer: violent and cruel images serve this purpose and the crime (particularly the violent one) is overexposed, creating a much bigger and distorted image of violent crime.

This distorted view of crime generates fear and fear, the enemy of reason, opens the floodgates for opportunistic politicians to exploit it, to present themselves as guardians of victims of violent crimes.

Given that *mass media* are not able to, nor interested in, explaining the complexity of crime, they prefer offering a simple and coarse "explanation", with a no alternative solution according to which you are either on the side of the victim or that of the criminal.<sup>3</sup>

In this climate of fear, punitive populism generates important electoral gains and punitive legislation is the result of the vindictive demagogic attitude.

Very generally speaking, we can simplify the problem as follows:

---

<sup>2</sup> Cuneo, Silvio, *Cárceles y Pobreza. Distorsiones del populismo penal*, Santiago de Chile: Uqbar editores, 2018.

<sup>3</sup> Garland, David, *The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*, Chicago: University of Chicago Press, 2001; Cavadino, Michael, Cavadino, Mick and Dignan, James. *Penal systems: A comparative approach*, London: Sage, 2005.

Magnified perception of crime → fear → more punitive legislation

However, this explanation is somewhat superficial and indeed simplistic and certainly does not suffice to account for a very complex phenomenon, namely that of mass imprisonment.

In order to understand, study, and attempt to explain these phenomena, single explanations fall far short of our purpose.

The multi causality of mass imprisonment demands studying this phenomenon by adopting an interdisciplinary method (or methods). However, it is difficult to comprehend the diverse causes and the risk is real of appearing naïve, as it not possible to conduct – as would be appropriate – a sociological, criminological, psychological, penological, juridical, philosophical, etc. analysis.

On the other hand, when we explain or try to understand this phenomenon, there is a tendency to split the causes (non-mediated causes, on the one hand, meaning laws or case- laws; mediated causes, on the other hand, meaning those that deal with context: punitive populism, economic system, etc.). Nevertheless, this breakdown forces us to separate a tangled reality. The split of the analysis, even if it leads to a better comprehension, prevents us from grasping the dynamism of reality.

More often than not, the jurist does not carry out this analysis, but we are convinced that it is a “must”, especially for criminal jurists, in order to enter the dark world of the reality of punishment. Over 250 years ago, Beccaria already urged us to see criminal law as a two-faced coin: crime and punishment.

However, it seems that criminal jurists have forgotten punishment: manuals, treatises and various monographies are devoted almost exclusively to the analysis of the theory of crime, in an increasingly abstract manner, omitting its repercussion on the punishment. The majority of criminal jurists never go as far as the reality of the punishment. Prison and the silence that surrounds this issue end up legitimizing a space that is a legal void or its denial. In this way, prison becomes a space without justice, forgotten by criminal jurists.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> The objection that Italian criminal jurists might raise when citing the vast literature generated by the Torregiani sentence actually confirms our thesis: before this particular ruling the number of existing documents written by

In this paper, we offer our point of view regarding mass imprisonment in the United States and the export of the overall punitive system, with particular regards to Chile. Before undertaking an analysis of mass imprisonment, we will briefly discuss modern prison as a punishment.

## 2. MODERN PRISON

Just over 200 years after its birth, modern prison, notwithstanding the criticism that has always accompanied it, contradicts entire libraries that speak of a crisis - indeed, a perennial crisis - of an obsolete and indefensible institution. Figures are impressive and, despite a slight decrease in recent years in some countries, imprisonment is, in the XXI century, more present than ever.

The rise in the number of detainees demonstrates that our society has an increasing tendency to imprison large human groups.

The prison crisis (discussed, among others, by Foucault)<sup>5</sup> is rather the crisis of a debate that seeks its legitimation that, in any case, does not seem to influence either its existence or its expansion.

Lately, the debate has become more sincere: prison is presented as a tool to neutralize enemies and its main purpose is to remove them from circulation.

Since 11 September 2001, the use of a bellicose political language has emerged. The war on terrorism is to be added to the wars against crime, drugs and pedophilia.

However, those that fill prisons are not dangerous pedophiles, nor terrorist leaders, nor the major drug traffickers.

Nevertheless, the United States prison system<sup>6</sup> has been imitated – and even imposed – and expanded rapidly in Latin America and in particular in Chile.

---

criminal jurists about prison was very limited and that sentence is not the result of a national desire as it was issued by an international court such as the ECHR. Cfr. M. Ruotolo, Marco (a cura di), *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torregiani della Corte EDU*. Napoli: Editoriale Scientifica: 2014.

<sup>5</sup> Foucault, Michael, *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*, México: Siglo XXI. 2002, (Translated from French by Garzón del camino, Aurelio).

<sup>6</sup> Italian jurists have learned to recognize its details thanks to the book Grande, Elisabetta, *Il terzo strike. La prigionie in America*, Palermo: Sallerio Editore,

The economic structure in Chile facilitates the differentiation of people and the enemies are easily recognizable. *Ugly, dirty and bad* – to cite a film directed by Ettore Scola – are the favourite “clients” crowding the prisons of Latin America (although we could argue that is the case all over the world).

Faced with this bloated phenomenon and the win back of prison in the XXI century, a key question arises: why does modern society imprison human beings so massively?

Along with this question, others arise: why are prisons mainly populated by the poorer and the marginalized?

We may not be able to fully answer these questions, but we can at least attempt to think about possible answers.

Let us begin with a more general question: why was prison created?

Traditionally it is believed that the birth of modern prison (prison as a punishment and not as a deprivation of liberty for other purposes) is the consequence of convictions being made more human and the rejection of cruel and inhuman punishment.<sup>7</sup>

Prison, according to this traditional theory, is a manifestation of the Enlightenment thought. However, this theory is challenged by other alternative theories.

Some (Foucault, Goffman, etc.),<sup>8</sup> believe that prison represents a specific strategy of power that seeks the discipline and segregation of groups that may be troublesome for those in power. Therefore, used as a political strategy of control, prisons, mental hospitals, barracks, etc., are essential places in order to segregate large human groups that could be troublesome for those in power.

---

2007. The discussion presented in this article is strongly related to another recent piece of work by the same author: ID., *Guai ai poveri. La faccia triste dell'America*, Torino: Edizione Gruppo Abele, 2017.

<sup>7</sup> Guzmán Dálbora, José, *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*, Santiago de Chile: Legal Publishing, 2008.

<sup>8</sup> Foucault, Michael, *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*, Mexico: Siglo XXI, 2002, (Translated from French by A. Garzón del Camino); Goffman, Erving, *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*, Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1992, (Translated from English by M. Oyuela).

Another theory of Marxist tradition links punishments (all types of punishments) to economic structures (among others: Rusche and Kirchheimer; Melossi and Pavarini).<sup>9</sup> When convicts were needed, the punishment was prison; when important works were needed to develop the economy, punishment was envisaged for those very works. Prison, as a modern punishment, is therefore the consequence of a capitalist regime that tries to transform the lower classes into cheap and submissive labour.

As mentioned above, all those theories help to gain a better understanding of prison, but only with a multi- or pluri-causal analysis we can gain a better understanding of prison. Every single theory helps us understand only a smaller part of the complex phenomenon of imprisonment and mass imprisonment.

Foucault, for instance, outlines that behind imprisonment lies profit and control, but he is most likely wrong in not paying enough attention to the amount of irrationality underlying the very idea of prison. We cannot argue that prison *per se* – with its high costs – only represents a profit for the ruling class.

Foucault is wrong in basing his entire theory only from the point of view of control. On the other hand, we believe he is correct when he mentions that behind prison lies a controlling strategy, but not everything is control. Prison also exists for other reasons linked to the sensitivity of a precise historical period.

Traditional theory merely explains one factor and Foucault makes us realize how many gaps still exist in our analysis. However, Foucault's analysis exaggerates seeing control as an explanation for every aspect of the question.

Neo-Marxists also rely on a mono-causal analysis (the only cause is identified in the capitalist structure), but there are also reasons that derive from the change in the sensitivity of public opinion.

We can argue that modern society is not interested in the rights of convicts (argument that could be acceptable), but then again, our

---

<sup>9</sup> Rusche, Georg, Kirchheimer, Otto, *Pena y estructura social*, Bogotá: Temis, 2004, (Translated from English by E. García Méndez); Melossi, Dario, Pavarini, Massimo, *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario (XVI-XIX secolo)*. Bologna: Il Molino, 1978.

sensitivity does not allow us to hang a prisoner in a public square. Convicts may suffer, even die and be tortured, but necessarily away from the public eye. Perhaps it is the sensitivity of a cynic and refined society that does not want to see the dirty side of the penalty. Likewise, today we are living in a time when animals are made to suffer the most in slaughterhouses, but it is also the era when the death and suffering of animals is shown the least. We hide the display of pain and as we do not see it, it is easier to believe it does not exist.<sup>10</sup>

### 3. THE EFFECTS OF MODERN PRISON

Modern criminology was born together with prison which, being a place of concentration of criminals, was the laboratory where they were observed, analysed, measured, photographed, drawn, catalogued, etc.

For the first time a subject-object of study was seen: the criminal.

Taking their observations as a starting point, answers explaining the difference between criminals and non-criminals were sought, taking it for granted that they did indeed exist.

Lombroso,<sup>11</sup> as a scientist, founded the new positivist criminology, which believed in the determinism of human behavior with its inherently racist result and envisaged man (and in particular the criminal) not as a subject capable of making decisions, but as a predetermined subject.

Such theoretical analyses, despite giving a limited space to guilt, have always reassured the establishment as they consider the criminal an alien, a sick or abnormal person and not a product of society.

According to positivism, the criminal is different from us, inferior in the zoological ladder.

After the development of positivist criminology, the consequences of prison were studied, mainly on the prisoners, but also on their families, neighbors and society in general.

---

<sup>10</sup> Cohen, Stanley, *States of Denial. Knowing About Atrocities and Suffering*, Malden (MA-USA): Columbia University, 2000.

<sup>11</sup> Lombroso, Cesare, *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alla psichiatria. (cause e rimedi)*, Torino: Fratelli Bocca Editori, 1897.

In the 1940s, Clemmer,<sup>12</sup> after having undertaken studies in North American prisons, named “prisonization” the process by which a prisoner acquires the values and habits of the prison, highlighting the criminal effects of prison.

In the 1960s, Goffman,<sup>13</sup> who put prisons, psychiatric hospitals and other “total institutions”<sup>14</sup> under the microscope, proposed the concept of deculturalization. It is also thanks to his empirical studies that scientific evidence was given, as sub results of imprisonment, of the presence of physical and mental health issues in the prisoners.

It was ultimately concluded that prison creates the criminal and can hardly help to re- socialize the convicts.

#### 4. MASS IMPRISONMENT

Although the criminogenic effects of prison are well known and given the high costs of this sanction, it is not easy to explain why the use of prison sentence is still escalating in many countries.<sup>15</sup>

Trying to reduce criminality with prison – it may euphemistically be argued – is the same as trying to extinguish a fire with petrol.

The question we could ask ourselves then is whether, in the absence of an advantage for the community, there is a category that gains advantages from mass imprisonment.

In order to answer the question as to why mass imprisonment is taking place, it is essential to investigate its causes, both in the laws that generate it, as well as in the environment that allow its spread.

---

<sup>12</sup> Clemmer, Donald, *The Prison Community*, New York, 1958.

<sup>13</sup> Goffman, Erving, *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*: Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1992, (Translated from English by M. Oyuela), p. 13.

<sup>14</sup> With this expression, the author defines a place of residency or work, where a high number of people in the same situation, isolated from the rest of society for a certain amount of time, share, in the same condition of limited freedom, their daily habits formally regulated by an administration.

<sup>15</sup> Garland, David, *Mass Imprisonment: Social causes and consequences*, London: Sage, 2001; Lacey, Nicola, *American imprisonment in comparative perspective*. Cambridge: Daedalus, 2010; Phelps, Michelle, *The paradox of probation: Community supervision in the age of mass incarceration*. Oxford: Law and Policy, 2013.

Given the outrageous conditions of prisons, silence is an accomplice and it is the duty of the jurist to denounce, to protest and to seek responsibilities, since mass imprisonment, like slavery and torture, is not a natural phenomenon, but a social creation that can and must be changed.

I believe that, in order to understand the current global situation (or at least that in the West) of the high number of inmates, it is necessary to examine the case of the United States of America and understand how and why, since the 1970s, the number of people deprived of freedom has grown and reached such incredibly high levels.

In fact, the United States' penal policies have been to some extent imitated and indeed partly imposed on other countries. In other cases, although not a voluntary imitation, the adoption of similar policies in other sectors (e.g. with regards to social policies, the choice of strongly limiting them), has consequently led to State adopting a more punitive attitude.<sup>16</sup>

## 5. CAUSES OF MASS IMPRISONMENT

The rise in the level of imprisonment results from the difference between the number of individuals entering and exiting prison. If this difference is positive and, most importantly, is prolonged for a long time as a consequence of longer sentences, the number of prisoners will inevitably continue to increase.

It seems appropriate to divide the causes into two different groups. On the one hand the direct causes, on the other hand the non-direct.

Non-direct causes are sentences that send a convict to prison and laws stimulating the flow or making early release difficult. The non-direct cause in the United States is the war on drugs.

---

<sup>16</sup> Garland, David, *Castigo y sociedad moderna*. Ciudad de México: Siglo XXI, 1999 (Translation from English by B. Ruiz de la Concha); Garland, David, (edited by), *Mass Imprisonment: Social Causes and Consequences*. London: Sage, 2001; Wacquant, Lóïc, *Las cárceles de la miseria*, Buenos Aires: Siglo XXI, 2000 (Translation from French di H. Pons); Wacquant, Lóïc, *Parola D'onore: Tolleranza Zero. La trasformazione dello stato penale nella società neo-liberale*. Milano: Feltrinelli, 2000 (Translation from French di M. Guareschi); Wacquant, Lóïc, *Simbiosi mortale, Neoliberalismo e politica penale*. Verona: Ombre Corte, 2002 (Translation from English di A. De Giorgi).

This has been the tool used as an electoral springboard by a great number of politicians. The story sold to the general public was the need to fight major crime syndicates that support drug traffic, but in reality it is a war waged mainly in poorer neighborhoods with a high percentage of black population.

In the American continent, as in Europe, drugs are consumed by a large portion of the population, especially by the young and university students. They, however, with very few exceptions, are rarely checked, as they are considered socially established individuals that do not raise particular suspicions. War on drugs in the United States has on the other hand marginalized categories in its sights, those that have no say.

Public opinion, for its part, has been persuaded, thanks to persistent media campaigns, that most drug users and dealers are black. Empiric studies demonstrate, however, that there is no real difference in the percentage of black or white drug traffickers and users (the black percentage being 15% ca.: i.e. more or less the percentage that they represent in the total population). Nevertheless, more than half of convicts are black.<sup>17</sup>

The direct causes, at a macro level, are mainly two.

The first is the dismantling of the welfare state.

In general, there is a correlation between the social state and the criminal state, in the sense that the increase of the criminal state appears inversely proportional to the decrease of the social state.

In the United States, the weakening of the ideal of resocialization must be analyzed as a specific outcome of a more widespread change: the reduction of the welfare and the glorification of the penal state. This change is linked to the adoption of neo-liberal economic regimes, meaning that social deregulation and growth of wage and labour precariousness have frequently appeared – and this is no mere coincidence - at the same time as the boom in the punitive or authoritarian state.<sup>18</sup>

Criticism towards the idea of the rehabilitation of the criminal has evolved. Right from the start, the right wing has strongly opposed spending public money on convicts. However, since the 1970s,

---

<sup>17</sup> Alexander, Michelle, *The New Jim Crow: Mass Incarceration in the Age of Colorblindness*. New York: The New Press, 2010.

<sup>18</sup> Wacquant, L  ic, *Simbiosi mortale*.

another – somewhat surprising – criticism has been added to the idea of rehabilitation by left wing groups. Some observed that the very idea of rehabilitation interpreted delinquency in a pathological key, allowing too intrusive interventions that caused an amplification of the punitive network (*archipelago* of punishments).<sup>19</sup>

Thus, a new criticism by/from the left wing was born against prison policies which proposed the transformation of people according to imposed values.<sup>20</sup>

An emblematic case is the one of Robert Martinson and his critical article *What Works? Questions and Answers about Prison Reform*, where the author strongly criticized the various rehabilitation programs carried out within prisons, mostly as they had no positive effect on recidivists rates.<sup>21</sup> The article triggered a robust response even outside the scientific world, to which it was addressed, especially due to the idea that, as a perfect political slogan, it could be summed up into two words: *nothing works*. And as such, this idea was introduced into the political arena as a scientific topic (empirical) against the policies of rehabilitation, which ended up justifying a system that in reality was essentially focused on punishment.

Martinson was all too familiar with being held behind bars as he was detained for 40 days in a maximum-security prison after taking part in a demonstration for civil rights.

Paraphrasing Pavarini,<sup>22</sup> we could say that he knew prison in the facts and not just in the books. And it had been terrible for him to helplessly witness the misinterpretation of his work (especially the slogan *nothing works*) that ended up legitimizing the arguments of the right for the introduction of increasingly harsh criminal reforms.

---

<sup>19</sup> Cohen, Stanley, *States of Denial* and Allen, Francis A., *The decline of the Rehabilitative Ideal*. New Haven (CO-USA), 1981.

<sup>20</sup> *A Clockwork Orange* (Burgess's book as well as Kubrick's film) is a clear example of the liberal criticism to the politics aiming at the rehabilitation of criminals.

<sup>21</sup> Martinson, Robert. *What Works? – Questions and Answers About Prison Reform*, in: [http://www.pbpp.pa.gov/research\\_statistics/Documents/Martinson-What%20Works%201974.pdf](http://www.pbpp.pa.gov/research_statistics/Documents/Martinson-What%20Works%201974.pdf), *The Public Interest*, 1974, pp. 35, 22-54.

<sup>22</sup> PAVARINI, Massimo, *Castigar al enemigo. Criminalidad, exclusion y marginalidad*. Quito: Flacso, 2009, p. 127.

Martinson later published other works arguing that he did not want to stimulate the rejection of rehabilitation policies, but simply criticize the way in which they were implemented, trusting in their improvement.

These, however, were not sufficient to put an end to the spread of the distorted interpretation of *What Works*?<sup>23</sup>

The second direct cause is the populism of a criminal political attitude fueled by the fear created by mass media.

The electoral success achieved by the Republican Party in the United States – by adopting a hyper-remunerative stance – also encouraged democrats to support and foment a punitive populist attitude. The last presidential candidate that opted for a position against the death penalty in the United States was Michael Dukakis in 1988, who lost a great deal of support precisely because of this stance.

Another sad example, although in the opposite direction, was Bill Clinton, who in 1992, in order to offer the mass media evidence of his inflexibility towards criminals, personally witnessed the execution of Ricky Rector, a mentally handicapped (and black) man.<sup>24</sup>

## 6. IMPOSITION OF A HEGEMONIC ATTITUDE

The mass imprisonment regime, as a pandemic, has expanded from the United States to the majority of western countries.

The example of the United States of America has been imitated in Europe – especially in the United Kingdom and Spain – and especially

---

<sup>23</sup> The sense of guilt and emotional burden caused by the awareness of having unwillingly contributed to a sharp worsening of the conditions of imprisonment of many people, for whom he hoped instead for better treatment, were so strong, given the impossibility of stopping the spreading of the misinterpretation of his ideas, that they led Martinson to suicide in 1980.

<sup>24</sup> Rector was so very unaware of the world around him that he asked for the cake from his last meal to be set aside for the next day. Of little use were the critiques to Clinton's opportunism also made to him by the New York Times Applebome, Peter, *Arkansas Execution Raises Question on Governor's Politics*, 25 January 1992. Available on <http://www.nytimes.com/1992/01/25/us/1992-campaign-death-penalty-arkansas-execution-raises-questions-governor-s.html>

in Latin America, particularly in Chile, which, it is worth remembering, ranks among the least violent countries in the continent.

During the 1970s, only a few years were needed for a rapid change from a system that had placed its faith in resocialization to a remunerative one.

To counteract the adoption of these senseless policies, various scientific studies have to no avail clearly demonstrated the inconsistency of the idea that a higher rate of imprisonment is a consequence of an increase in crime. The relationship between crime and detainee figures, instead, is to say the least very weak.

Hence, the true causes of mass imprisonment are to be found in the political, democratic or authoritarian decisions taken by our society.

## 7. THE CHILEAN SITUATION

For the analysis of the situation in Chile, the study and comparison with the United States' system are essential, given that in the years of Augusto Pinochet's dictatorship Chile was forced to play the role of a real laboratory, in the economic and social fields, to the advantage of the North American country.<sup>25</sup> Our question on mass imprisonment in the United States and Chile finds an answer in the respective national contexts, but also through the ideological bridge that connects - vertically - the two countries.

As occurred in the United States, in Chile hyper-retributionist criminal policies have also been implemented, with a substantial nullification of intramural social activities, for which a very reductive budget has been assigned.

It is not to be believed, however, that this represents prison during the Pinochet era and that now, a quarter of a century after the return of democracy, the situation has developed positively.

On the contrary, during the neoliberalist directorship imposed from 1973 to 1990, the levels of imprisonment were not so high, while figures began to upsurge during democracy.

---

<sup>25</sup> Klein, Naomi, *La doctrina del shock: El auge del capitalismo del desastre*: Barcelona: Paidós, 2007, (Translation from English by I. Fuentes García).

Chilean dictatorship was undeniably the most dramatic collective experience that the Chilean Republic had ever experienced. The public massacre and persecution of political enemies was of an unprecedented cruelty. The thousands persecuted, if they passed through prison, did not do so in the circuit reserved for common criminals: when they were not immediately executed, they were detained in circuits external and unrelated to the juridical system, before being executed, made to disappear or, at best, forced to exile.

Not counting political “delinquency”, the number of common prisoners always remained stable. On the other hand, in the absence of elections, the crime question was always kept away from the political debate; furthermore, the regime could operate a strong censorship on mass media, which would certainly not deal with thorny issues such as crime or unemployment. As a consequence, public opinion’s concern for common crime was far less during the dictatorship compared to the present.

It was, therefore, with the return to democracy that the crime issue entered political agendas and the punitive populism approach developed, resulting in an increase in penalties (especially for crimes against property and drug trafficking) following the approval of legislation passed almost unanimously by the social democratic coalition that had been in government for twenty years (until 2010) and by the conservative right.

If we take into consideration a relatively recent period of time and the environment in which the laws that have mostly influenced mass imprisonment were passed, it is clear that the causes of this phenomenon are to be traced to in the electoral process and the punitive language adopted during political campaigning.

Among the non-direct causes (the laws) the role of the protagonist was taken up by the reform of the criminal procedure law (year 2000) as well as by certain other provisions concerning substantive criminal law.<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup> Among the others particularly strict are the laws: 20.000 of 2005 that increases the penalties for drug trafficking: 20.580 of 2012 that increases penalties for drivers under the influence of alcohol: law 20/813 by 2015, about the control of weapons and ammunitions.

There is also a simplified procedure (article 406) applicable to offences for which the public prosecutor intends to request a sentence of 540 days or less.

The new Chilean criminal procedure has replaced an archaic inquisitorial procedure with another, which is apparently more liberal. The semblance is reinforced by the large amount of financial investment made in restructuring the courts and modernizing them, including from an IT standpoint, improving standards to such an extent as to place Chile on a European level.

A liberal and modern appearance unfortunately hides an authoritarian structure which, with unprecedented speed and ease, within Chile's legal system, has filled its prisons with convicts.

The disproportion in the instruments available to the prosecution compared to the defense is evident: the vast majority of defendants in Chile cannot afford to pay a lawyer and is obliged to turn to professionals from the *Defensoría Penal Pública* (public defender) who, although carrying out their work with credit, are overburdened with cases and do not receive adequate funding.

In an immediate response to the rapid increase in the number of detainees, moreover leading to prison overcrowding, social democrat governments have been building new, larger prisons, which have filled up quickly without resolving the problem of overpopulation.

On the other hand, negotiated justice and procedural incentives for the recognition of responsibility seriously contribute to mass detention in Chile.<sup>27</sup> Also Italian law envisages practices such as plea bargaining and summary judgement; however, in Chile, they are hardly ever applied

---

On the basis of this, the defendant can acknowledge his liability in exchange for a discount.

These norms which, in the cases individually considered, "benefit" the offenders, in general, allow many persons to be condemned more easily and more quickly, without any contradictory judgement.

<sup>27</sup> In particular, the *procedimiento abreviado* (plea bargaining), envisaged by Articles 406 and following of the new Code, "rewards" the defendant who voluntarily accepts and recognizes their criminal responsibility. This way, the judge can impose a penalty of up to ten years without having to carry out a judgement in an adversarial procedure.

There is also a simplified procedure (Article 395 and following) applicable to crimes for which the prosecutor intends to ask for a punishment of up to 540 days. Pursuant to this, the defendant can plead guilty in exchange for a reduction of the punishment.

to avoid offenders being incarcerated, but rather to send them to prison more swiftly, as is the case in the United States. Furthermore, the laws that exceptionally increased the power of the public prosecutor and the police for specific serious crimes (terrorism, drug trafficking, etc.) have gradually become standard practice, threatening to expand to other areas of criminal proceeding.

Unfortunately, over the last twenty years in Chile we have witnessed the consolidation of a criminal state that has grown in a context of inequality, increasing segregation and neutralization of enemies.

Naturally, our interpretation is open to criticism and lends itself to counter-arguments, but one cannot fail to notice a strange interweaving of negotiations and connivance between the two coalitions that share political power in Chile, since they seem to defend similar interests on many issues.

These coincidences are visible when we try to provide an answer to questions such as: who promotes those reforms? Why is criticism towards those reforms so limited, almost non-existent?

Chilean doctrine has praised the liberal spirit of the reform of criminal procedure<sup>28</sup> and we are certainly not nostalgic about the old inquisitive procedure. Unfortunately, few make any mention of its impact or its link with the hike in prisoner figures.<sup>29</sup>

We are of the firm conviction that mass imprisonment and an increasingly unequal social structure are intertwined. A fast and efficient criminal response is a perfect instrument of controlling the poor and unemployed masses. Regrettably, criminal law in Chile is complementary to the lack of a welfare state.

If we analyze the criminal, individual and social legal consequences of mass imprisonment in Chile, it is clear that it has paved the way to an increase in the criminalization of poverty.

---

These rules, that in single cases appear as “favouring” the perpetrators, however, on the whole allow to condemn more people in an easier and faster manner without an adversarial procedure.

<sup>28</sup> Among those: Tavolari, Raúl, *Instituciones del nuevo proceso penal: cuestiones y casos*, Santiago de Chile: Jurídica, 2005; Horvitz, María Inés and López, Julián, *Derecho procesal penal chileno*, Santiago: Jurídica, 2002.

<sup>29</sup> Cfr. Hernández, Alfonso, *El nuevo régimen procesal penal chileno ¿Justicia para todos?*, Valparaíso, 2002-2005.

## CONCLUSIONS

I strongly believe that a society with fewer prisons is possible and I am convinced that it is up to the doctrine to propose different solutions, punitive and non-punitive, to effectively address the problem of mass imprisonment. Without forgetting the electoral advantage of punitive populism, I believe the option is vital, for Chile, of non-custodial sentences for crimes of medium or low seriousness, a reduction of the edictal limits of custodial sentences and the decriminalization of many forms of conduct which today are considered crimes, while resorting to administrative sanctions.

In Chile, unfortunately, there is a total lack of empirical studies on the subject of criminal policy, which makes it extremely difficult to verify hypotheses and theories, thus compelling the interpreter to work on the basis of intuitions or rely on the hypothetical usability in the national context of theories developed abroad. This method however, is liable to distort any analysis, because the social context and prison have specific features that cannot be overlooked. Furthermore, we must bear in mind that Chilean prisons are administrated in a very rigid manner and officials, at a local as well as national level, are reluctant to agree on programs or projects that allow an understanding of what really happens inside them and what the real conditions of the detainees are like.

To end our discussion, we cannot lose track of the concept of the individual as a person, that should be our polar star. We should observe carefully how much our society views the person as an end or as a means and if it considers the person's essence to be inviolable or not.

We cannot forget that conceiving prison is conceiving the punishment and conceiving the punishment is conceiving the human being.

Laws, whose main objective is to regulate personal conduct, must be consistent with each other and comply with the fundamental principles of minimum criminal law intervention. Fatal events, such as the death of prisoners in jail because of fire, murder or ill-treatment by other prisoners, torture, xenophobic laws disguised as anti-terrorist laws, among other things, cast doubt on the respect for human rights in Chile today.

In a context such as the modern one, in which politicians seem to be more attentive to the compulsive instincts of citizens rather than to their higher aspirations, this will appear to be blasphemy.

However, we wish to highlight the fact that the problem of prison should be solved by listening to the need of the prisoners themselves. We cannot accept that a prisoner as such is considered a non-citizen. The best option will never be to improve a savage and violent institution such as prison, rather, on the contrary, to think less and less in terms of prison and seek for real strategies for its containment. Thereby to gradually reduce imprisonment, in order to eliminate it completely.

In conclusion, we believe it is vital to remember that imprisoning a person is a violent act, which involves the constraint of a body in a small dehumanizing space.

By dehumanizing another human being, we dehumanize ourselves and mass dehumanization naturally leads to the dehumanization of society. It cannot be otherwise, even if we do not directly know the pain of prisoners. Mass imprisonment, like a silent ghost, undermines the freedom of all of us and ends up taking away the most precious part of life itself.

On the other hand, the criminal effects and the costs of mass incarceration will be paid in the future with an increase of crime and violence, leading unavoidably to a higher number of prisons, more controls and more policemen and more prisoners. Thus, mass imprisonment, like a spiral, leads to prison for all of us. Only a change of direction, a shift towards respect for human dignity, can help us prevent such a suicidal policy.

## REFERENCES

ALEXANDER, Michelle, *The New Jim Crow: Mass Incarceration in the Age of Colorblindness*. New York: The New Press, 2010.

APPLEBOME, Peter, *Arkansas Execution Raises Question on Governor's Politics*, 25 January 1992. Available on <http://www.nytimes.com/1992/01/25/us/1992-campaign-death-penalty-arkansas-execution-raises-questions-governor-s.html>

CAVADINO, Michael, Mick CAVADINO and DIGNAN, James *Penal systems: A comparative approach*. London: Sage, 2005.

CLEMMER, Donald, *The Prison Community*, New York, 1958.

COHEN, Stanley, *States of Denial. Knowing About Atrocities and Suffering*. Malden (MA-USA): Columbia University, 2000.

CUNEO, Silvio, *Cárceles y Pobreza. Distorsiones del populismo penal*. Santiago de Chile: Uqbar editores, 2018.

FOUCAULT, Michael, *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Mexico: Siglo XXI, 2002, (Translated from French by A. Garzón del Camino).

FOUCAULT, Michael, *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. México: Siglo XXI, 2002, (Translated from French by Garzón del camino, Aurelio).

GARLAND, David, *Castigo y sociedad moderna*. Ciudad de México: Siglo XXI, 1999 (Translation from English by B. Ruiz de la Concha).

GARLAND, David, *The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*. Chicago: University of Chicago Press, 2001.

GARLAND, David, (edited by), *Mass Imprisonment: Social Causes and Consequences*. London: Sage, 2001.

GOFFMAN, Erving, *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1992, (Translated from English by M. Oyuela).

GRANDE, Elisabetta, *Il terzo strike. La prigionie in America*. Palermo: Sallerio Editore, 2007.

GRANDE, Elisabetta, *Guai ai poveri. La faccia triste dell'America*. Torino: Edizione GruppoAbele, 2017.

GUZMÁN DÁLBORA, José, *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*. Santiago de Chile: Legal Publishing, 2008.

HERNÁNDEZ, Alfonso, *El nuevo régimen procesal penal chileno ¿Justicia para todos?*. Valparaíso, 2002-2005.

HORVITZ, María Inés; LÓPEZ, Julián, *Derecho procesal penal chileno*. Santiago de Chile: Jurídica, 2002.

KLEIN, Naomi, *La doctrina del shock: El auge del capitalismo del desastre*. Barcelona: Paidós, 2007, (Translation from English by I. Fuentes García).

LACEY, Nicola, *American imprisonment in comparative perspective*. Cambridge: Daedalus, 2010.

LOMBROSO, Cesare, *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alla psichiatria. (cause e rimedi)*. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1897.

MARTINSON, Robert. *What Works? – Questions and Answers About Prison Reform*, in: [http://www.pbpp.pa.gov/research\\_statistics/Documents/Martinson-What%20Works%201974.pdf](http://www.pbpp.pa.gov/research_statistics/Documents/Martinson-What%20Works%201974.pdf), The Public Interest, 1974, pp. 35, 22-54.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo, *Carcere e fabbrica. Alle oringini del sistema penitenziario (XVI-XIX secolo)*. Bologna: Il Molino, 1978.

PAVARINI, Massimo, *Castigar al enemigo. Criminalidad, exclusion y marginalidad*. Quito: Flacso, 2009.

PHELPS, Michelle, *The paradox of probation: Community supervision in the age of mass incarceration*. Oxford: Law and Policy, 2013.

RUOTOLO, Marco (a cura di), *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torregiani della Corte EDU*. Editoriale Scientifica: Napoli, 2014.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto, *Pena y estructura social*. Bogotá: Temis, 2004, (Translated from English by E. García Méndez).

TAVOLARI, Raúl, *Instituciones del nuevo proceso penal: cuestiones y casos*. Santiago de Chile: Jurídica, 2005.

WACQUANT, Löic, *Las cárceles de la miseria*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2000 (Translation from French di H. Pons).

WACQUANT, Löic, *Parola D'onore: Tolleranza Zero. La trasformazione dello stato penale nella società neoliberale*. Milano, 2000 (Translation from French di M. Guareschi)

WACQUANT, Löic, *Simbiosi mortale, Neoliberalismo e politica penale*. Verona, 2002 (Translation from English di A. De Giorgi).

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

*Agradecimentos (acknowledgement)*: Michelle Barranger, para a revisão final do artigo.

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

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

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

### Dados do processo editorial

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

- Recebido em: 31/12/2018
- Controle preliminar e verificação de plágio: 08/01/2019
- Avaliação 1: 09/01/2019
- Avaliação 2: 15/01/2019
- Avaliação 3: 20/01/2019
- Decisão editorial preliminar: 20/01/2019
- Retorno rodada de correções: 22/01/2019
- Decisão editorial final: 29/01/2019

### Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-associado: 1 (ELL)
- Revisores: 3

### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

CUNEO, Silvio. The inmate as a victim of the rise in the incarceration rate and the perception of insecurity in western society. A particular analysis of the Chilean case. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 93-114, jan./abr. 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.217>



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

# Los mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal en México y su realidad

*Alternative mechanisms for dispute resolution in criminal matters in Mexico and its reality*

**Amalia Patricia Cobos Campos<sup>1</sup>**

Universidad Autónoma de Chihuahua/México

pcobos@uach.mx

 <https://orcid.org/0000-0002-1979-3771>

---

**RESUMEN:** El proceso penal en México ha sufrido una metamorfosis toral, transformándose a un sistema de justicia penal acusatorio, modificación que se fue gestando por el alto grado de inconformidad de los mexicanos con la impartición de justicia. Derivado de ello se consagran constitucionalmente importantes innovaciones. Dentro de ese marco de modificación, en el artículo 17 de la carta fundamental, se establece la obligación de legislar en materia de mecanismos alternos de solución de controversias, por lo que no es de extrañar que el ordenamiento procesal penal de aplicación en toda la república, como lo es el Código Nacional de Procedimientos Penales lo prevea. El presente artículo parte de la relevancia de tales mecanismos como una forma de eficientar la impartición de justicia y examina los me-

---

<sup>1</sup> Doctora en Derecho con mención *cum laude*; Maestría en Ciencias Penales, Maestría en Derecho Financiero, Licenciatura en Derecho; Miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel I; Profesora investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chihuahua, 29 años de antigüedad docente, impartiendo clases en licenciatura, maestría y doctorado; Premio Nuevo León a la Investigación Jurídica, 2014; Premio Ciencia, tecnología e innovación del gobierno de Chihuahua 2015; Medalla al mérito ciudadano Benito Juárez, 2016; Estancias posdoctorales de investigación en las universidades de Salamanca, Alcalá de Henares, Barcelona, Universidad de Texas en Austin, Universidad de Matto Grosso do Sul en Brasil.

canismos existentes en dicho país, su construcción doctrinaria y su factibilidad para los efectos pretendidos, para ello se sustenta de la hermenéutica y la epistemología jurídicas, y como principal técnica de apoyo la revisión de literatura, lo anterior a efecto de dilucidar las particularidades de dichos mecanismos desde las perspectivas legislativa, jurisprudencial y doctrinaria en la búsqueda de demostrar si los esfuerzos del propio sistema de justicia para su implementación, resultan suficientes para minimizar las deficiencias que merman su eficacia.

**PALABRAS CLAVE:** reforma penal; proceso penal; mecanismos alternos.

**ABSTRACT:** *The criminal process in Mexico has undergone a metamorphosis, becoming adversarial system of criminal justice, modification that was brewing for the high degree of dissatisfaction to the Mexicans with the delivery of Justice. Derived from these constitutionally reform, important innovations were created. Within this context of modification, in article 17 of the Constitution, establishing the obligation to legislate in the field of alternative dispute resolution mechanisms, so it is not surprising that the criminal procedural system of application in all the country, such as the national code of criminal procedure provides for them. This paper part of the relevance of such mechanisms as a way to streamline the delivery of Justice and examines the existing mechanisms in this country, its scholar construction and its feasibility for the intended purposes. It is furtherance from the epistemology and hermeneutic legal methods, and as the main technique of supporting the review of literature. The above effect of elucidating the particularities of these mechanisms from legislative, jurisprudential and doctrinal perspectives epistemology and Hermeneutics we looking conclude if the essential efforts of the system of Justice for its implementation, are sufficient to minimize some shortcomings that reduce its effectiveness.*

**KEYWORDS:** criminal reform; criminal proceedings; alternative mechanisms.

**SUMARIO:** Introducción; I. Una implementación controversial; II. Marco legislativo de los medios alternativos de solución de controversias en el proceso penal en México; III. Realidad mexicana en materia penal; Consideraciones finales; Referencias.

---

## INTRODUCCIÓN

El mundo actual vive un proceso de incremento de la delincuencia e impunidad sin precedentes, lo que ha gestado en los estados contemporáneos una constante preocupación por eficientar la aplicación de la ley y frenar la impunidad; derivado de lo anterior se puede concluir como lo hace Lander<sup>2</sup> en alusión a ello que:

“Junto al aumento del delito creció la alarma social, con frecuencia multiplicada por los medios de comunicaciones de masas. Ha habido también un endurecimiento de las leyes penales, procesales y sustantivas y la justicia penal reaccionó multiplicando el encierro. El resultado de todo ello se refleja en el crecimiento acelerado de las tasas de encierro, con su consiguiente sobrepoblación penitenciaria y resultado de homicidios y suicidios intracarcelarios y toda clase de violaciones a derechos humanos que ocurren, paradójicamente, como resultado del accionar del mismo sistema de justicia penal que tiene por función sancionar los delitos, (y eventualmente prevenirlos, si aceptamos como una de sus funciones la de prevención general de la criminalidad). (...) Como se puede ver, entre los años 1992–2008 los países de América Latina elevaron notablemente sus tasas de encierro, algunos de manera impresionante. Muchos duplicaron o más que duplicaron sus tasas (Argentina, Colombia, Costa Rica, Chile, El Salvador, México, Panamá, Perú, Uruguay) o estuvieron muy cerca de hacerlo (Ecuador, Nicaragua); Brasil triplicó su tasa; Argentina, El Salvador y Uruguay están próximos a triplicarlas. Resulta sencillo dilucidar que se trata de un problema que afecta a muchos estados y que ello ha llevado a incentivar cambios trascendentales en sus sistemas jurídicos”.

El presente trabajo se centra en México, por lo que no abordaremos los países Latinoamericanos restantes sin dejar de reconocer que un estudio comparado de la materia en estudio pudiera resultar interesante en una futura publicación; la respuesta de este país al incremento de la delincuencia y la impunidad fue una reforma toral que trastocó el sistema penal tradicional.

---

<sup>2</sup> LANDER, Adriana (Coord.). *Las reformas al sistema de justicia penal en Japón y en América Latina, Logros, problemas, y perspectiva*, Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, Costa Rica: ILANUD, 2011, p.10.

Son innumerables las publicaciones surgidas a partir del 2008 que analizan la referida transformación procesal acaecida en México, examinando sus alcances y consecuencias. Indudablemente que dejar atrás el sistema inquisitorio constituyó un paso importante para nuestro sistema jurídico, pese a las deficiencias que se han venido señalando en esta transformación por la abundante literatura existente y en las que no abundaremos por ser ajenas al propósito del presente estudio, en el que nos centraremos en principio en los antecedentes y marco conceptual de los mecanismos alternativos de solución de controversias, los cuales surgen como una disyuntiva a las deficiencias e insuficiencia del poder judicial para resolver todos los conflictos, y en ese contexto analizar su regulación en México, su construcción jurisprudencial y su eficacia fáctica en los subsecuentes apartados.

En principio, debemos diferenciar los métodos utilizados en estos mecanismos, que se centran en el arbitraje, la conciliación y en la mediación, siendo estos últimos los que privilegian todos los ordenamientos en la materia. Empero, debemos reconocer que el surgimiento de ellos se da en principio en el arbitraje, consagrado esencialmente en materia mercantil y fortaleciéndose en el comercio internacional, para posteriormente empezar a incidir en otras áreas del derecho, incrementando así su relevancia e impacto en los diversos procesos incluido el ámbito penal.

Es pertinente aclarar, como lo hace González de Cossío,<sup>3</sup> que algunos autores utilizan conciliación y mediación como sinónimos y existe dificultad para precisar una naturaleza jurídica unánime de estas figuras. Sin embargo, la mayoría de la doctrina en el ramo en estudio considera que existen diferencias entre ambas figuras, así podemos discurrir a la conciliación como “un mecanismo de resolución de conflictos, a través del cual, dos o más partes someten una controversia ante un tercero neutral, el conciliador, quien conducirá y colaborará en la resolución de la controversia”,<sup>4</sup> la mediación por su parte constituye un trámite en el cual el mediador como su nombre lo indica, solo interviene para facilitar

---

<sup>3</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Mecanismos alternativos de solución de controversias*: Nota sobre el creciente desarrollo del área, *Ars Iuris*, no. 30, p. 39- 67, 2003.

<sup>4</sup> Defensoría del Pueblo. *Guía básica de derechos mediación, conciliación y arbitraje*.

el diálogo entre las partes en controversia, ambos a fin de cuentas son vías de solución de que se valen los mecanismos alternativos de solución de controversias.

Como decíamos en párrafos anteriores la naturaleza de los medios materia de nuestro estudio, popularmente conocidos por el acrónimo de su nombre como MASC (o ACRMs por sus siglas en inglés), es discutida por la doctrina por lo que cabe plantearnos la pregunta ¿son medios de autocomposición o de heterocomposición?

Para dilucidar una respuesta adecuada tendremos en principio que conceptuar ambas figuras jurídicas, los primeros integrados por dos vocablos latinos *auto* y el sustantivo *compositio* “que dentro de la concepción carneltuttiana equivale a solución, resolución o decisión del litigio [...] obtenida por obra de los litigantes, a diferencia de la que tras el proceso decreta el juez”,<sup>5</sup> asimismo, Alcalá-Zamora<sup>6</sup> alude a una actitud que denomina *altruista*<sup>7</sup> ya que mediante esta figura jurídica las partes asumen una posición de renuncia o reconocimiento según sea el caso; sin embargo, el precitado autor hace énfasis en la problemática de esta figura que puede llevar a ahondar los desequilibrios procesales. La autocomposición puede realizarse mediante tres diligencias distintas, cuyos efectos son igualmente diversos en el proceso y son el allanamiento, el desistimiento y la transacción.

Es relevante establecer que esta figura se puede dar de manera unilateral o bilateral y que como apunta el mencionado jurista la autocomposición no puede darse sin el poder de disposición del litigio y, en consecuencia, cuando hablamos de derechos de los que las partes no pueden disponer o indisponibles y cuando se requiere la intervención del juzgador para tales renunciaciones, no puede actualizarse y será menester acudir a otras figuras jurídicas, por lo que deberemos concluir que los medios en estudio no podemos ubicarlos como instrumentos de la autocomposición de manera lisa y llana particularmente en el proceso penal

---

<sup>5</sup> Véase: ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso autocomposición y defensa: Contribución al estudio de los fines del proceso*, 3a ed., México: UNAM, 2000, p. 77.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 78.

<sup>7</sup> Cursivas en el original

que es el que nos interesa analizar, no obstante hay autores como Vado Grajales<sup>8</sup> que los consideran parte de ellos.

La heterocomposición a diferencia de la antes analizada, es considerada por la doctrina jurídica como una solución dada al litigio por un tercero ajeno al problema y que lo resuelve de manera vinculativa.<sup>9</sup>

Así se visualiza a los medios alternativos como “procedimientos mediante los cuales las personas puedan resolver sus controversias sin necesidad de una intervención jurisdiccional”,<sup>10</sup> o como “mecanismos que han sido implementados [...] para ampliar el acceso a la justicia de diversos grupos de la población, ya sea mediante la provisión de servicios de asistencia o para dar respuesta a todas aquellas necesidades jurídicas (sea conflicto o no) por vías diversas al proceso judicial tradicional”.<sup>11</sup>

Brown y Marriot<sup>12</sup> por su parte, consideran que se trata de “una gama de procedimientos que sirven como alternativas a los procedimientos adjudicatorios de litigio y arbitraje, para la solución de controversias que por lo general, aunque no necesariamente, involucran la intercesión de un tercero neutral que ayuda a facilitar dicha solución”.

Esta es una forma de modificar la justicia retributiva hacia lo que se ha denominado justicia restaurativa, transformando la concepción y finalidades de la justicia, en busca de la eficaz salvaguarda de los derechos de la víctima y la restitución de los mismos en su caso.

Pali<sup>13</sup> al respecto, estima que la justicia restaurativa es;

---

<sup>8</sup> Véase: VADO GRAJALES, Luis Octavio. Medios alternativos de solución de conflictos. En CIENFUEGOS, David y MACÍAS VÁSQUEZ María del Carmen (Coord.), *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano*. México: UNAM, 2006. pp. 369-389.

<sup>9</sup> *Ibíd.*, p. 375.

<sup>10</sup> *Ibíd.*, p. 377.

<sup>11</sup> LILLO LOBOS, Ricardo; CABEZÓN PALOMINOS, Andrea; FANDIÑO CASTRO, Marco. *Mecanismos alternativos al proceso judicial para favorecer el acceso a la justicia en América Latina*.

<sup>12</sup> Citados por: ESTAVILLO Castro, Fernando. “Medios alternativos de solución de controversias”, *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, n. 26, pp. 373-406, 1996.

<sup>13</sup> PALI, Brunilda. “Active justice: Restorative justice processes as fertile ground for exercising citizenship”, *Sistema Penal & Violência Revista Eletrônica da Faculdade de Direito*. Rio Grande do Sul: v. 6, n. 1, p. 31-42, janeiro-junho 2014.

*[...] a reflective discourse of justice that emphasizes repairing the harm caused by crime, whereby crime is viewed more comprehensively than simply law breaking. Acknowledging that crime causes (material, social, psychological, and relational) harm to people and communities, restorative justice insists that justice repair those harms and that the parties be permitted to participate in that process – often in face to face meetings with the support of a mediator or facilitator. Restorative justice programmes, therefore, enable the victim, the offender and affected members of the community to be directly involved in responding to the crime.*

Esta búsqueda de la justicia restaurativa frente a la distributiva motivada por el incremento delincencial y por la falta de credibilidad de los tribunales ante los ciudadanos nos lleva, como afirma Nóbrega de Abreu Campanário:<sup>14</sup>

Face a este fracasso do actual sistema de justiça criminal, com consequências particularmente visíveis ao nível do crescente sentimento de insegurança – potenciado pela projecção mediática dos processos mais sonantes, diariamente acompanhados pela média, são em abstracto configuráveis por dois caminhos alternativos: ou “mais do mesmo”, isto é, ou se apetrecha o actual sistema de mais meios humanos e materiais, aumentando-se o número de tribunais, de magistrados, de prisões e, eventualmente, se agravam as penas, ou por outro lado, se desenvolvem e exploram novas ideias e modelos para lidar com o fenómeno da criminalidade. A denominada justiça restaurativa trilha este último caminho.<sup>4</sup> Ela pretende possibilitar uma abordagem particular em caso de violência, viabilizando um diálogo entre vítima e agressor de forma a conferir-lhes voz e vez, objectivando o contrato com o conhecimento e o reconhecimento do dano ou erro, assim como a oportunidade de sua possível reparação.

Como es evidente, se articulan alternativas que dejan de lado el proceso judicial tradicional y se gestan bajo la premisa de resolver de manera más ágil y expedita las controversias entre los particulares.

---

<sup>14</sup> NÓBREGA DE ABREU CAMPANÁRIO, Micaela Susana, “Mediação penal Inserção de meios alternativos de resolução de conflito”, *Civitas*, v. 13, n. 1 (2013), p. 118-135.

Estos mecanismos han sido impulsados en mayor medida a partir de 2008, en que en la Conferencia de Ministros de justicia de los países Iberoamericanos se hizo hincapié en la relevancia de aplicar dichos mecanismos para efficientar el acceso a la justicia de los grupos vulnerables,<sup>15</sup> y se ha ido fortaleciendo a través de compromisos asumidos en las respectivas conferencias anuales y bajo las premisas que se desprenden de los respectivos informes también de periodicidad anual.<sup>16</sup>

Son, en resumen, herramientas cuyo objetivo esencial se traduce en efficientar el acceso a la justicia descargando al aparato jurisdiccional de su usualmente excesiva carga que impide la expeditéz de la justicia y permiten auxiliar a los ciudadanos a alcanzar de manera más expedita la reparación a la que pudieran tener derecho.

Un concepto muy amplio nos lo da Zepeda Leucona<sup>17</sup> que los considera como “[...] la sistematización de técnicas para establecer las condiciones (como equidad comunicativa, seguridad, libertad e igualdad entre las partes) para que las partes de un conflicto, por sí mismas o con la participación de un facilitador neutral, construyan de manera voluntaria, libre y confidencial acuerdos que terminen con la situación conflictiva”.

Su eficacia tal vez sea pronto para juzgarla, cuando menos en México, y en última instancia consideramos que dicha valoración deberá darse de manera diversificada según el medio alternativo de que se trate, para medir desde distintos parámetros su incidencia real en el acceso a la justicia.

Por lo que a la materia penal respecta, en párrafos subsecuentes analizaremos los aspectos legislativos que los revisten, empero a diferencia de otras áreas del derecho el posible acuerdo de la salida alterna se centra en la reparación del daño a la víctima u ofendido.

---

<sup>15</sup> XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condiciones de Vulnerabilidad, celebrada en Brasilia, del 4 al 6 de marzo de 2008.

<sup>16</sup> Véase: Secretaría General Iberoamericana. Programa iberoamericano de acceso a la justicia.

<sup>17</sup> ZEPEDA LEUCONA, Guillermo Raúl. Índice estatal de desempeño de las procuradurías y fiscalías.

## 1. UNA IMPLEMENTACIÓN CONTROVERSIAL

Debemos partir de que al aludir a estos medios resulta esencial clarificar que existen inteligibles diferencias entre el derecho debatido y el procedimiento para declararlo, pues en el primero por razones evidentes, su titularidad pertenece indiscutiblemente a las partes, y en esa tesitura, los primeros son quienes tienen la facultad de decidir la forma en que quieran sea controvertido más no pueden imponer formas o figuras procesales propias sino que tendrán que someterse a las previstas en la respectiva legislación.

Hecha la anterior aclaración debemos igualmente decir que si bien se habla de lo novedoso de estas figuras como alternativas al proceso judicial realmente no lo es tanto porque modelos de conciliación y mediación han existido desde los orígenes del hombre, y encontramos antecedentes muy remotos en la regulación como es el caso de Portugal quien introdujo en el Código Manuelino de 1521 la conciliación como prerrequisito para la admisión de la demanda<sup>18</sup>; su novedad en caso dado lo es su formalización legislativa en un sentido que busca facilitar el acceso a la justicia de los particulares y su claro enfoque hacia la voluntariedad en su utilización.

Uno de los puntos controversiales al respecto en su implementación lo constituye sin duda es su establecimiento con carácter obligatorio como una etapa prejudicial forzosa, como ocurrió en el ya mencionado caso de Portugal y con la mediación prejudicial obligatoria en Argentina y la de conciliación extrajudicial en Colombia; cuestiones que fueran puestas en tela de juicio, visto el carácter voluntario que la doctrina le adjudica como una de sus características inherentes<sup>19</sup>.

En vista de ello se habló de la ausencia de voluntariedad, que como ya se dijo es el elemento base de estos mecanismos, por lo que igualmente

---

<sup>18</sup> Véase: VÁSQUEZ SANTAMARÍA, Jorge Eduardo; LEZCANO MIRANDA, Martha Eugenia. The alternative methods of conflict resolution: some improvement challenges for justice in Colombia. In MOKRYS, Michal; BADURA, Stefan (editores). *Proceedings in Human and Social Sciences at the Common Conference*. Zilina: EDIS, 2017, pp. 32-37.

<sup>19</sup> LILO Lobos, Ricardo, CABEZÓN Palominos, Andrea y FANDIÑO Castro, Marco, óp. Cit., p. 22.

se debate si se trata de sustituir a la justicia o tan sólo son mecanismos adicionales o auxiliares de esta y, en qué forma abate la seguridad jurídica.

Estos aspectos deben examinarse para no caer en el primer supuesto, toda vez que su finalidad esencial es claro que se enfoca al auxilio de la administración de justicia y no a una sustitución o privatización de la misma, al respecto Vivero de Porrás considera que:

Por tanto, necesitamos saber que la oferta en justicia debe perseguir como objetivos minimizar costes y maximizar servicios. Dadas las tasas de pendencia señaladas y las ratios de asuntos, la actual configuración de nuestro sistema puede catalogarse (por muchas razones) de todo menos de eficiente. Las razones [...] se centran en la gestión y en las estructuras existentes: dispersión, duplicación en la descentralización, insuficiencia de recursos, sistemas arcaicos de administración, cultura social, etc. Todo ello conlleva la necesidad -junto a la reforma legal- de una reestructuración que conciba el ámbito judicial y las resoluciones alternativas de disputas como alternativas y quizás con el objetivo (ello es más dudoso dada la casuística que pueda haber) de que se trate de consumos de justicia sustitutivos perfectos para evitar duplicidades también en la utilización de los medios de heterocomposición que se ofrecen.<sup>20</sup>

Ante estas posturas debemos enfatizar que los mecanismos no deben encauzarse como sustitutivos de la justicia, ello en aras de la seguridad jurídica que representa un punto esencial cuya responsabilidad recae en el estado y nunca en los particulares, sean estos mediadores, árbitros o cualquiera que sea la denominación que se les asigne en los diversos mecanismos adoptados por los estados ya que no existe uniformidad en la denominación de los mismos.

Otro punto sin duda lo constituye el financiamiento de los multicitados MASC, ya que al prestarse en algunos casos por organismos ajenos al poder judicial y en ciertos países por mediadores particulares, es ineludible la necesidad de definir al respecto, lo que genera igualmente disensiones, dada la gratuidad del sistema judicial estatal; debiendo empero recordar que también existen costas en algunos procedimientos, no así en el penal.

---

<sup>20</sup> VIVERO DE PORRAS, Carmen de. Medios alternativos de solución de conflictos. *eXtoikos*, no. 12, 2013. pp. 35-37.

Son muchos los aspectos bajo los que se pone en tela de juicio la bondad de las figuras jurídicas materia de nuestro estudio, pero es válido decir que la mayoría de las legislaciones actuales las contemplan y han cifrado en ellas la posibilidad de una mayor y más equitativa accesibilidad de los justiciables a la restitución de sus derechos vulnerados.

## **2. MARCO LEGISLATIVO DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL PROCESO PENAL EN MÉXICO**

En principio podemos hablar de una consagración constitucional expresa en el artículo 17 que en su párrafo quinto a la letra determina “[...] Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial [...]”.

Del tenor del precepto constitucional podemos extraer una serie de requisitos que la propia carta fundamental prevé expresamente para la materia penal, en principio alude a la reparación del daño, por lo que se evidencia el requerimiento del legislador de proteger a la víctima mediante dicha reparación, la cual a juicio de Esparza Martínez<sup>21</sup> analizando el marco constitucional que tutela la misma, particularmente en el contenido de los artículos 1º, 17 y 20 del ordenamiento constitucional, considera que es regulada en lo relativo al proceso penal, bajo la premisa de tres directrices, la primera la concibe como una garantía a cargo del estado de reparar las violaciones a los derechos humanos, igualmente puede ser estimada en una segunda directriz como una vía jurisdiccional diversa a la que el autor en cita llama “tercera vía jurisdiccional” y, finalmente, como derecho de la víctima u ofendido.

De lo anterior dilucidamos que el sustento de la reparación lo es la propia constitución y a partir de ella, podemos entender sus alcances y contenido que es evidente se complementan con las leyes secundarias que la regulan, esencialmente en el caso de México en la Ley general de

---

<sup>21</sup> ESPARZA MARTÍNEZ, Bernardino. *La reparación del daño*. México: INACIPE, 2015. p. 6.

Víctimas y el Código Nacional de Procedimientos Penales, y que puede ser percibida dentro de diversos contextos que la reglan.

La reparación del daño ha sufrido profundas transformaciones hasta llegar a su concepción de reparación integral la cual ha sido claramente delimitada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al establecer que comprende “[...] el reconocimiento de la dignidad de las víctimas, el consuelo de los derechos humanos de que se trata [...]”<sup>22</sup>, aludiendo igualmente a la reintegración y no repetición y a la reparación del daño al proyecto de vida de la víctima, el cual según la Corte “[...] atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas”<sup>23</sup>.

Derivado de lo anterior como afirma Calderón Gamboa:

A la fecha la Corte IDH ha emitido más de 155 sentencias de reparaciones con destino a 22 Estados miembros de la OEA. Si bien el cumplimiento y debida implementación de las reparaciones de la Corte IDH aún representa un desafío, cada vez se incrementa el efectivo cumplimiento por parte de los Estados, a través de la incorporación de diferentes mecanismos de implementación doméstica, alcanzando cambios sustanciales en sus sociedades, por lo que comprender y fortalecer este proceso beneficia a todo el SIDH y los procesos democráticos en la región.”

Sin embargo, autores como Uprimny y Saffon<sup>24</sup> han estimado que tal perspectiva restitutiva de la reparación integral “se queda corta, limitada, es poco realista y demasiado exigente cuando se pretende resarcir a individuos pertenecientes a sociedades que vivencian una profunda crisis

<sup>22</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Myrna Mack Chang vs Guatemala, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C, No. 101, párr. 268.

<sup>23</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Loayza Tamayo vs Perú, Reparaciones y costas, Sentencia de 27 de noviembre de 1988, Serie C, No. 42, párr. 147.

<sup>24</sup> Citados por: NANCLARES MÁRQUEZ, Juliana; GÓMEZ GÓMEZ, Ariel Humberto. La reparación: una aproximación a su historia, presente y prospectiva. *Civilizar ciencias sociales y humanas*, Bogotá: v. 17, n. 33, pp. 59-79, 2017.

política y humanitaria y, que ya estaban en condiciones de desigualdad antes de padecer el daño”.

Aunado a que como afirma Hernández Pliego<sup>25</sup> “en un número mayoritario de casos, al ofendido o a la víctima no le es reparado el daño ocasionado por el delito, ello a pesar de que en nuestro medio la reparación tiene el carácter de pena pública, siendo múltiples las razones o sin razones que en cada caso podrían darse, ocupando lugar prioritario desde luego, la insolvencia del inculpado que en nuestro país opera como regla general, si se piensa en que el 80% de la población carcelaria tiene nombrado al defensor público, por no tener las posibilidades económicas de contratar un abogado particular”.

Así vemos que “[e]l índice de impunidad en México aumentó tanto en el ámbito global como en el de los estados de la República. México ocupa el cuarto lugar del Índice Global de Impunidad (IGI-2017) con 69.21 puntos (Croacia es el país con el menor índice con 36.01 y Filipinas tiene el puntaje más elevado con 75.6). México encabeza la lista de países del continente americano con el más alto índice de impunidad”.<sup>26</sup>

Luego entonces, ante un sistema que busca la reparación integral nos encontramos con una realidad que impide que esta se dé adecuadamente por cuestiones extraprocesales y que dependen de la capacidad económica o ausencia de ella en el inculpado, lo cual es atribuible a que en México nunca se ha cristalizado la existencia del fondo que para tal fin establece la propia Ley General de Víctimas y que han integrado muchos otros países bajo diferentes esquemas o denominaciones como verbigracia la caja de resarcimiento en Cuba que depende del Ministerio de Justicia de dicho país.<sup>27</sup>

Además del elemento de la reparación el texto constitucional en análisis alude a una supervisión que deberá ser regulada en los casos y

---

<sup>25</sup> HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio. La reparación del año en el CNPP. In: GARCÍA RAMÍREZ, Sergio; GONZÁLEZ MARISCAL, Olga (Coord.), *El código nacional de procedimientos penales*: Estudios. México: UNAM, 2015. pp. 239-254.

<sup>26</sup> LE CLERQ ORTEGA, Juan Antonio; RODRÍGUEZ SÁNCHEZ LARA, Gerardo (Coord.). *La impunidad subnacional en México y sus dimensiones IGI MEX 2018*. Puebla: Universidad de las Américas, 2018. p. 7.

<sup>27</sup> Ministerio de Justicia República de Cuba. Caja de Resarcimientos.

bajo los supuestos que la ley ordinaria determine, por lo que debemos indudablemente analizar la legislación de esta índole que regula a los medios en estudio y que en México se centra en las ya apuntadas Ley General de Víctimas<sup>28</sup>, Código Nacional de Procedimientos Penales<sup>29</sup> y no de menor importancia la ley exprofeso que lo es la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en materia Penal<sup>30</sup>.

En el contexto del primer ordenamiento mencionado, esto es, la Ley general de Víctimas, examinaremos lo que el mismo entiendo por víctima, lo cual está estipulado en el artículo cuarto que es del siguiente tenor:

#### Artículo 4.

Se denominarán víctimas directas aquellas personas físicas que hayan sufrido algún daño o menoscabo económico, físico, mental, emocional, o en general cualquiera puesta en peligro o lesión a sus bienes jurídicos o derechos como consecuencia de la comisión de un delito o violaciones a sus derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea Parte.

Son víctimas indirectas los familiares o aquellas personas físicas a cargo de la víctima directa que tengan una relación inmediata con ella.

Son víctimas potenciales las personas físicas cuya integridad física o derechos peligran por prestar asistencia a la víctima ya sea por impedir o detener la violación de derechos o la comisión de un delito.

La calidad de víctimas se adquiere con la acreditación del daño o menoscabo de los derechos en los términos establecidos en la presente Ley, con independencia de que se identifique, aprehenda, o condene al responsable del daño o de que la víctima participe en algún procedimiento judicial o administrativo.

<sup>28</sup> Ley General de Víctimas. Diario Oficial de la Federación de 09 de enero de 2013.

<sup>29</sup> Código Nacional de Procedimientos Penales. Diario Oficial de la Federación de 05 de marzo de 2014.

<sup>30</sup> Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en materia Penal. Diario Oficial de la Federación de 29 de diciembre de 2014.

Son víctimas los grupos, comunidades u organizaciones sociales que hubieran sido afectadas en sus derechos, intereses o bienes jurídicos colectivos como resultado de la comisión de un delito o la violación de derechos.

El numeral parte del daño o menoscabo para determinar la calidad de víctima, sin embargo, la doctrina y los criterios de la corte consideran que el daño es un menoscabo patrimonial, así se desprende de la tesis que bajo el rubro “daño y perjuicio, diferencia entre (legislación del Distrito y Territorios Federales)”<sup>31</sup> analiza estas figuras desde la perspectiva del derecho civil y asume el concepto de Escriche bajo el cual el daño es un perjuicio, detrimento o menoscabo, de donde inferimos que no se trata de vocablos sinónimos y que el daño siempre implica algún tipo de menoscabo.

Igualmente es obvio que hace referencia a patrimonio material e inmaterial y clasifica las víctimas en directas, indirectas y potenciales. Por lo que atañe a la reparación del daño, el ordenamiento alude a reparación integral y determina lo conducente en los numerales 26 y 27 que a la letra dicen:

Artículo 26.

Las víctimas tienen derecho a ser reparadas de manera oportuna, plena, diferenciada, transformadora, integral y efectiva por el daño que han sufrido como consecuencia del delito o hecho victimizante que las ha afectado o de las violaciones de derechos humanos que han sufrido, comprendiendo medidas de restitución, rehabilitación, compensación, satisfacción y medidas de no repetición<sup>32</sup>.

Los requerimientos de oportunidad, plenitud, diferenciación, transformación, integralidad y efectividad parecen establecer parámetros muy difíciles de alcanzar, en principio la oportunidad nos lleva a las cuestiones de expeditéz respecto de las cuales ha existido tanto cuestionamiento hacia los operadores judiciales dada la permanente saturación en los tribunales.

---

<sup>31</sup> Amparo directo 4809/66. Carlos Morales Saldívar y coagraviados. 20 de enero de 1967. Cinco votos. Ponente: Agustín Mercado Alarcón.

<sup>32</sup> Ley General de Víctimas, óp. Cit., Artículo 26.

La plenitud por su parte es un vocablo cuyo significado podría llevar a ambigüedades ya que en sentido literal proviene del vocablo latino *plenitúdo*, y significa según el Diccionario de la Lengua<sup>33</sup>, totalidad, integridad o cualidad de pleno y también apogeo, momento álgido o culminante de algo, en este caso valdría la pena analizar si se está abusando del uso de voces que a fin de cuentas se encaminan a los mismo, pues si se habla en términos generales de reparación integral debería obviarse el uso del término plenitud.

Artículo 27<sup>34</sup>.

Para los efectos de la presente Ley, la reparación integral comprenderá:

- I. La restitución busca devolver a la víctima a la situación anterior a la comisión del delito o a la violación de sus derechos humanos;
- II. La rehabilitación busca facilitar a la víctima hacer frente a los efectos sufridos por causa del hecho punible o de las violaciones de derechos humanos;
- III. La compensación ha de otorgarse a la víctima de forma apropiada y proporcional a la gravedad del hecho punible cometido o de la violación de derechos humanos sufrida y teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso. Ésta se otorgará por todos los perjuicios, sufrimientos y pérdidas económicamente evaluables que sean consecuencia del delito o de la violación de derechos humanos;
- IV. La satisfacción busca reconocer y restablecer la dignidad de las víctimas;
- V. Las medidas de no repetición buscan que el hecho punible o la violación de derechos sufrida por la víctima no vuelva a ocurrir;
- VI. Para los efectos de la presente Ley, la reparación colectiva se entenderá como un derecho del que son titulares los grupos, comunidades u organizaciones sociales que hayan sido

<sup>33</sup> Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, voz: plenitud.

<sup>34</sup> Ley General de Víctimas, óp. Cit., Artículo 27.

afectadas por la violación de los derechos individuales de los miembros de los colectivos, o cuando el daño comporte un impacto colectivo. La restitución de los derechos afectados estará orientada a la reconstrucción del tejido social y cultural colectivo que reconozca la afectación en la capacidad institucional de garantizar el goce, la protección y la promoción de los derechos en las comunidades, grupos y pueblos afectados. Las medidas colectivas que deberán implementarse tenderán al reconocimiento y dignificación de los sujetos colectivos victimizados; la reconstrucción del proyecto de vida colectivo, y el tejido social y cultural; la recuperación psicosocial de las poblaciones y grupos afectados y la promoción de la reconciliación y la cultura de la protección y promoción de los derechos humanos en las comunidades y colectivos afectados.

Las medidas de reparación integral previstas en el presente artículo podrán cubrirse con cargo al Fondo o a los Fondos Estatales, según corresponda.

Igualmente es claro que el legislador mexicano se decanta por la reparación en los términos que a la misma atribuye la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incorporando como ya se dijo de manera expresa el concepto de reparación integral a este ordenamiento y determinando de manera pormenorizada lo que comprende, es decir, restitución, rehabilitación, compensación, satisfacción como mecanismo para recuperar la dignidad y la no reiteración de la conducta lesiva. Asimismo, se plantean los supuestos de reparación colectiva para tutelar a determinados grupos por vulneración de derechos individuales o colectivos.

En cuanto al Código Nacional de Procedimientos Penales cuenta con el título primero bajo el rubro “Soluciones alternas y formas de terminación anticipada”, y en el numeral 184 establece como soluciones alternas del procedimiento a los acuerdos reparatorios y la suspensión condicional del proceso. El artículo 186, establece que los acuerdos reparatorios son “aquéllos celebrados entre la víctima u ofendido y el imputado que, una vez aprobados por el Ministerio Público o el Juez de control y cumplidos en sus términos, tienen como efecto la extinción de la acción penal”.<sup>35</sup>

---

<sup>35</sup> Código Nacional de Procedimientos Penales, óp. Cit., Artículo 186.

Igualmente, el precepto subsecuente limita la procedencia de dichos acuerdos a tres supuestos, el primero en el caso de delitos cuyo prerequisite de procedibilidad es la querrela o que admiten el perdón de la víctima u ofendido, el segundo es en el caso de delitos culposos y finalmente, respecto de delitos patrimoniales en cuya conducta comisiva no existió violencia hacia las personas.

El numeral en análisis excluye expresamente aquellos casos “en que el imputado haya celebrado anteriormente otros acuerdos por hechos que correspondan a los mismos delitos dolosos tampoco procederán cuando se trate de delitos de violencia familiar o sus equivalentes en las Entidades federativas”<sup>36</sup>. Y añade que “tampoco serán procedentes en caso de que el imputado haya incumplido previamente un acuerdo reparatorio, salvo que haya sido absuelto”.<sup>37</sup>

La oportunidad procesal para realizar dichos acuerdos, en los términos del diverso precepto 188 del ordenamiento en mención, es desde la presentación de la denuncia o querrela hasta antes de decretarse el auto de apertura a juicio; asimismo si se dictó el auto de vinculación a proceso las partes podrán solicitar al juez de control antes de que se haya dictado el auto de apertura a juicio, la suspensión del proceso penal hasta por treinta días para alcanzar el respectivo acuerdo.

De la misma forma, tanto el juez de control como el ministerio público están facultados por la ley en comentario para “invitar a los interesados” a la celebración de dichos acuerdos, lo que se ha traducido en la práctica en una forma de presión hacia las víctimas para su realización.

Los acuerdos deben ser aprobados por el juez previo cercioramiento de que “las obligaciones que se contraen no resulten notoriamente desproporcionadas y que los intervinientes estuvieron en condiciones de igualdad para negociar y que no hayan actuado bajo condiciones de intimidación, amenaza o coacción”.<sup>38</sup>

De igual manera la suspensión condicional del proceso requiere solicitud del imputado o el ministerio público en el que se deberá formular “un plan detallado” de la manera en que se realizará la reparación

---

<sup>36</sup> Ibidem.

<sup>37</sup> Ibidem.

<sup>38</sup> Ídem, artículo 190.

del daño, toda vez que esta figura procesal puede en su caso ser extintiva de la acción penal,<sup>39</sup> deberá el imputado cumplir además una o varias de las condiciones que el mismo Código le impone en el numeral 195, con la finalidad de tutelar los derechos de la víctima u ofendido para poder originar la extinción de la acción penal. Dichas condiciones oscilan entre la permanencia en un lugar determinado hasta participar en programas especiales para el tratamiento de adicciones, condiciones que determinará el juez según en caso concreto y las medidas que considere idóneas para los fines antes apuntados.

La Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en materia Penal<sup>40</sup>, en su artículo tercero fracción novena, plasma como mecanismos alternativos a la mediación, la conciliación y la junta restaurativa, estableciéndose en el numeral 4 los principios rectores de dichos mecanismos, los cuales son siete, voluntariedad información confidencialidad, flexibilidad y simplicidad, imparcialidad, equidad y honestidad.<sup>41</sup>

En consecuencia, como se dijo en párrafos antecedentes no deben ser obligatorios sino partir de la voluntad de las partes expresada de manera oral o escrita, quienes deberán contar con la suficiente información para tomar una decisión equitativa orientada por un facilitador imparcial que apoyará al solicitante y al requerido como partes en los mecanismos para poder alcanzar un acuerdo apoyados por expertos en caso necesario y a solicitud de los intervinientes<sup>42</sup>.

El facilitador es personal adscrito a los órganos<sup>43</sup> dependientes de las procuradurías, fiscalías o al poder judicial, por lo que no existe independencia de estos órganos respecto de los poderes del estado, así que se trata de una labor que no pueden desempeñar los particulares lo cual es explicable dada la naturaleza del proceso penal.

---

<sup>39</sup> Ídem, artículo 191.

<sup>40</sup> Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de solución de controversias en materia Penal, óp. Cit.

<sup>41</sup> Ídem.

<sup>42</sup> *Ibíd.*, artículos 3-19.

<sup>43</sup> La Institución especializada en Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en materia penal de la Federación o de las entidades federativas.

El procedimiento a seguir se puede simplificar en la presentación de la solicitud que debe ser aprobada por el aludido órgano y en caso de no ser procedente deberá establecer clara y fundadamente las razones por las que se rechaza dicha solicitud; aprobada por el órgano se procede a iniciar el expediente registrándolo y expresando una breve relación de los hechos materia del mismo, realizado lo cual se extenderá la invitación al sujeto procesal contrario al solicitante al que como ya se asentó en párrafos antecedentes se le llama requerido. El facilitador puede realizar sesiones preliminares con las partes por separado si lo estima pertinente y a la sesión en la que intervienen todos se le llama conjunta y se puede realizar a través de la mediación o la conciliación.

La mediación la define la normatividad en estudio en su artículo 21 como el “mecanismo voluntario mediante el cual los Intervinientes, en libre ejercicio de su autonomía, buscan, construyen y proponen opciones de solución a la controversia, con el fin de alcanzar la solución de ésta”, a este concepto pensamos debería añadirse con la intervención de un facilitador.

La conciliación por su parte es conceptuada por el numeral 25 del multicitado ordenamiento como un “mecanismo voluntario mediante el cual los Intervinientes, en libre ejercicio de su autonomía, proponen opciones de solución a la controversia en que se encuentran involucrados”

La misma ley en el antedicho precepto establece la diferencia entre ambas figuras, la cual hace consistir en el tipo de intervención que realiza el facilitador, que en el caso de la conciliación es de carácter más activo al estar facultado para proponer soluciones viables en el caso concreto siempre bajo el estricto respeto a los principios que ya fueron enumerados con anterioridad.<sup>44</sup>

Por otra parte, la denominada junta restaurativa es considerada por la ley como “el mecanismo mediante el cual la víctima u ofendido, el imputado y, en su caso, la comunidad afectada, en libre ejercicio de su autonomía, buscan, construyen y proponen opciones de solución a la controversia, con el objeto de lograr un Acuerdo que atienda las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas, así como la

---

<sup>44</sup> Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de solución de controversias en materia Penal, óp. Cit., art. 26.

reintegración de la víctima u ofendido y del imputado a la comunidad y la recomposición del tejido social".<sup>45</sup>

Esta última a diferencia de las dos anteriores, parte de propuestas de los mismos afectados quienes establecen ante el respectivo órgano sus prioridades para la restauración de su esfera jurídica violentada.

### 3. REALIDAD MEXICANA EN LA MATERIA PENAL

La gestación de un importante proceso de creación legislativa alrededor de los mecanismos alternativos de solución de controversias en el mundo no fue ajeno al legislador mexicano y a la vera de la trascendente reforma constitucional en materia de derechos humanos, se va conformando la reforma sustancial al proceso penal, en cuya transformación va imbibida la justicia alternativa como una herramienta fundamental que conforma esta evolución hacia un sistema que se busca sea más justo y que amplíe de manera visible la salvaguarda de los derechos humanos tanto del imputado como de la víctima.

Es así como se consagra constitucionalmente estos mecanismos en los términos ya apuntados y de ahí deriva la legislación ordinaria a la que igualmente hemos hecho alusión, de todo lo cual resulta el surgimiento de leyes estatales que buscan dar cumplimiento a la referida justicia alternativa bajo diferentes contextos y creando organismos estatales para tal fin.

Un punto importante es entonces, la creación de institutos *ad hoc* dependientes de los Tribunales Superiores de Justicia de las entidades federativas, insertamos a continuación una relación de las entidades federativas, la fecha de su creación y la denominación que utilizan:

- Aguascalientes: 22 de diciembre de 2004, Centro de Mediación y Conciliación
- Baja California: 19 de octubre de 2007, Centro estatal de Justicia Alternativa de Baja California
- Baja California Sur, 31 de julio de 2016 Centro Estatal de Justicia Alternativa de Baja California Sur.

---

<sup>45</sup> Ibid., art. 27.

- Campeche: 04 de diciembre de 2007, Centro de Justicia Alternativa
- Coahuila de Zaragoza: 22 de junio de 2005, Centro de Medios Alternos de Solución de Controversias
- Ciudad de México: 11 de febrero de 2011 (antes Distrito Federal en el que se creó el 08 de enero de 2008), Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México
- Chiapas: 18 de marzo de 2009, Centro estatal de Justicia Alternativa
- Chihuahua: septiembre de 2014, Instituto de Justicia Alternativa del Poder Judicial del Estado de Chihuahua
- Colima: 23 de septiembre de 2003, Centro estatal de Justicia Alternativa
- Durango: 18 de febrero de 2009, Centro Estatal de Justicia Alternativa
- Estado de México: 01 de enero de 2011, Centro estatal de Mediación, Conciliación y Justicia Restaurativa
- Guanajuato: 12 de septiembre de 2006, Centro estatal de Justicia Alternativa
- Guerrero: 16 de diciembre de 2016. Centro estatal de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias y Centro de Justicia Alternativa en materia penal
- Hidalgo: 21 de abril de 2008, Centro Estatal de Justicia Alternativa del Estado de Hidalgo
- Jalisco: 30 de enero de 2007, Instituto de Justicia Alternativa del estado de Jalisco
- Michoacán de Ocampo: 03 de marzo de 2005, Centro Estatal de Justicia Alternativa y Restaurativa
- Morelos: 18 de agosto de 2008, Centro de Justicia Alternativa
- Nayarit: Aprobada por el Congreso en abril de 2011, Centro Estatal de Justicia Alternativa y de Convivencia Familiar
- Nuevo León: 14 de enero de 2005, Centro Estatal de métodos alternos para la solución de controversias (hoy Instituto de

Mecanismos Alternativos para la solución de controversias del Estado de Nuevo León.

- Oaxaca: 12 de abril de 2004, Centro de Justicia Alternativa.
- Puebla: 18 de diciembre de 2002, Centro estatal de Mediación del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Puebla.
- Querétaro: 20 de junio de 2007, Centro de Mediación y Conciliación.
- Quintana Roo: 16 de diciembre de 2009, Centro de Justicia Alternativa.
- Sinaloa, 17 de octubre de 2016, Centro de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en materia Familiar.
- Sonora: 07 de abril de 2008 Centro de Justicia Alternativa del Poder Judicial del Estado de Sonora (materias: civil, familiar y mercantil, penal intraprocesal).
- San Luis Potosí: 16 de octubre de 2012, Centro Estatal de Mediación y Conciliación.
- Tabasco: 29 de septiembre de 2012, Centro de Acceso a la Justicia Alternativa del Poder Judicial del Estado de Tabasco.
- Tamaulipas: 21 de agosto de 2007, Centro de Mecanismos Alternativos para la Solución de Conflictos.
- Tlaxcala: 13 de abril de 2007, Centro Estatal de Justicia Alternativa del Estado de Tlaxcala.
- Veracruz de Ignacio de la Llave: 15 de agosto de 2005, Centro Estatal de Justicia Alternativa de Veracruz.
- Yucatán: 24 de julio de 2009, Centro Estatal de Solución de Controversias del Estado.
- Zacatecas: 26 de diciembre de 2008, Centro Estatal de Justicia Alternativa (solo materia Civil, Familiar y Mercantil)

¿Cuál es la situación particular en materia penal en nuestro país?

En este contexto vemos que además de las instituciones apuntadas, existen dependientes de las fiscalías o procuradurías generales de las entidades federativas órganos que apoyan la implementación de estos mecanismos exclusivamente para la materia penal, lo cual cabría preguntarse si duplica los costos, infraestructura y esfuerzos del estado o se justifica;

así tenemos un estudio realizado por el Dr. Zepeda Leucona en el que en 2016 examina el quehacer de la justicia en materia penal bajo los auspicios de la organización Impunidad Cero, en el cual verifica las 32 entidades federativas del país y detecta severos problemas derivados de la insuficiencia de ministerios públicos y de la disminución de su eficacia pese a la paulatina implementación del nuevo sistema de justicia penal, cuestiones que a la par que las cifras negras demeritan la impartición de justicia en un alto grado.

En consecuencia, no hay un consenso a nivel nacional de la forma de implementar dichos centros o institutos y cada entidad federativa los crea acorde a lo que estima más adecuado eludiendo en ocasiones la complejidad de la materia penal; sin embargo, el 27 de agosto de 2016, la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos (CONATrib) creó la “Red Nacional de Mecanismos Alternativos de solución de Controversias” mediante el acuerdo 14-02/2016, estableciéndose como un medio de comunicación entre tales organismos, cuando menos aquellos que existen en el país en sedes jurisdiccionales, lo que estimamos a largo plazo permitirá alcanzar un alto grado de uniformidad en sus actuaciones y regulación que favorecerán a los justiciables.

Es evidente que la sola implementación de la legislación y los centros para la aplicación de tales mecanismos alternos no es *per se* la solución para todos los problemas de acceso a la justicia que afectan a la población mexicana, ello derivado de los altos índices de impunidad,

Al respecto Hernández Pliego<sup>46</sup> hace énfasis en que:

La situación se agrava pues en el día a día, las víctimas del delito no son tratadas por la autoridad con respeto a su dignidad, no tienen verdadero acceso a la justicia, ni logran la reparación del daño a que tienen derecho, conforme a los prolijos catálogos descritos en las legislaciones referidas, sin dejar de considerar el agravio que se causa a la comunidad si no existe la denuncia, es decir, el 77% constituye la cifra negra, los que no denuncian; bien, del 23% que denuncia solamente se consigna un 13%; el 4% obtiene sentencia de condena y únicamente el 2% son condenados a reparar el daño.

---

<sup>46</sup> HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio, óp. Cit., p. 345.

Esto es palpable si atendemos a que según Zepeda Leucona<sup>47</sup>: mientras que en el 2015 se iniciaron 791 mil 826 carpetas de investigación de competencia local en el país (Censo Nacional de Procuración de Justicia [CNPJ] 2016 del Instituto Nacional de Geografía y Estadística [INEGI]), apenas se iniciaron 50 mil 37 asuntos penales del sistema acusatorio ante los juzgados de control (Censo Nacional de Impartición de Justicia [CNIJ] 2016, INEGI). Es decir, sólo el 6.3% de los asuntos ingresados a las procuradurías llegan a los jueces.

Lo cual nos lleva a concluir que si se efficientizan los mecanismos alternos muchos de esos casos que nunca salen de la fiscalía podrían acercar la justicia a muchos ciudadanos que a la fecha no la alcanzan por deficiencias de los propios órganos estatales o por su propia desconfianza en el sistema que los lleva a no denunciar engrosando las ya de por sí elevadas cifras negras.

El INEGI (Instituto Nacional de Información Estadística y Geográfica) a partir del 2008 crea el Subsistema Nacional de Información de Gobierno, Seguridad Pública e Impartición de Justicia (SNIGSPIJ) mediante acuerdo de la Junta de Gobierno del mencionado instituto y a propuesta de su Consejo Consultivo en los términos del artículo 15 de la ley que lo regula y con el objetivo específico de:

Institucionalizar y operar un esquema coordinado para la producción, integración, conservación y difusión de información estadística y geográfica de interés nacional, de calidad, pertinente, veraz y oportuna que permita conocer la situación que guardan la gestión y el desempeño de las instituciones públicas que conforman al Estado Mexicano y a sus respectivos poderes en las funciones de gobierno, seguridad pública e impartición de justicia, para apoyar los procesos de diseño, implementación, monitoreo y evaluación de las políticas públicas en estas materias<sup>48</sup>.

El subsistema arrojó en 2015 la siguiente información acerca de la justicia alternativa en México: se recibieron 164 244 solicitudes, 150 475 de ellas resultaron procedentes, y 13 769 restantes fueron desechadas.

---

<sup>47</sup> ZEPEDA LEUCONA, Guillermo Raúl, óp. Cit.

<sup>48</sup> INEGI, Censo Nacional de Justicia Estatal 2016.

En las solicitudes precedentes, el principal mecanismo empleado fue mediación en un 84.2 por ciento, seguido de la conciliación con el ocho por ciento. Para el resto de los mecanismos los porcentajes fueron inferiores al cinco por ciento. Asimismo, en lo que atañe al derecho penal, de estas cifras únicamente el 9.4 por ciento le corresponden.<sup>49</sup>

De lo anterior podemos colegir que, si bien el ministerio público como se dijo en párrafos antecedentes insta a las víctimas y ofendidos a celebrar este tipo de acuerdos, los resultados en la práctica aun dejan mucho que desear.

## CONSIDERACIONES FINALES

Los mecanismos alternos de solución de controversias son indudablemente herramientas del sistema jurídico en México y parte integrante de la justicia alternativa, su eficacia en cuanto a la economía procesal y la descarga hacia los saturados tribunales del orden penal es indiscutible, en tanto que, como herramientas de acceso a la justicia su incidencia deberá juzgarse de manera más prudente y en estudios que examinen no la cantidad de asuntos resueltos como se realiza actualmente sino con base en indicadores cualitativos que nos evidencien verbigracia, el grado de satisfacción de las víctimas en ellos.

Es claro que los mecanismos alternos de solución de controversias resultan relevantes en el contexto del derecho penal actual, tan es así que el legislador mexicano no solo los regula dentro de legislación del ramo como lo es el Código Nacional de Procedimientos Penales, sino que consideró que su importancia bien valía una ley ex profeso como lo es la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de solución de controversias en materia Penal.

¿Qué tanto se justifica? Creemos que válidamente pudieron regularse en el Código Nacional de Procedimientos Penales, sin embargo, la normativización separada a nuestro juicio obedece tal vez a un afán del legislador de establecer su naturaleza extraprocesal.

---

<sup>49</sup> Ibid., p. 40

Los indicadores actuales no nos hablan-como ya se indicó- de eficacia cualitativa, sino de reducción de procesos lo que no necesariamente lleva aparejada una excelencia en el quehacer de la justicia alternativa, porque se deben tomar en consideración aspectos tan importantes como las cifras negras y la deficiente integración de los expedientes que llevan a los porcentajes analizados en anteriores apartados del presente estudio y que resultan vergonzantes a la luz del acceso a la justicia puesto que al parecer solo un 2% de las víctimas acceden a la reparación del daño, ello sin aspirar a que se trate de una reparación integral.

En consecuencia, la existencia de los mecanismos alternativos, cuando menos por lo que hace a la materia penal, hasta el momento no han evidenciado su impacto en la vulneración de los derechos de los ciudadanos y resultan excelentes *de iure*, pero aún no *de facto*.

Otro punto esencial en el que el estado mexicano debe centrar su atención, lo es en cuanto al seguimiento de los acuerdos y su debido cumplimiento que, actualmente no se encuentra debidamente regulado y en consecuencia no se puede garantizar el debido cumplimiento de los acuerdos alcanzados, ya que la propia redacción del artículo 17 en el texto constitucional determina únicamente de manera ocasional y facultativa la supervisión del juzgador.

## REFERENCIAS

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso autocomposición y defensa: Contribución al estudio de los fines del proceso*, 3a ed., México: UNAM, 2000.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Loayza Tamayo vs Perú, Reparaciones y costas, Sentencia de 27 de noviembre de 1988, Serie C, No. 42, párr. 147.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Myrna Mack Chang vs Guatemala, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C, No. 101, párr. 268.

ESPARZA MARTÍNEZ, Bernardino. *La reparación del daño*. México: INACIPE, 2015.

ESTAVILLO CASTRO, Fernando. Medios alternativos de solución de controversias. *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, n. 26, pp. 373-406. 1996.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. Mecanismos alternativos de solución de controversias: nota sobre el creciente desarrollo del área. *Ars Iuris*, n. 30, p. 39- 67, 2003.

HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio. La reparación del año en el CNPP. In: GARCÍA RAMÍREZ, Sergio; GONZÁLEZ MARISCAL, Olga (Coord.). *El Código Nacional de Procedimientos Penales: Estudios*. México: UNAM, 2015. pp. 239-254.

INEGI, Censo Nacional de Justicia Estatal 2016- Disponible en: <[http://internet.contenidos.inegi.org.mx/contenidos/Productos/prod\\_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/nueva\\_estruc/702825091583.pdf](http://internet.contenidos.inegi.org.mx/contenidos/Productos/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/nueva_estruc/702825091583.pdf)>. Accedida en 12 dic. 2018.

LANDER, Adriana (Coord.). *Las reformas al sistema de justicia penal en Japón y en América Latina, Logros, problemas, y perspectiva, Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente*, Costa Rica: ILANUD, 2011.

LE CLERQ ORTEGA, Juan Antonio; RODRÍGUEZ SÁNCHEZ LARA, Gerardo (Coord.). *La impunidad subnacional en México y sus dimensiones IGI MEX 2018*. Puebla: Universidad de las Américas, 2018.

LILLO LOBOS, Ricardo; CABEZÓN PALOMINOS, Andrea; FANDIÑO CASTRO, Marco. *Mecanismos alternativos al proceso judicial para favorecer el acceso a la justicia en América Latina*. Disponible em: <<http://www.bivica.org/upload/mecanismos-proceso-judicial.pdf>>. Acesso em: 07 dic. 2018.

NANCLARES MÁRQUEZ, Juliana; GÓMEZ GÓMEZ, Ariel Humberto. La reparación: una aproximación a su historia, presente y prospectiva. *Civilizar ciencias sociales y humanas*. Bogotá, v. 17, n. 33, pp. 59-79, 2017.

NÓBREGA DE ABREU CAMPANÁRIO, Micaela Susana, “Mediação penal: Inserção de meios alternativos de resolução de conflito”, *Civitas*, v. 13, n. 1 (2013), p. 118-135. <https://doi.org/10.15448/1984-7289.2013.1.12593>

PALI, Brunilda. “Active justice: Restorative justice processes as fertile ground for exercising citizenship”, *Sistema Penal & Violência Revista Eletrônica da Faculdade de Direito*. Rio Grande do Sul: v. 6, n. I, p. 31-42, janeiro-junho 2014.

VADO GRAJALES, Luis Octavio. Medios alternativos de solución de conflictos. In CIENFUEGOS, David y MACÍAS VÁSQUEZ María del Carmen (Coord.). *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano*. México: UNAM, 2006.

VÁSQUEZ SANTAMARÍA, Jorge Eduardo; LEZCANO MIRANDA, Martha Eugenia. The alternative methods of conflict resolution: some improvement challenges for justice in Colombia. In: MOKRYS, Michal; BADURA, Stefan (editores). *Proceedings in Human and Social Sciences at the Common Conference*. Zilina: EDIS, 2017.

VIVERO DE PORRAS, Carmen de. Medios alternativos de solución de conflictos. *eXtoikos*, n. 12, pp. 35-37, 2013.

XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condiciones de Vulnerabilidad, celebrada en Brasilia, del 4 al 6 de marzo de 2008.

ZEPEDA LEUCONA, Guillermo Raúl. Índice estatal de desempeño de las procuradurías y fiscalías. Disponível em: <[https://www.impunidadcero.org/.../15\\_Impunidad\\_Cero\\_Ranking\\_de\\_procuradurias.pdf](https://www.impunidadcero.org/.../15_Impunidad_Cero_Ranking_de_procuradurias.pdf)>. Acesso em: 12 dic. 2018.

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

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

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

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

### Dados do processo editorial

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

- Recebido em: 22/12/2018
- Controle preliminar e verificação de plágio: 22/12/2018
- Avaliação 1: 27/12/2018
- Avaliação 2: 13/01/2019
- Avaliação 3: 15/01/2019
- Decisão editorial preliminar: 20/01/2019
- Retorno rodada de correções: 05/02/2019
- Decisão editorial final: 08/02/2019

### Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-associado: 1 (ELL)
- Revisores: 3

### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

COBOS CAMPOS, Amalia Patricia. Los mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal en México y su realidad. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 115-144, jan./abr. 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.212>



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

# Víctima, reparación y proceso penal: una proyección desde las teorías expresivas de la pena

*Victim, reparation and criminal process: a projection from the expressive theories of punishment*

*Vítima, reparação e processo criminal: uma projeção das teorias expressivas da pena*

**Ramón Beltrán Calfurrapa<sup>1</sup>**

Universidad de Atacama – Chile

rambel@gmail.com

 <http://orcid.org/0000-0002-6028-9534>

---

**RESUMEN:** El presente artículo pretende examinar los aspectos más relevantes de la reparación por el hecho punible, en favor de la víctima, bajo el supuesto de las denominadas “teorías expresivas de la pena”. Para ello, luego de exponer sucintamente la importancia y relevancia de la reparación en el ámbito penal y procesal penal, abordará su imbricación político-criminal a partir de los paradigmas y postulados esenciales sustentados por dichas teorías. En particular, analizará si la reparación penal puede o no ser entendida bajo un “telos” expresivo y, de ser así, si su dimensión fáctica y comunicativa puede restablecer el déficit normativo generado por el delito.

**PALABRAS-CLAVE:** víctimas; reparación; proceso penal; teorías expresivas de la pena.

**ABSTRACT:** *The present article tries to examine the most relevant aspects of the reparation of crime, in favor of the victim, under the assumption of the so-called “expressive theories of punishment”. For this, after explaining succinctly*

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Profesor de Derecho Procesal e Introducción al Derecho en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Atacama, Copiapó, Chile. Miembro de la Red Chilena de Investigadores de Derecho Procesal. Abogado.

*the importance and relevancy of the reparation in the field of criminal law and criminal procedure, will treat its political-criminal linkage based on the paradigms and essential postulates supported by such theories. In particular, it will analyze whether criminal reparation may or may not be understood under an expressive “telos” and, if so, whether its factual and communicative dimension can restore the normative deficit generated by the crime.*

**KEYWORDS:** victims; reparation; criminal procedure; expressive theories of punishment.

**RESUMO:** O presente artigo procura examinar os aspectos mais relevantes da reparação pelo crime, em favor da vítima, sob o pressuposto das chamadas “teorias expressivas da pena”. Para isso, depois de explicar sucintamente a importância e a relevância da reparação no campo do direito penal e do processo penal, tratará sua vinculação político-criminal a partir dos paradigmas e postulados essenciais apoiados por essas teorias. Em particular, analisará se a reparação criminal pode ou não ser entendida sob um “telos” expressivo e, em caso positivo, se a sua dimensão factual e comunicativa pode restaurar o déficit normativo gerado pelo crime.

**PALAVRAS-CHAVE:** vítimas; reparação; processo penal; teorias expressivas da pena.

**SUMARIO:** Introducción y planteamiento; 1. La reparación en el ámbito penal y procesal penal; 2. Las teorías expresivas de la pena y sus aspectos más relevantes; 3. La reparación a la luz de las teorías expresivas de la pena; Consideraciones finales; Referencias bibliográficas.

---

“La pena provoca una herida, el resarcimiento del daño cura otra, en lo posible, sin causar una segunda”. Karl Binding, *Die Normen und ihre Übertragung*, t. I, §41, p. 288.

## INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO

*“En un Derecho penal entre hombres libres e iguales, la reparación debería ser la sanción principal, y la solución de la controversia por*

*composición y por resarcimiento del daño, el procedimiento preferido*"<sup>2</sup>. Con estas palabras WEIGEND, citando a MAIHOFFER, llamaba la atención de la comunidad académica alemana el año 1981, sintetizando, enfáticamente, la necesidad de dar cabida a la reparación como una tercera vía de solución al conflicto penal. Por supuesto, desde dicha época hasta la fecha, tal enfoque se ha ido asentando progresivamente al punto de constituir un fenómeno con una estructura e identidad propia, merced los diversos aportes efectuados por el modelo de "justicia restaurativa" sugerido por corrientes de pensamiento propias de países anglosajones<sup>3</sup>.

Sin embargo, se trata de una cuestión político-criminal de hondas raíces, tanto con partidarios como detractores, que, por lo demás, refleja la constante crisis y tensión que se vive dentro de la cuestión penal. En efecto, inspirada en una vocación clásica de tipo unilateral y vertical, la ciencia penal durante mucho tiempo focalizó sus esfuerzos en torno a la persona del autor y el restablecimiento de las relaciones normativas resquebrajadas por la comisión del delito. El enjuiciamiento, la condena y la pena, desde esta óptica, expresaban exclusivamente la desaprobación y el reproche público de la conducta delictuosa, razón por la cual, con

---

<sup>2</sup> "In einem Strafrecht zwischen Freien und Gleichen müsse demgegenüber Wiedergutmachung die primäre Sanktion, Streiterledigung durch Sühnevertrag und Ausgleich des Schadens das bevorzugte Verfahren sein". WEIGEND, Thomas. Tagungsbericht (Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 1981 in Bielefeld). *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft [ZstW]*, n° 93, 1981, pp. 1283-1284.

<sup>3</sup> Sobre los modelos de justicia restaurativa anglosajones, su evolución y elementos más sobresalientes, véanse, entre otros: VAN NESS, Daniel W; HEETDERKS STRONG, Karen. *Restoring justice: an introduction to restorative justice*. 5ta edición. Ámsterdam- Boston- Heidelberg- London: Anderson Publishing, 2015, pp. 23 ss; TAMARIT SUMALLA, Josep M. Procesos restaurativos más allá de la mediación: perspectivas de futuro. En: AA.VV. *Justicia restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos*. Bilbao: Publicaciones Universidad de Deusto, 2013, pp. 317-328; LUNA, Erik. In Support of restorative justice. En: ROBINSON, Paul; GARVEY, Stephen; KESSLER, Kimberly (editores). *Criminal law conversations*. Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 585 ss. MANNOZZI, Grazia. *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*. Milano: Giuffrè, 2003, pp. 125 ss; WRIGHT, Martin. *Justice for victims and offenders a restorative response to crime*. 2da edición. Winchester: Waterside Press, 1996, pp. 11 ss; CRAGG, Wesley. *The practice of punishment: towards a theory of restorative justice*. Londres- New York: Routledge, 1992, pp. 138 ss.

el fin de hacer posible un ideal de justicia imparcial e independiente<sup>4</sup>, se procuró distanciar y alejar a la víctima lo más posible del escenario procesal penal. El ofendido por el delito y sus derechos, por tanto, eran vistos como una cuestión marginal, fungible y residual no susceptibles de consideración directa en el enjuiciamiento criminal<sup>5</sup>.

Con todo, y pese al trasfondo liberal y garantista que se trataba de asegurar, bien pronto se observó que una redefinición del rol de la víctima en el campo procesal penal no implicaba, necesariamente, un retorno involutivo a las etapas primitivas propias de la justicia penal privada. Antes bien, se observó que el delito genera una relación plurilateral que vincula al autor, la víctima y la sociedad, y que, además del plano vertical propio de la imposición de una pena o una medida de seguridad, puede existir una pacificación social del conflicto desde un plano interpersonal y horizontal<sup>6</sup>. A partir de allí, haciendo eco del carácter subsidiario, fragmentario y de “*ultima ratio*” del sistema penal, se han tratado de desarrollar diversos criterios procesales de reparación material o simbólica, dando paso paulatino a la injerencia de la composición, el consenso y la autonomía de la voluntad como herramientas claves para buscar una alternativa de solución al conflicto punitivo.

Pero sería un error suponer que el actual repunte de la víctima y sus derechos en el ámbito procesal penal está ausente de riesgos. De

---

<sup>4</sup> Cfr. COEN, Rebecca. The Rise of the victim— A Path to punitiveness?. *Irish Criminal Law Journal*, nº 16, 2006, pp. 10 ss.

<sup>5</sup> Sobre la víctima como figura marginal del proceso y su “resurgimiento”, Cfr. VENTUROLI, Marco. *La vittima nel sistema penale dall’oblio al protagonismo?*. Napoli: Jovene editore, 2015, pp. 7 ss; GÓMEZ COLOMER, José Luis. *Estatuto jurídico de la víctima del delito*. (La posición jurídica de la víctima del delito ante la justicia penal. Un análisis basado en el Derecho comparado y en las grandes reformas españolas que se avecinan). Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 35 ss; CORNACCHIA, Luigi. Vittime e giustizia criminale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 4. Milano: Giuffrè, 2013, pp. 1760 ss; ESER, Albin. Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal. Tendencias nacionales e internacionales. En: AA.VV. *De los delitos y las víctimas*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1992, pp. 16 ss.

<sup>6</sup> Para un análisis más detallado sobre el carácter vertical y horizontal del delito y la correspondiente respuesta sancionatoria, Cfr. SILVA SANCHÉZ, Jesús-María. *Malum Passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*. Barcelona: Atelier, 2018, pp. 21 ss.

hecho, subsiste aún el justo temor –a lo menos en el ámbito estrictamente científico– de que la imagen de la “víctima real o potencial”<sup>7</sup> sea mal utilizada, esto es, sea mediatizada por eslóganes subjetivos, pasionales y populistas, encarnados, por lo demás, a través de un Derecho penal simbólico. Piénsese, en este sentido, en los planteamientos propios de la actual “seguridad ciudadana”, la política de la “tolerancia cero” o los continuos reparos surgidos a partir del “*nothing works*”, los cuales, bajo el eslogan de salvaguardar a las víctimas, han propiciado la institucionalización de una auténtica justicia represiva y autoritaria. Se teme pues que la participación de las víctimas, particularmente en la determinación del “sí” y el “cuánto” de la pena, pueda erosionar y lesionar principios garantísticos tan básicos como los de culpabilidad, proporcionalidad e igualdad<sup>8</sup>. De ahí que resulte imprescindible, por tanto, determinar cuál es la política-criminal que está detrás de los equivalentes funcionales que se esbozan como manifestativos de la reparación y, de este modo, se puedan analizar críticamente los postulados y directrices sobre los cuales se sustentan.

Por consiguiente, y a objeto de delimitar nuestro objeto de estudio, en las próximas páginas abordaremos los aspectos más relevantes de la reparación del daño causado a la víctima, bajo los supuestos sustentados por las denominadas “teorías expresivas de la pena”. Para ello, luego de analizar sucintamente la importancia y relevancia de la reparación del daño en el ámbito penal y procesal penal, así como los aspectos dogmáticos más destacados de dichas teorías de la pena, trataremos de responder a preguntas tales como: ¿Puede producir la reparación real o simbólica efectos expresivos o comunicativos? ¿Bastará acaso un acuerdo conciliatorio entre víctima y ofensor para alcanzar tales fines? ¿puede la reparación implicar un “mal” capaz de restablecer el déficit comunicativo generado

---

<sup>7</sup> Sobre la diferenciación entre víctima actual y potencial, Cfr. SEELMANN, Kurt. Paradojas de la orientación hacia la víctima en el Derecho penal. En: SEELMANN, Kurt. *Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal*. Trad. Raúl Núñez Ojeda y Thomas Vogt Geisse. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2013, pp. 189 ss.

<sup>8</sup> Sobre la víctima como medio de debilitamiento de los principios del Estado constitucional, Cfr. ALBRECHT, Peter-Alexis, La funcionalización de la víctima en el sistema de justicia penal. En: AA.VV. *La víctima en el sistema penal. Dogmática, proceso y política criminal*. Trad. Luis Reyna Alfaro. Lima, Grijley, 2006, pp. 58 ss.

por el delito? Así las cosas, asumiendo que toda respuesta punitiva entraña tanto una dimensión fáctica cuanto comunicativa, concluiremos que sí es posible irrogar tales efectos expresivos a la reparación penal y, por tanto, entenderla como un equivalente funcional a la pena bajo ciertas condiciones y presupuestos que se abordaran al final de este trabajo.

## 1.- LA REPARACIÓN EN EL ÁMBITO PENAL Y PROCESAL PENAL

Constituye prácticamente un lugar común la afirmación de que el daño que experimenta la víctima por el delito no se agota, necesariamente, con la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos por las normas penales. Antes bien, aquél se extiende y proyecta también en una dimensión inmaterial y personal, muchas veces imperceptible, pero duradera, que desencadena a menudo padecimientos progresivos para el ofendido por el delito. Desde luego, la naturaleza del ilícito penal, la energía criminal desplegada por el delincuente en su comisión, así como la mayor o menor sensibilidad de la víctima al delito, influyen de sobremanera en que tales secuelas se amplifiquen con el correr del tiempo<sup>9</sup>. Al abatimiento, la angustia y el justo temor de ser presa nuevamente de un ilícito, se añaden, por tanto, otros efectos colaterales y accesorios propios de la victimización secundaria<sup>10</sup>: por un lado, la ira, la animosidad y el resentimiento frente a la humillación causada por el delito; y, por otro, la necesidad de compensación y restablecimiento al “*status quo*” anterior al hecho punible.

La aplicación de la pena, naturalmente, coadyuva a paliar en algo las anteriores nocividades. Sin embargo, sería ingenuo creer que la aflicción de la privación de libertad y sus efectos reparan “*per se*” los daños materiales e inmateriales causados por el delito. En efecto, si bien se debe

<sup>9</sup> Para un análisis de tales factores a la luz de la medición judicial de la pena, Cfr. HÖRNLE, Tatjana. Distribution of punishment: the role of a victim's perspective. *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 3, n° 1, pp. 188 ss, 1999.

<sup>10</sup> Vinculando la victimización secundaria únicamente al impacto que sufre la víctima al entrar en contacto con las instancias estatales de justicia, Cfr. WEMMERS, Jo-Anne. Victims' experiences in the criminal justice system and their recovery from crime. *International Review of Victimology*, vol 19, n° 3, pp. 221 ss, 2013.

tener precaución al hacer suposiciones sobre lo que las víctimas realmente buscan a través de su participación en el proceso penal<sup>11</sup>, diversos estudios han sugerido que las víctimas no parecen ser más punitivas que la opinión pública en relación con la represión propia del sistema<sup>12</sup>. Antes bien, lejos de buscar la punición desmedida y a toda costa, la mayoría de los ofendidos por el delito al parecer tienden a priorizar el reconocimiento, la compensación y el restablecimiento por sobre la punición<sup>13</sup>. De este modo, quizás movidos por intereses materiales o terapéuticos, pero también por mayores expectativas de participación, apoyo y consideración, las actitudes más pasionales de las víctimas cederían en pos de actitudes más reflexivas de perdón, clemencia y reparación<sup>14</sup>. De ahí que un adecuado sistema de reacción al delito deba considerar, además del concreto grado

---

<sup>11</sup> Es de sobra conocido, en este sentido, que el tratamiento simbólico dado por los «mass media» al delito ha contribuido a generar mitos distorsionados y mediáticos sobre los que se sustenta el actual discurso punitivo. Sin embargo, como bien sostiene Varona, “no se trata de un discurso permeable a todo estímulo. Cuando esas imágenes culturales construidas mediáticamente son confrontadas con datos y con otro discurso se puede producir un replanteamiento de las mismas. Y, por otro lado, no es un discurso uniforme y monolítico: los ciudadanos son capaces de articular argumentos diversos en función del tipo de delincuencia en que están pensando”. VARONA GÓMEZ, Daniel, *El debate ciudadano sobre la justicia penal y el castigo: razón y emoción en el camino hacia un derecho penal democrático*. Madrid- Barcelona- Buenos Aires- São Paulo: Marcial Pons, 2016, pp. 147-148.

<sup>12</sup> Cfr. VAN CAMP, Tinneke, Understanding victim participation in restorative practices: Looking for justice for oneself as well as for others. *European Journal of Criminology*, vol. 14, n° 6, pp. 690 ss, 2016; DOAK, Jonathan; HENHAM, Ralph; MITCHELL, Barry. Victims and the sentencing process: developing participatory rights?. *Legal Studies*, vol. 29, n° 4, p. 655, 2009; EREZ, Edna; TONTODONATO, Pamela, The effect of victim participation in sentencing on sentence outcome. *Criminology*, vol. 28, n° 3, pp. 467 ss, 1990.

<sup>13</sup> Quizá por ello, como expresan Wemmers y Cyr, “Given that victims do not seek decision-making power, but simply want to be taken into consideration, victim participation in the criminal justice process should not pose a threat to the existing power balance, nor to the rights of the accused within the conventional criminal justice system”. WEMMERS, Jo-anne; CYR, Katie. Victims’ perspectives on restorative justice: how much involvement are victims looking for?. *International Review of Victimology*, vol. 3, p. 271, 2004.

<sup>14</sup> Sobre la necesidad de replantearse la importancia del perdón en el proceso penal, Cfr. LACEY, Nicola; PICKARD, Hanna. To blame or to forgive? Reconciling punishment and forgiveness in criminal justice. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 35, n° 4, pp. 688 ss, 2015; BIBAS, Stephanos; BIERSCHBACH,

de satisfacción de la pretensión punitiva del Estado, las justas expectativas y exigencias de reparación del daño causado a la víctima. Puede hablarse, por tanto, de la necesidad de instaurar un sistema punitivo pluridimensional e integrativo que considere, además de los intereses y expectativas de la sociedad y del infractor, las justas demandas de la víctima dirigidas a alcanzar una equilibrada y ponderada “reparación”.

Lo anterior, en todo caso, no debe entenderse como un intento de sustitución del sistema procesal clásico en pos de una autocomposición privada del conflicto. De lo que se trata más bien es entender que para el Estado, en mayor o menor medida, no pueden resultar indiferentes las diversas heridas causadas por el delito: en primer lugar, a la propia víctima, quien –como vimos– sufre en carne propia no sólo el daño y la estigmatización resultante del delito, sino que también muchas veces la indiferencia y apatía propia del sistema; en segundo lugar, a la sociedad, quien además de ser trastocada en su identidad normativa y comunicativa, se ve afectada por las consecuencias psico-sociales de impotencia, resentimiento e inseguridad que derivan precisamente del injusto-culpable; y, por fin, al propio infractor, que además de experimentar el justo temor de verse expuesto a una sanción de tipo aflictiva, sufre además el aislamiento, el remordimiento e, incluso, la vergüenza por su conducta previa y defectuosa<sup>15</sup>. De ahí que un adecuado sistema de reacción al delito deba mitigar no sólo los inevitables antagonismos que surgen a partir de las anteriores nocividades, sino que también deba intentar conciliar y armonizar “la reparación” como un complemento al enjuiciamiento penal clásico. No se trata, por ende, de buscar una sustitución del sistema procesal penal o, en ciertos casos, de buscar métodos procesales que tiendan a favorecer la penalización de la pretensión resarcitoria. Por el contrario, lo que se pretende es asumir que el Derecho procesal constituye un Derecho de alternativas, que discurre por la vía de la *complementariedad* y

---

Richard A. Integrating remorse and apology into criminal procedure. *The Yale Law Journal*, vol. 114, n° 84, pp. 87 ss, 2004.

<sup>15</sup> Para un análisis de las emociones de remordimiento, vergüenza y culpa como pasos críticos en el proceso de rehabilitación, Cfr. TANGNEY, June P; STUEWIG, Jef; HAFEZ, Logaina. Shame, guilt, and remorse: implications for offender populations. *The Journal of Forensic Psychiatry & Psychology*, vol. 22, n° 5, pp. 706-723, 2011.

la *subsidiariedad* en aras de contribuir precisamente a la realización de los fines propios del Derecho Penal. De este modo, allí donde la pacificación social pueda ser alcanzada por medio de sanciones menos graves, el reconocimiento de la reparación como una alternativa justa y viable para las víctimas, la sociedad y el infractor, debería ser siempre propendida, fortalecida y garantizada por parte del Estado<sup>16</sup>.

Pero ¿qué se debe entender por reparación? ¿cuáles son sus proyecciones en el campo penal y procesal penal? ¿Puede acaso ser homologada al simple resarcimiento de perjuicios? Pues bien, antes de responder a estas interrogantes, debe observarse que debido a la influencia de ciertos modelos teóricos, provenientes tanto del “*common law*” como del “*civil law*”, la reparación no ha sido abordada conceptualmente hablando en un sentido unívoco<sup>17</sup>. En efecto, resurgida históricamente como una reacción

---

<sup>16</sup> En este sentido, cabe afirmar que la relevancia jurídico-penal de la reparación del daño y el efecto pacificador que generaría ha sido abordado por una serie de instrumentos internacionales. Destacan, en este sentido, la Resolución 40/34 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 29 de noviembre de 1985, sobre “Los Principios Fundamentales de Justicia Para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder”, emitida tras el VII Congreso sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán, Italia, del 26 agosto al 6 de septiembre de 1985; la Resolución 60/147 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 2005, que fija “Los Principios y Directrices Básicos Sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones”; y, además, la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que Se Establecen Normas Mínimas Sobre los Derechos, el Apoyo y la Protección de las Víctimas de Delitos, y por la que se Sustituye la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo. En nuestro ámbito interamericano, por el contrario, a pesar que no existen declaraciones emitidas en términos similares, sí se evidencian una serie de pronunciamientos sostenidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los cuales, a partir del artículo 63 de la Convención Americana de 1969, ha decantado el concepto de “reparación integral” como garantía básica para las víctimas en materia de derechos humanos. Para un análisis de tales pronunciamientos, Cfr. NASH ROJAS, Claudio. *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)*. Segunda Edición. Santiago de Chile, Universidad de Chile, 2009, pp. 33 ss.

<sup>17</sup> En argumento, Cfr. LARRAURI PIJOÁN, Elena. Justicia restauradora y violencia doméstica. En: ASUA BATARRITA, Adela; GARRO CARRERA, Enara (editoras). *Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena*. Bilbao: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2008, pp. 125 ss.

frente a la crisis de los modelos disuasorios y resocializadores, la actual configuración de la reparación presenta rasgos variados y disímiles, dado el alto influjo ideológico de las diversas corrientes de pensamiento que le han servido de sustento<sup>18</sup>: en aquélla confluyen, por cierto, rasgos de los sistemas de “*diversion*” anglosajones, postulados propios de los movimientos abolicionistas, así como también diversas directrices victimológicas surgidas la segunda mitad del siglo XX. Sin embargo, y más allá que probablemente nunca se logre un consenso absoluto sobre sus posibles matices y particularidades, lo cierto es que el “*leiv motiv*” que le sirve de sustento es casi siempre el mismo: incluir a la reparación dentro del sistema de sanciones penales. De ahí que, superando los dilemas propios del clásico “*malum passionis*”, se haya comprendido que la reparación del daño a la víctima no constituye un cuerpo extraño a lo penal, sino, todo lo contrario<sup>19</sup>: que en algunos casos puede operar como una atenuante de la pena, en otros puede implicar una condición para decretar la suspensión de la pena e, incluso, para cierto tipo de delitos, puede llegar a constituir un auténtico sustituto de la pena. Se trata, por tanto, de una “tercera vía” (“*dritte Spur*”) alternativa y complementaria de las penas y las medidas de seguridad, que englobaría un conjunto de conductas que el infractor debiese desplegar en beneficio de la víctima o la sociedad, y que, en tal carácter, se traducen en una serie de prestaciones de contenido material, simbólico o ideal, a objeto de alcanzar precisamente una adecuada pacificación del conflicto social<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> Refiriéndose a los antecedentes ideológicos de la reparación, Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Análisis criminológico de los diversos modelos y sistemas de reacción al delito. En: AA.VV. *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos*: (libro homenaje al profesor Doctor Don Angel Torío López). Granada: Comares, 1999, p. 143.

<sup>19</sup> Apelando a la reparación como parte esencial de la sanción penal, Cfr. ESER, Albin. *Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima*. Trad. Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 42.

<sup>20</sup> Un concepto de reparación como el sugerido, fue el que elaboró un grupo de profesores alemanes, austriacos y suizos, en el denominado “Proyecto Alternativo sobre la Reparación” (“*Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung*” –AE-WGM–), el cual, con un total de 25 párrafos y 3 apartados, fue presentado el año 1992 en el contexto del quincuagésimo noveno «*Deutscher Juristentag*», celebrado en la ciudad de Hannover, Alemania. Así, en su § 1, punto 1, sostiene: “*Se entiende por reparación la compensación de las consecuencias*

Ahora bien, si la reparación entre víctima y autor ha logrado un reconocimiento tan amplio, ello se debe, en parte, no sólo por las posibles ventajas que supone para las víctimas, el ofensor o la sociedad, sino también porque considera de forma integrativa y contingente las diversas dimensiones del daño. En efecto, a diferencia de lo que sucede con la indemnización de perjuicios civiles y sus conocidos criterios de procedencia, la reparación penal posee una estructura que no se agota en el contenido de esta última. Ello, pues, a pesar que una de sus posibles prestaciones pueda ostentar un contenido pecuniario, la determinación jurídico-penal de su estructura, así como la voluntariedad de su ejecución<sup>21</sup>, hacen que la reparación extienda sus efectos a través de una diversidad de prestaciones: en primer lugar, *la restitución*, esto es, el restablecimiento –en la medida de lo posible– a la situación originaria en que se encontraba la víctima antes del ilícito; en segundo lugar, *la indemnización*, vale decir, el pago de los perjuicios materiales y morales que sean consecuencia de delito; en tercer lugar, *la satisfacción*, esto es, la verificación de una serie de conductas del infractor que pueden ir, desde disculpas públicas que restablezcan la honra, la dignidad y los derechos de la víctima, hasta la realización de obras, trabajos o faenas que vayan en beneficio del ofendido o de la sociedad; y, por último, *las garantías de no repetición*, es decir, la adopción de una serie de medidas de tratamiento y de prevención, según proceda, con el objeto de que la conducta criminoso y sus efectos lesivos se mitiguen y no se vuelvan a reiterar<sup>22</sup>. De ahí que asumiendo que la

---

*del hecho delictivo a través de una prestación voluntaria del autor. Su objetivo es servir al restablecimiento de la paz jurídica. La reparación deberá realizarse preferentemente a favor del ofendido; si ello no fuera posible, no pudiera preverse un buen resultado o por sí sola no fuera suficiente, cabría admitir una reparación a favor de la generalidad (reparación simbólica)”. Sobre la génesis del “Proyecto Alternativo sobre Reparación”, sus antecedentes y documentos previos, así como la discusión posterior generada en Alemania, Cfr. PÉREZ SANZ-BERRO, Guadalupe. *Reparación y conciliación en el sistema penal ¿Apertura de una nueva vía?*. Granada: Comares, 1999, pp. 268 ss.*

<sup>21</sup> Cfr. HUBER, Bárbara. Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad (Sobre la discusión en tomo a las penas ambulatorias y de contenido comunitario). *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. XLVII (1994), p. 170.

<sup>22</sup> Apelando a un orden de prelación de las prestaciones reparadoras: desde el restablecimiento, pasando por la indemnización, hasta llegar a otras formas

actividad humana es vasta, variada y contingente, pero que se encuentra delimitada también por deberes de cuidado relativamente bien definidos, una cabal comprensión de la reparación deba focalizarse no sólo en los daños materiales e inmateriales que sufre la víctima, sino que también en los daños ideales o simbólicos que experimenta la sociedad como consecuencia del delito<sup>23</sup>. La reparación penal, por tanto, ofrecería así una suerte de “plasticidad contingente” frente a los efectos lesivos de la conducta criminal, superando, por ende, la sola visión iusprivatista o residual que algunos autores han intentado irrogarle<sup>24</sup>.

Naturalmente, existen hechos punibles que no son susceptibles de reparación (como los homicidios o los crímenes violentos), así como también hay delitos en los cuales no existe una víctima concreta (como los llamados “*victimless crimes*”) <sup>25</sup>, pero incluso en estos casos la reparación igualmente logra operar: en los primeros, como una posible atenuante al tiempo de determinar el “*quantum*” de la pena; en los segundos, a través de prestaciones reparadoras en beneficio de la comunidad que, simbólicamente hablando, suponen un restablecimiento de la norma quebrantada por el delito. Estamos aquí, sin embargo, ante situaciones paradigmáticas donde si bien convergen intereses disimiles, no deberían, por exceso o por defecto, ser objeto de una distorsión interpretativa, esto es: que la virtualidad de la reparación no depende tanto de la ejecución y materialidad de la prestación, sino del acto personal y del esfuerzo serio

---

de reparación simbólica, Cfr. ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 67.

<sup>23</sup> Sobre la vinculación entre el delito y el daño, Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *En Busca del Derecho Penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*. Montevideo- Buenos Aires: B de F, 2015, pp. 157-159.

<sup>24</sup> Así, Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. 6ta edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 605 ss; FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 6ta edición. Madrid: Trotta, 2004, p. 420; HIRSCH, Hans Joachim. La reparación del daño en el marco del Derecho penal material. En: AA.VV. *De los delitos y de las víctimas*. Trad. Elena Carranza. Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992, pp. 60 ss.

<sup>25</sup> Como sucede, por ejemplo, con el manejo en estado de ebriedad, sin resultados lesivos; o bien, en muchos delitos contra bienes jurídicos supraindividuales, como el falso testimonio, el perjurio, etc.

de restablecimiento que el autor manifiesta en pos de su concreción<sup>26</sup>. De ahí la importancia del “valor de la acción” como criterio clave para interpretar la reparación, entendida, en todo caso, siempre desde una dimensión fáctico-comunicativa en atención al nivel de nocividad expresado por el injusto<sup>27</sup>. De este modo, por consiguiente, “*no se trataría de preguntar al acusado sobre su “voluntad de restaurar la vigencia de la norma”, sino de atender al significado comunicativo que deriva de la forma de llevar a cabo la prestación. Y lo que debiera comunicar a tal efecto, es la disponibilidad de rectificar mediante actos que visibilicen el reconocimiento del carácter ilícito de su conducta previa, de manera que pueda operar como una forma de reconocer la necesidad de respetar aquellas normas que previamente despreció*”<sup>28</sup>.

Con todo, y sin perjuicio de lo ya dicho, puede estimarse como dominante la postura de quienes reconocen el protagonismo de la reparación tanto en la medición judicial de la pena, en la ejecución de la pena e, incluso, también, en lugar y en remplazo de la pena. En un modelo así concebido, en todo caso, fuerza inquirir cuáles son las vías o mecanismos a través de los cuales procesalmente hablando la reparación se puede concretar. Ello, pues, al margen que ésta juegue un rol relevante junto con la pena, también puede constituir una *sanción penal autónoma e independiente*, diversa, naturalmente, de la pena o de la medida de seguridad.

---

<sup>26</sup> Cfr. ALCÁCER GIRAO, Rafael. La mediación penal y la atenuante de reparación: similitudes y criterios de aplicación. En, AA.VV. *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*. Madrid: Reus, 2011, p. 125.

<sup>27</sup> Ello permitiría comprender, por lo demás, que la simple compensación “económica” no cumpliría un fin en sí misma en la reparación. Esto, pues, de mediar una interpretación diversa, bastaría con que una persona con alto potencial económico solviente los daños producidos por el delito y, de este modo, pueda ver eximida o atenuada su responsabilidad penal; o, por el contrario, que una persona en situación económica deficiente no pueda acceder a los beneficios que derivan de la reparación. En suma, debe comprenderse que si bien en la reparación confluyen intereses personales de la víctima y del autor, también se evidencian intereses públicos en aras de mantener precisamente la vigencia de la norma quebrantada por el delito.

<sup>28</sup> GARRO CARRERA, Enara. La atenuante de reparación del daño. En: GARRO CARRERA, Enara; ASUA BATARRITA, Adela. *Atenuantes de reparación y de confesión: equívocos de la orientación utilitarista*. Valencia: Universidad del País Vasco- Tirant lo Blanch, 2008, pp. 59-60.

Pues bien, para responder a dicha interrogante, se debe asumir que, producto de la redefinición del suceso criminal como un conflicto “*sui generis*”, que vincula al autor, a la víctima y a la sociedad, no desde el paradigma de verticalidad, sino desde el consenso, el acuerdo y la composición, son múltiples los mecanismos a través de los cuales, en nuestro ámbito, la reparación ha encontrado reconocimiento: por un lado, mediante su inclusión dentro del proceso penal clásico a través de la “conciliación”, “los acuerdos reparatorios” y otras formas autocompositivas similares; y, por otro lado, mediante el establecimiento de procedimientos desformalizados, flexibles y operativos que, al margen del proceso penal, facilitarían la composición, la negociación y el acuerdo en pos de la reparación. Naturalmente, en este último caso, existe una sucesión de procedimientos restauradores, combinados, a su vez, con exigencias diferenciadas respecto a la forma de alcanzar cada acuerdo. Sin embargo, la raíz de ellos es casi siempre la misma: promover e impulsar que la víctima y el infractor participen activamente, si dan su consentimiento para ello, en la solución de los problemas resultantes del delito con ayuda de un tercero imparcial.

Ahora bien, quizá de todos los procedimientos existentes en este último sentido, la justicia “restaurativa”, también llamada “restauradora”, es la que más reconocimiento ha alcanzado el último tiempo. En efecto, con antecedentes remotos en la década de los 80 del siglo pasado, tal paradigma surgió como una respuesta frente a la excesiva burocratización y rigidez del sistema penal clásico, el cual, además de fundarse en un sistema esencialmente contradictorio, represivo y poco participativo, no reconocía a la víctima como un actor relevante en la solución del conflicto penal. Así, asumiendo un cariz más dialogante, flexible, pero por sobretodo más conciliador, la justicia restaurativa alcanzó bien pronto un reconocimiento tal, que diversos organismos internacionales se han encargado de impulsarla como un legítimo mecanismo de solución de conflictos. En ese sentido, destaca la Resolución 2002/12 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, la cual, reconociendo los “principios básicos para la aplicación de programas de justicia restitutiva en materia penal”, entendió por proceso restaurativo “*todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma*

activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador”. De ahí que dentro de los procesos restaurativos puedan incluirse a la mediación, la conciliación, la celebración de conversaciones e, incluso, también, las reuniones para decidir condena, como instancias aptas e idóneas para lograr un adecuado resultado restaurador. De este modo, a pesar que sus elementos pueden variar ampliamente, dependiendo de los principios y filosofías en los que se sustentan los sistemas nacionales en cuyo seno se aplican, la filosofía y los principios básicos de los procesos restaurativos son casi siempre los mismos: valores de participación democrática, deliberación, consenso y acuerdo en pos de una adecuada y justa reparación del daño causado por el delito.

## 2. LAS TEORÍAS EXPRESIVAS DE LA PENA Y SUS ASPECTOS MÁS RELEVANTES

Como FEINBERG lo señaló en 1965: “tanto las sanciones como las penas son privaciones autoritativas para fracasos; pero aparte de esta característica común, las sanciones tienen un carácter misceláneo, mientras que las penas tienen una característica adicional importante. Esa característica, o diferencia específica, es una cierta función expresiva: La pena es un dispositivo convencional para la expresión de actitudes de resentimiento o indignación, y de juicios de desaprobación y reprobación, ya sea por parte de la autoridad que castiga o de aquellos “en cuyo nombre” se inflige el castigo. La pena, en suma, tiene un significado simbólico que falta en gran medida en otro tipo de sanciones”<sup>29</sup>.

Con estas palabras, y siguiendo de forma crítica los pasos de FLEW<sup>30</sup>, BENN<sup>31</sup> y HART<sup>32</sup>, FEINBERG contribuyó a asentar la idea de

---

<sup>29</sup> FEINBERG, Joel. The expressive function of punishment. *The Monist*, vol. 49, n° 3, p. 400, 1965.

<sup>30</sup> Cfr. FLEW, Antony. The justification of punishment. *Philosophy*, vol. 29, pp. 291-307, 1954.

<sup>31</sup> Cfr. BENN, S.I.; PETER, R.S. *Social Principles and the democratic state*. London: Allen y Unwin, 1959, pp. 174 ss.

<sup>32</sup> Cfr. HART, H.L.A. *Punishment and responsibility: essays in the philosophy of law*. 2da edición. Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 4 ss.

que la pena comprende dos elementos que deben ser claramente diferenciados: por un lado, la reprobación o reproche simbólico que se realiza al autor por el delito cometido (“*reprobative symbolism*”); y, por otro, la causación de un mal u otra circunstancia considerada normalmente como no placentera, a objeto de poner al destinatario precisamente en una circunstancia desagradable (“*hard treatment*”). A partir de allí, se abrió la brecha para que diversos autores, tanto anglosajones como europeo-continenciales, desarrollen una serie de criterios en pos de reflejar el carácter expresivo, simbólico o comunicativo de la pena. Tres son, sin embargo, las prevenciones que se deben hacer al respecto. En primer lugar, que las teorías expresivas pretendan proporcionar una justificación de la pena como alternativa a las teorías utilitaristas y retribucionistas tradicionales. Sin embargo, tales teorías se encuentran actualmente en un estado incipiente y preliminar, existiendo además en muchas y diferentes versiones, razón por la cual sería improbable en este punto entenderlas o evaluarlas por completo. En segundo lugar, que tales teorías en estricto rigor no son ni “neo-retribucionistas” ni “neo-proporcionalistas”, pues, si por tal prefijo se entiende algo “nuevo” o “reactualizado”, las teorías expresivas presentan notables diferencias de lo que serían las posturas retributivas clásicas o tradicionales. De hecho, no es objetivo de las teorías expresivas hacer una suerte de “re-bienvenida” de KANT y HEGEL<sup>33</sup>, sino asumir que toda pena, independientemente del fin que se le pretenda irrogar, entraña una dimensión tanto fáctica cuanto comunicativa. Y, en tercer lugar, que la mayoría de las teorías expresivas de la pena no ostentan una estructura “deontológica” sino más bien “consecuencialista”<sup>34</sup>. Ello, pues, al contrario de lo que comúnmente se cree, el utilitarismo no es la única versión del consecuencialismo, ni mucho menos su versión más plausible<sup>35</sup>. De hecho, sería perfectamente razonable asumir una tesis de

<sup>33</sup> Esto considerando la despedida de Kant y Hegel que, metafóricamente hablando, Klug planteara en su trabajo titulado precisamente “*Abschied von Kant und Hegel*”. En: BAUMANN, Jürgen (compilador), *Programm für ein neues Strafgesetzbuch*. Frankfurt am Main: Fischer, 1968, pp. 36 ss.

<sup>34</sup> Intentando dar una justificación “deóntica” de las teorías expresivas, Cfr. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena. *InDret*, n° 4, 2014, pp. 10 ss.

<sup>35</sup> Así, como bien señala Boonin: “*Consequentialism is the view that what is morally right is determined entirely by what best promotes the good. And there are*

fundamentación preventiva, retributiva o mixta de la pena y, no obstante ello, seguir acudiendo al consecuencialismo como un espacio meta-ético común para argüir su justificación. De este modo, aunque no se asuma expresamente, la mayoría de las teorías expresivas de la pena presentan una estructura cercana a un “consecuencialismo retribucionista”<sup>36</sup>, sin que con ello, en todo caso, se caiga en una suerte de oxímoron irreductible respecto de los fines y sentidos de la pena<sup>37</sup>.

Ahora bien, sentado lo anterior, conviene precisar que las teorías expresivas de la pena parten de la base, al igual que las teorías preventivas, que la imposición de la pena se funda siempre en los intereses legítimos de las personas. Sin embargo, en su caso particular, el énfasis no va dirigido en pos de incidir en la frecuencia de los delitos futuros, sino en los intereses referidos al tratamiento adecuado del comportamiento pasado. A partir de allí, dos son las ramificaciones en las cuales se tienden a manifestar: por un lado, aquellas que postulan que el mensaje de reprobación punitivo comunica simbólicamente la vigencia de la norma

---

*many other views of the good besides utility, and perhaps many more plausible views as well. A consequentialist might, for example, aim to maximize social stability, or social equality, or the extent to which people get what they deserve, or she might offer a pluralistic conception of the good, consisting of a combination of these and other particular goods, weighted or prioritized in one of a number of possible ways. And so, it might be thought, an argument against the utilitarian solution to the problem of punishment could only count, at most, as one very small part of a much larger argument against the consequentialist solution”. BOOMIN, David. *The problem of punishment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 80.*

<sup>36</sup> Sobre dicha denominación, Cfr. BERMAN, Mitchell. Two kinds of retributivism. En: DUFF, R.A; GREEN, Stuart P (editores). *Philosophical foundations of criminal law*. Oxford: Oxford University Press, p. 434, 2011. En un mismo sentido, Cfr. MAÑALICH, Juan Pablo. Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva. *InDret*, n° 5, 2015, pp. 1 ss.

<sup>37</sup> Huelga destacar, en todo caso, que autores como Duff y Garland prefieren calificar la “expresividad” como “no consecuencialista”, pues, por un lado, ello permitiría fijar la cuantía de la pena en función del merecimiento de la condena moral por el hecho pasado; y, por otro lado, porque así el castigo se impondría como algo intrínsecamente apropiado –no solo contingente y eficaz– como medio para conseguir su objetivo. Sobre esto, Cfr. DUFF, Antony; GARLAND, David. *Thinking about Punishment*. En: DUFF, Antony; GARLAND, David (editores). *A Reader on Punishment*. Oxford: Oxford University Press, 1994. pp. 13-14.

quebrantada por el delito; y, por otro, aquellas que señalan que dicho mensaje de reprobación se dirige a fin de incidir en ciertas personas, tales como el ofensor, la víctima o la sociedad<sup>38</sup>.

#### A) TEORÍAS EXPRESIVAS ORIENTADAS A LA NORMA

Una de las variantes de las teorías expresivas asume como tarea de la pena el velar por la vigencia de la norma tras la comisión del delito. Un delito, en efecto, no sólo produce daños que afectan los intereses individuales de los afectados, sino que también ocasiona daños que lesionan diversas “normas jurídicas” que forman parte de nuestra realidad social. De ahí que, frente a la comisión de un hecho punible, tanto el carácter vinculante de la norma, así como su real potencialidad para superar situaciones de crisis, se vean trastocadas y en tela de juicio, produciendo, por ende, una serie de consecuencias cognitivas y psico-sociales indeseadas. La pena, por tanto, ha de reaccionar fácticamente a dichas transgresiones, mostrando principalmente “un significado simbólico de contradicción”, de forma tal de reafirmar su vigencia y “*status*” y, de este modo, restablecer la paz social y jurídica quebranta por el delito.

Desde esta óptica, y a pesar de su bullado giro “fáctico”<sup>39</sup>, bien conocidos son los aportes de JAKOBS sobre la materia. Según éste, desde planteamientos próximos –al menos inicial o superficialmente– a la teoría de los sistemas de LUHMANN<sup>40</sup>, el objetivo que da sentido al Derecho penal

<sup>38</sup> Sobre dicha tipología, Cfr. HÖRNLE, Tatjana. *Teorías de la pena*. Trad. Nuria Pastor. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015, pp. 33 ss.

<sup>39</sup> Así, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Del Derecho abstracto al Derecho Real. *Indret*, n° 4, 2016, p. 2.

<sup>40</sup> Expresada sucintamente, la teoría de los sistemas de Luhmann postula como objetivo primordial la comprensión y explicación de las estructuras sociales, no a partir de su origen histórico y sus peculiaridades temporales, sino más bien a partir de la observación, análisis y estudio de los diversos subsistemas que coexisten de modo autoreferencial y autopoietico dentro de la sociedad. El sistema jurídico, bajo este entendido, sería un subsistema dentro del sistema social, cuya labor principal residiría en la fijación, estabilización y generalización de determinadas *expectativas normativas de conducta* y, por consiguiente, de determinadas formas previsible y recursivas de organización susceptibles de ser mantenidas en situaciones conflictuales.

es la preservación de la sociedad, razón por la cual toda su estructura se erigiría como un sub-sistema de comunicaciones cuya misión sería la estabilización de expectativas normativas por medio de las sanciones<sup>41</sup>. Para JAKOBS, en efecto, la pena representa un instrumento idóneo para resolver las defraudaciones de expectativas que no pueden ser estabilizadas de otra manera, pues, “*si se quiere que la vida en sociedad sea factible, cada uno debería poder dotar de seguridad a sus expectativas, y dado que una seguridad cognitiva sólo sería imaginable en un mundo petrificado al modo de un museo, en la vida social las expectativas deben ser aseguradas normativamente*”<sup>42</sup>. Sin embargo, sería un error afirmar que la tesis de JAKOBS es fruto exclusivo de las ideas de LUHMANN plasmadas en el campo penal. Ello, pues, lo que se observa en los últimos años, es precisamente todo lo contrario: un distanciamiento del legado del sociólogo de Bielefeld y un acercamiento a postulados propios de la filosofía Hegeliana. De este modo, asumiendo una suerte de lectura “Luhmanniana de Hegel”, la finalidad de la pena, según JAKOBS, no debería estar sustentada en el afán de que el autor del ilícito no vuelva a delinquir, ni mucho menos que nadie delinca, sino únicamente en que se refuerce la vigencia de la norma puesta en tela de juicio precisamente por la comisión del delito.

En cualquier caso, según JAKOBS, la relación entre delito y pena no se encontraría determinada por ningún tipo de relación causal, pero tampoco como consecuencia de una instancia que busque la protección de bienes jurídicos. Dicha relación se establecería más bien desde un plano puramente simbólico, esto es, de significados, donde los comportamientos

---

Sobre el particular, Cfr. LUHMANN, Niklas. *Law as a Social System*. Oxford: Oxford University Press, 2004, pp. 53 ss; DURÁN MIGLIARDI, Mario. *Introducción a la ciencia jurídico-penal contemporánea*. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2006, pp. 161 ss; GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar. *El Derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. Barcelona: Bosch Editor, 1993, pp. 163 ss.

<sup>41</sup> Cfr. JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª edición. Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González. Madrid: Marcial Pons, 1997, pp. 10 ss.

<sup>42</sup> JAKOBS, Günther. Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos. En: JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho penal*. Trad. Enrique Peñaranda Ramos y otros. Madrid: Ediciones Universidad Autónoma de Madrid- Editorial Civitas, 1997, p. 128.

se medirían por su sentido expresado en la aplicación de la norma. A partir de allí, dado que no basta con un simple mensaje simbólico-comunicativo abstracto, sería necesario que la expresión de reproche jurídico-penal lleve aparejada además un “dolor penal” (“*Strafleid*”). Ello pues, como el mismo JAKOBS lo expresó el año 2004 en la “*Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften*”: “*Es palmario que el hecho de infligir dolor penal puede ser comprendido como símbolo de una contradicción; pues la destrucción o la limitación de la libertad del delincuente, es decir, la coacción dirigida contra él, muestra que su uso de libertad no puede sentar precedente*”<sup>43</sup>. Por consiguiente, el efecto del Derecho penal y, en particular, de la pena, se desplegaría única y exclusivamente en el campo de los daños a la vigencia de la norma, vale decir, en un plano simbólico manifestado tanto en lo abstracto cuanto en lo concreto. De ahí que, en suma, el dolor penal sirva para salvaguardar la vigencia cognitiva de la norma y, de este modo, coadyuve a concretar el sentido de la pena, esto es, “*la contradicción de la negación de la vigencia de la norma por parte del delincuente*”<sup>44</sup>.

Ahora bien, la confluencia de esta teoría con la posición adoptada por el profesor escocés Antony DUFF, resulta, según algunos autores, muy similar y hasta idéntica<sup>45</sup>. En efecto, según este autor, partiendo de una visión del Derecho penal no como prohibición sino como “declaración de determinados valores de la comunidad política”<sup>46</sup>, el “*ius puniendi*” estatal se dirigiría a los ciudadanos en términos de expresarles cuáles son o deberían ser sus valores como ciudadanos, esto es, declarando y definiendo los “*mala in se*” y los “*mala prohibita*”, a objeto de conseguir precisamente una abstención e inhibición de ciertas conductas. De ahí que, a la hora de reclamar autoridad, el orden jurídico apele a las “buenas razones de los ciudadanos”, esto es, a su condición de sujetos normativos racionales, que deberían asentir sobre el mensaje comunicativo

<sup>43</sup> JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado y finalidad*. Trad. Manuel Cancio Meliá- Bernardo Feijoo Sánchez. Navarra: Thomson-Civitas, 2006, p. 135.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 141.

<sup>45</sup> Cfr. RODRIGUEZ HORCAJO, Daniel. *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*. Madrid- Barcelona- Buenos Aires- Sao Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 79.

<sup>46</sup> DUFF, R.A. *Punishment, communication, and community*. Oxford- New York: Oxford University Press, 2001, p. 80.

de la norma cumpliendo sus mandatos. El fin del Derecho penal y, en particular, de la pena, no sólo buscaría por ende que los ciudadanos se abstengan de delinquir o no vuelvan a cometer nuevos ilícitos, sino que también “reconozcan y acepten los mandatos legales como justificados y se abstengan de cometer delitos por esa razón, o que los delincuentes reconozcan la ilicitud de sus crímenes pasados y se abstengan de crímenes futuros también por esa razón”<sup>47</sup>.

Con todo, como el mismo DUFF señala, sería imprudente sostener un exclusivo propósito o función de la pena o del Derecho penal, pues, sería tan erróneo como propender una interpretación unívoca sobre los diversos sistemas jurídicos existentes<sup>48</sup>: “no podemos”, afirma DUFF, “entender un conjunto de prácticas institucionales con una historia tan larga y compleja –como las que constituyen el Derecho penal– en términos de un solo propósito o función”<sup>49</sup>. De ahí que resulte mucho más razonable, según su parecer, plantear una serie de propósitos a partir de una *teoría normativa*, vale decir, una teoría prescriptiva que superando el déficit monista o unidimensional de algunas posturas<sup>50</sup>, detente una pretensión crítica y de corrección respecto del “*ius puniendi*” estatal. Para ello, naturalmente, se debería considerar que el castigo, en cualquiera de sus formas, supone siempre que un sujeto haya actuado contra Derecho y que sea responsable, vale decir, que se pueda decir que merece un castigo por el delito cometido. Una vez sentadas dichas bases, a su juicio, surgiría recién la necesidad de identificar cuáles son las condiciones y las precondiciones de punibilidad (“*liability*”), que, por lo demás, facultarían para que ciertos ciudadanos,

---

<sup>47</sup> DUFF, R.A. *Punishment, communication, and community*. Oxford- New York: Oxford University Press, 2001, p. 81.

<sup>48</sup> Cfr. DUFF, Antony. Responsibility, citizenship and criminal law. En: DUFF, R.A.; GREEN, Stuart (editores), *Philosophical Foundations of Criminal Law*. Oxford- New York: Oxford University Press, p. 125, 2011.

<sup>49</sup> *Ibidem*.

<sup>50</sup> Recuérdese, este este sentido, lo aseverado por Stratenwerth: “La pena tiene sin duda la función de anular simbólicamente el quebrantamiento del Derecho, y se puede presentar por ello, en la reflexión filosófica, como “la negación de la negación del Derecho”, que Hegel vio en ella”. Sin embargo, “ello no impide denominarla a la vez, más concretamente, como inferir el mal que ella representa para el condenado”. STRATENWERTH, Günter. *¿Qué aporta la teoría de los fines de la pena?*. Trad. Marcelo Sancinetti. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 32.

en nombre y representación de la comunidad, se dirijan al infractor como un sujeto normativo responsable. El castigo, por consiguiente, se podría entender como un acto de comunicación moral; como un acto que obliga a tratar al infractor siempre como un “igual”; como un acto que se dirige de forma simbólica en contra del acusado a fin de producir en él comprensión, aceptación y arrepentimiento del mal que causó<sup>51</sup>. No se trataría, por tanto, de un simple proceso unidimensional de “expresión”, sino más bien de un proceso “bidireccional” e interactivo de “comunicación” que se da entre agentes racionales y responsables<sup>52</sup>. El desafío para una teoría liberal del castigo, en suma, sería siempre demostrar cómo y de qué forma, a pesar del delito cometido, el infractor puede seguir siendo tratado como un “igual” dentro de la comunidad política que lo cobija.

#### B) TEORÍAS EXPRESIVAS ORIENTADAS A LA PERSONA: COMUNICACIÓN CON EL AUTOR Y LA VÍCTIMA

Como lo adelantamos, existen dos factores inherentes a la pena y que le dan su razón de ser: el mal y el reproche. La pena, en efecto, implica la causación de un mal a través del cual se expresa un dolor (“*hard treatment*”), esto es, un daño que desde el punto de vista fáctico busca poner a alguien en una situación desagradable. Pero no se trata sólo de

<sup>51</sup> Cfr. DUFF, R.A. Can We Punish the Perpetrators of Atrocities?. En: BRUDHOLM, Thomas; CUSHMAN, Thomas (editores). *The religious in responses to mass atrocity: interdisciplinary perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 83, 2009.

<sup>52</sup> Así, como señala Duff: “*Punishment is often said to serve an expressive purpose: but we should. I think, rather talk of a communicative purpose. For talk of expression focuses on those who express: we express our condemnation of the offender’s crime: he figures simply as the passive recipient of that condemnation. Expression is a one-way activity requiring only an object at whom it is directed. Communication, however, is a two-way activity requiring not a passive recipient, but a participant to whose understanding it appeals and from whom it seeks a response: I express things to others, but I communicate with them. Expression may seek only to make an emotional, unreasoned impact on the hearer, but communication addresses her as a rational agent. ‘Communication’ is, for this reason, a better slogan for punishment, as it is for law*”. DUFF, R.A. Alternatives to Punishment – or Alternative Punishments?. En: GRAGG, Wesley (editor). *Retributivism and its critics*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1992, p. 51.

una restricción coercitiva de derechos que se inflige deliberadamente en contra de quien cometió un delito. Se trata también de un reproche institucionalizado, que cumpliendo presupuestos procesales y materiales, intenta comunicar simbólicamente la desaprobación jurídico-social de la conducta lesiva: una censura que no sólo se dirige al autor, sino que también a la víctima del delito y a la sociedad. De ahí que el juicio ético-social de reprobación, junto con su concreta forma de comunicación, sean, según algunos autores, los cauces esenciales a través de los cuales se puede entender la pena como un “reproche merecido”<sup>53</sup>.

Al respecto, son bien conocidos los aportes que ha efectuado el profesor de la Universidad de Cambridge, Andrew VON HIRSCH. En efecto, según éste, que la pena exprese un reproche o una desaprobación es una cuestión casi evidente, más si se considera nuestra noción de justicia en la realidad cotidiana<sup>54</sup>: los padres suelen amonestar a sus hijos cuando éstos “se portan mal”; los profesores reprenden a sus alumnos por “faltas cometidas en la sala de clases”; los militares castigan a sus subordinados cuando “no cumplen sus ordenes”; los jueces castigan a los criminales por los delitos que éstos han cometido. En todos estos casos, la capacidad de responder a la realización de un mal con una reprobación o censura, afirma VON HIRSCH, forma parte de una moralidad que considera a las personas responsables de sus actos<sup>55</sup>; que implica que quien realizó un hecho reprobado debe cargar con sus consecuencias. Sin embargo, a su juicio, el Derecho penal le confiere a la censura un rol mucho más peculiar, pues, a diferencia del simple reproche en contextos cotidianos, la sanción penal anuncia de antemano que determinadas categorías de conducta son punibles. No se trata, por ende, de una mera inflicción empírica o fáctica de un daño, sino de un reproche que intenta apelar con “buenas razones” acerca de lo indeseado de una conducta; de suministrar “*prudential*

---

<sup>53</sup> Cfr. MAÑALICH, Juan Pablo. La pena como retribución. Segunda parte: La retribución como teoría el Derecho penal. *Derecho Penal y Criminología*, vol. 28, n° 83, 2007, pp. 75 ss.

<sup>54</sup> Cfr. VON HIRSCH, Andrew. *Censure and sanctions*. Oxford- New York: Oxford University Press, 2003, pp. 1 ss.

<sup>55</sup> Cfr. VON HIRSCH, Andrew. Proportionality in the philosophy of punishment: from “why punish?” to “how much?”. *Israel Law Review*, vol. 25, n° 3-4, pp. 561-562, 1991.

*reasons*” en pos que el delincuente y otros miembros de la comunidad estatal se inhiban de delinquir<sup>56</sup>. De ahí que la justificación reprobatoria del castigo, esto es, su rol para expresar censura o reproche, implique una auténtica comunicación moral que se corresponde con personas que actúan orientadas del modo reclamado por la ley<sup>57</sup>.

Sin embargo, la teoría de VON HIRSCH no puede ser considerada como preventiva, puesto que él entiende la consecución de tal fin sólo dentro del marco de la censura dirigida en contra del autor. En efecto, en su concepto, “*una respuesta condenatoria a una conducta lesiva puede expresarse en un modo puramente (o principalmente) simbólico; o bien, en un modo en el que la reprobación se exprese a través de la imposición del dolor. La sanción penal es una respuesta de este último tipo. Se la prefiere a la respuesta puramente simbólica por su papel complementario como desincentivo. La función preventiva funciona así solo dentro del marco de la censura*”<sup>58</sup>. Por consiguiente, según VON HIRSCH, el reconocimiento del papel central de reproche individual en contra del autor fortalecería la necesidad de racionalizar el “*ius puniendi*” no sólo a través de la culpabilidad, sino que también a través de la necesidad de encontrar un justo punto de equilibrio entre la gravedad de la pena y el merecimiento del reproche. De ahí la importancia de acentuar, en el marco del “*quantum*” de la pena, la trascendencia del principio de proporcionalidad como postulado esencial para distribuir castigos. Ello, pues, si las sanciones estatales adoptan forma punitiva, esto es, expresan censura y reproche, la severidad de las sanciones debería permitir reflejar, comparativamente hablando, que el sufrimiento que se expresa a través de la condena es justo y proporcionado<sup>59</sup>.

---

<sup>56</sup> Cfr. VON HIRSCH, Andrew. Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena. En: ARROYO ZAPATERO, Luis y otros (coordinadores). *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*. Cuenca: Ediciones Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, p. 134.

<sup>57</sup> Cfr. VON HIRSCH, Andrew; ASHWORTH, Andrew. *Proportionate Sentencing: Exploring the Principles*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 31.

<sup>58</sup> VON HIRSCH, Andrew. *Censure and sanctions*. Oxford- New York: Oxford University Press, 2003, p. 14.

<sup>59</sup> Cfr. VON HIRSCH, Andrew. Proportionality in the philosophy of punishment: from “why punish?” to “how much?”. *Israel Law Review*, vol. 25, n° 3-4, 1991, p. 571.

Ahora bien, para alcanzar tal objetivo se debería asegurar que la pena se gradúe en atención a la gravedad del delito, pues, a juicio de VON HIRSCH, sólo así se podría asegurar una respuesta punitiva coherente y proporcionada para cada caso<sup>60</sup>. A partir de allí, existirían dos formas de entender la proporcionalidad: una ordinal y otra cardinal. Con la idea de “proporcionalidad ordinal”, grosso modo, se intentaría aludir a la equivalencia entre las penas correspondientes a diferentes delitos, de modo que aquellas personas que hubieran cometido delitos equiparables reciban penas equiparables. Con la idea de “proporcionalidad cardinal”, en cambio, se aludiría al punto inicial de “arranque” de una determinada escala o marco penal, a objeto de fijar las fronteras aproximadas de la cuantificación de la pena<sup>61</sup>. En consideración a ello, si la proporcionalidad goza de una preponderancia como la sugerida, las sanciones deberían variar su severidad de acuerdo con un cierto nivel de estandarización, pues, según VON HIRSCH, la exigencia de mantener tal proporcionalidad requeriría que seamos capaces de comparar la severidad, es decir, que seamos capaces de asumir que cuanto más original sea una condena, más difícil será su comparación<sup>62</sup>. De ahí que sean dos los ejes básicos para preconizar un cierto nivel de estandarización: por un lado, una concepción del daño basada en el estándar de vida, que apuntaría a analizar la forma como el delito lesiona los medios y capacidades que normalmente ayudan a la gente a conseguir una buena calidad de vida; y, por otro lado, una concepción de culpabilidad fundamentada en un reproche comunicativo, vale decir, en una comunicación que se dirige al autor como una agente

---

<sup>60</sup> Por ello, según expresa von Hirsch: “*By punishing one kind of conduct more severely than another, the punisher conveys the message that it is worse—which is appropriate only if the conduct is indeed worse (i.e. more serious)*”. VON HIRSCH, Andrew. *Censure and sanctions*. Oxford- New York: Oxford University Press, 2003, pp. 15-16.

<sup>61</sup> Cfr. VON HIRSCH, Andrew. Proportionality in the philosophy of punishment: from “why punish?” to “how much?”. *Israel Law Review*, vol. 25, n° 3-4, 1991, pp. 572 ss.

<sup>62</sup> Ello reflejaría, por lo demás, el carácter convencional del grado de desaprobación que se expresa a través de delito. De ahí que, según von Hirsch: “*When a penalty scale has been devised to reflect the comparative gravity of crimes, altering the scale’s magnitude, by making pro rata increases or decreases, represent just a change in that convention*”. VON HIRSCH, Andrew. *Censure and sanctions*. Oxford- New York: Oxford University Press, 2003, pp. 19.

moral que evalúa y asume responsablemente las consecuencias lesivas de su actuar. De este modo, a pesar que las directrices para conseguir dicha estandarización pueden variar y no ser necesariamente perfectas, la razón más obvia para defender tal convencionalismo sería relativamente simple: propender a la coherencia e igualdad en la aplicación de las penas, de modo que distintos jueces apliquen criterios de gravedad similares.

Con todo, a partir de los aportes efectuados por VON HIRSCH, un gran número de autores ha profundizado sus postulados expresivos no sólo en relación con el autor, sino que también en relación con la víctima y su conocido “redescubrimiento”. En efecto, según el profesor alemán Klaus GÜNTHER, a finales del siglo XX y luego de varias décadas de incertidumbre y cambios continuos, los contornos del Derecho penal parecen haber sido redefinidos en pos de superar la clásica “política penal preventiva”, esto es, aquella que sustentaba que el castigo sólo podía justificarse como un medio para aumentar el bienestar de la colectividad<sup>63</sup>. Ello, pues, a pesar que tal instrumentalismo tenía ciertos méritos, en especial para abrogar prohibiciones anticuadas e injustificadas, aquél no parecía tener ningún límite deontológico al criminalizar comportamientos disfuncionales o peligrosos, ni mucho menos una referencia moral plausible en relación con la víctima y el ofensor. Éste último, en efecto, era tratado como un mero objeto de la intervención preventiva; como una herramienta para medidas de seguridad pública a través del castigo y, en general, como un medio para la realización de fines políticos dentro de la legislación penal<sup>64</sup>. La víctima, en tanto, era vista como un sujeto desafortunado; una persona cuyos intereses estaban supeditados al “interés público” del persecutor penal y, por ende, que debía soportar impávidamente los efectos lesivos del delito<sup>65</sup>.

Tal visión, sin embargo, a juicio de GÜNTHER, ha sido drásticamente modificada. Hoy día, en efecto, “*hacer justicia en lugar de perseguir objetivos políticos con el castigo supone que el crimen se considera principalmente como una interacción moral entre dos personas morales* y

---

<sup>63</sup> Cfr. GÜNTHER, Klaus. Criminal law, crime and punishment as communication. *Normative Orders Working Paper*, n° 2, 2014, p. 2.

<sup>64</sup> *Ibidem*.

<sup>65</sup> Cfr. Sobre ello GARLAND, David. *The culture of control. Crime and social order in contemporary society*. Chicago: The University of Chicago Press, 2002, pp. 11-12.

*autónomas: el delincuente como sujeto responsable, y la víctima como sujeto moral cuya autonomía e integridad es negada por el delincuente*<sup>66</sup>. De ahí que el tránsito del “instrumentalismo político” al “expresivismo moral” haya producido un “giro comunicativo” fundamental a favor del ofendido: un reconocimiento de que la víctima es un agente moral, un actor racional y comunicativo, que al igual que el infractor, tiene el derecho a ser tratado y considerado como detentador de una serie de potestades y facultades. No porque la víctima ostente “*per se*” un status comunicativo, sino porque es el crimen el que encierra una serie de actos con significado expresivo; una secuencia de actos lingüísticos que comienzan con la ley penal, la cual, sin mediar distinciones arbitrarias de ninguna especie, reclama autoridad sobre todos los ciudadanos al afirmar que hay buenas razones –fundamentadas en los valores de la comunidad– para que se eviten conductas consideradas como delictivas<sup>67</sup>.

Ciertamente, tales aseveraciones –a juicio de GÜNTHER– sólo tendrían cabida en un sistema democrático y deliberativo, en el cual, los principios y las normas jurídico-penales, deberían ser asumidas como una manifestación de la autonomía política y una auto-comprensión de carácter republicano del sistema<sup>68</sup>; no desde una faz abstracta e impersonal, distanciada de los intereses reales de los ciudadanos, sino desde una óptica de la deliberación pública que considera los intereses individuales de sus miembros; desde un prisma que asume a todo ciudadano, víctimas e infractores, ofensores y ofendidos, como colegisladores de las deliberaciones públicas que dan lugar a la ley que los rige<sup>69</sup>. De ahí que cada

---

<sup>66</sup> GÜNTHER, Klaus. Criminal law, crime and punishment as communication. *Normative Orders Working Paper*, nº 2, 2014, p. 3.

<sup>67</sup> Quizá por ello, como afirma Gunther: “*I cittadini si assumono la responsabilità delle loro leggi penali. Ciò significa che la legislazione non è la somma casuale di decisioni e preferenze contingenti, che entrano nel processo politico già belle pronte. I cittadini pensano invece di poter reciprocamente giustificare e criticare le loro preferenze. In altre parole, essi si vedono come persone in grado di riflettere (e agire) alla luce di ragioni pubblicamente sostenibili*”. GÜNTHER, Klaus. *Responsabilità e pena nello stato di diritto*. Trad. Leonardo Ceppa. Torino: Trauben, 2010, p. 21.

<sup>68</sup> Cfr. GÜNTHER, Klaus. *Responsabilità e pena nello stato di diritto*. Trad. Leonardo Ceppa. Torino: Trauben, 2010, p. 22.

<sup>69</sup> Cfr. GÜNTHER, Klaus. Somente em uma sociedade humana todo ato tem seu autor. En: AA.VV. *Responsabilidade e pena no estado democrático de direito*. São Paulo: FGV Direito SP, 2016, p. 33.

vez que se comete un delito se asuma no sólo un fracaso de las razones comunicativas transmitidas por la ley, sino que también una negación y rechazo de la víctima en su condición de colegislador. El castigo puede entonces considerarse así, por tanto, como un complejo comunicativo de actos expresivos en el que interactúan el delincuente, la víctima y la sociedad en relación con las razones justificativas de la legislación y las razones injustificadas del delincuente.

### 3.- LA REPARACIÓN A LA LUZ DE LAS TEORÍAS EXPRESIVAS DE LA PENA

Según hemos podido advertir, las teorías expresivas orientadas hacia la persona comúnmente se sustentan en una doble fundamentación: la primera, que una legitimación completa de las intervenciones jurídico-penales no puede ser abordada satisfactoriamente sin distinguir entre el fundamento de la existencia del sistema punitivo y el fundamento de la imposición judicial de la pena; la segunda, que el juicio de desvalor referido al caso concreto puede y debe considerar una censura reprobatória transmitida al delincuente, a la víctima y la sociedad.

Pues bien, tomando en cuenta tal caracterización, ¿significa ello una inclusión de la reparación como un equivalente funcional de la pena? ¿Puede producir la reparación real o simbólica efectos expresivos? ¿Bastará acaso un acuerdo conciliatorio entre víctima y ofensor para alcanzar tales fines? Para responder a dichas interrogantes, en principio, se deben descartar todas aquellas posturas que asumen a las teorías expresivas como meros intentos por legitimar los presupuestos de imputación penal<sup>70</sup>. Ello, pues, como se adelantó, desde tal óptica no sólo se descalifica el creciente número de elaboraciones surgidas a partir de tales teorías, sino que también se establece erradamente una única y exclusiva función a su respecto. De hecho, la adopción de una perspectiva expresiva puede servir para justificar no sólo la adscripción

<sup>70</sup> Así, a juicio de Feijoo, "(...) los expresivistas no plantean una auténtica teoría de la pena, sino que centran su interés en los presupuestos de un castigo legítimo, que en nuestra cultura jurídica denominamos culpabilidad por el hecho". FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. La estabilidad normativa como fin de la pena: ¿puro teatro?. En: AA.VV. *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*. Buenos Aires: B de F, 2018, p. 312.

de responsabilidad frente a un concreto acontecer delictivo, sino que también incluso puede servir para legitimar y fundamentar el propio proceso penal. No en vano fue el mismo BELING quien llegó a sentenciar, que mientras el Derecho penal “no le toca al delincuente ni un solo pelo”<sup>71</sup>, el Derecho procesal penal debe lidiar con el individuo concreto; con la persona de carne y hueso que, en definitiva, deberá soportar una privación o restricción de sus derechos fundamentales más básicos. Piénsese, en este sentido, en la aflicción que implica una medida intrusiva decretada en la marcha de una investigación penal, o bien en la aplicación de una medida cautelar de prisión preventiva ordenada para el supuesto éxito de una investigación. En todos estos casos, y en especial, en éste último, si bien existe una dimensión expresiva y simbólica anterior al juicio de culpabilidad, el sujeto que las experimenta sufre empíricamente un mal que se transforma en un signo inequívoco de reprobación sancionatoria. De allí, entonces, que el proceso penal desempeñe una importante función expresiva y comunicativa, que se orienta desde una “perspectiva integral del sistema penal” en una doble dimensión: por un lado, a través de un conjunto de actos destinados al esclarecimiento de la verdad probable de los enunciados fácticos considerados delictivos; y, por otro, a través del reconocimiento de una serie de garantías que limitan el ejercicio del “*ius puniendi*” estatal. De este modo, si se toma en serio el delito como la falta de lealtad comunicativa frente a la defraudación de la norma de conducta, debería admitirse que dicha faz comunicativa continúa produciendo sus efectos en el proceso penal, puesto que es precisamente a través de él que cobran materialidad todos y cada uno de los criterios decisivos para la aplicación de la respectiva norma-sanción.

Es más, como argumenta FEELEY, por más que pretendamos establecer una división radical entre el “proceso” y la “pena”, la mayoría de las actuaciones procesales anteriores y preparatorias al juicio oral, tales como la prisión preventiva, las comparecencias judiciales reiteradas, las cauciones reales y económicas decretadas, así como su excesiva duración y dilación en el tiempo, pueden llegar a constituir circunstancias tan gravosas que incluso pueden resultar más nocivas que la propia pena que se llegue

---

<sup>71</sup> BELING, Ernst. *Derecho Procesal Penal*. Trad. Miguel Fenech. Barcelona: Ed. Labor, 1943, p. 2.

a imponer<sup>72</sup>. De ahí que el proceso penal no sólo desempeñe una función estabilizadora desde una faz simbólica y comunicativa, sino que también pueda llegar a entrañar un genuino “*hard treatment*”. No por nada, por ejemplo, tratándose de la medida cautelar de prisión preventiva, reconociéndose su expresividad y carácter empíricamente aflictivo, es posible constatar una práctica generalizada en orden a considerar el denominado abono “propio”, “estricto” u “homogeneo”, en cuya virtud, el tiempo que un individuo permaneció sujeto a tal medida cautelar, se imputa a la pena privativa de libertad que se imponga por sentencia condenatoria. De ahí que, por lo tanto, a pesar que tales medidas no constituyan estrictamente una pena, sí provoquen un significativo detrimento personal y patrimonial, que, atento el “principio de proporcionalidad”, dan pie no sólo para avalar una eventual reducción del “*quantum*” de pena decretada, sino que también, incluso, si no se justifica adecuadamente su imposición, a considerar una eventual acción civil indemnizatoria por error judicial.

Pues bien, sentado lo anterior, cabe destacar que existen algunos autores que niegan cualquier tipo de efecto expresivo a la reparación, mientras que otros lo consideran sólo bajo ciertas circunstancias y presupuestos.

Desde la primera óptica, a juicio de la profesora de la Universidad de Humboldt Tatjana HÖRNLE, si bien los intereses legítimos de las víctimas constituyen un componente que ninguna teoría de la pena puede rechazar, esto no significa que frente a la comisión de un injusto-culpable se pueda renunciar a la imposición de un mal a través de la reparación. En efecto, a juicio de HÖRNLE, la característica expresiva de la pena es ampliamente reconocida en los contextos de las sociedades modernas y, como tal, supone un elemento que transmite una desaprobación social frente a una conducta criminosa<sup>73</sup>. No se trata, por consiguiente, de un mero intento

---

<sup>72</sup> Por consiguiente, “*when we view criminal sanctioning from this broader, functional perspective, the locus of court-imposed sanctioning shifts dramatically away from adjudication, plea bargaining, and sentencing to the earlier pretrial stages. In essence, the process itself is the punishment*”. FEELEY, Malcolm. *The Process is the Punishment: Handling Cases in a Lower Criminal Court*. New York: Russell Sage Foundation, 1992, p. 30.

<sup>73</sup> Cfr. HÖRNLE, Tatjana. Distribution of punishment: the role of a victim's perspective. *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 3, n.º 1, 1999, p. 178.

disuasorio e instrumental en pos de favorecer una inhibición delictiva, sino de reconocer que el castigo expresa una censura en tanto componente esencial de nuestras actitudes interpersonales de comunicación. Sin embargo, a juicio de dicha autora, la extensión de tal reproche no se basta a sí misma, sino que requiere de la imposición de un concreto dolor penal<sup>74</sup>. Ello, pues, según su parecer, “*en nuestra tradición de procedimientos penales, la desaprobación se expresa no como un acto formal separado, sino a través de la imposición de la sanción al final del juicio*”. De esta forma, siguiendo muy de cerca las ideas de FEINBERG<sup>75</sup>, según HÖRNLE, lo usual será que la propia irrogación del mal desempeñe la función de expresar reproche y censura, de forma tal que dicho “tratamiento severo” se transforme en un símbolo inequívoco de reprobación pública<sup>76</sup>. De ahí que, por tanto, el reproche y la irrogación del mal estén entrelazados con el efecto de la severidad de la sanción y, de este modo, se transmitan al ofensor de forma proporcional a la magnitud de su injusto-culpable realizado<sup>77</sup>.

Con todo, a juicio de HÖRNLE, dicha comunicación no sólo se dirige al autor, sino que también –y preferentemente– al ofendido por el delito. En efecto, según su parecer, si la sanción penal sólo persiguiese como fin una declaración de culpabilidad de la conducta ilícita del infractor, bastaría inequívocamente una declaración pública en tal sentido y todo volvería a la normalidad. Sin embargo, las cosas no son así. La

---

<sup>74</sup> En un sentido similar, según Pawlik: “*el actuar de personas racionales tiene siempre una dimensión comunicativa. Por ello, la aseveración de que también el acto punitivo tiene una dimensión comunicativa no resulta en absoluto sorprendente. Ésta es una declaración general propia de la teoría de la acción y no genuinamente jurídico-penal. Ahora bien (...), evidentemente, la pena es además dolor, y ello plantea el problema de la justificación de dicho dolor*”. PAWLIK, Michael. *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*. Trad. Ricardo Robles Planas y otros. Barcelona: Atelier, 2016, p. 62.

<sup>75</sup> Así, según Feinberg: “*To say that the very physical treatment itself expresses condemnation is to say simply that certain forms of hard treatment have become the conventional symbols of public reprobation*”. FEINBERG, Joel. “The expressive function of punishment”. *The Monist*, vol. 49, n° 3 (1965), p. 402.

<sup>76</sup> Cfr. HÖRNLE, Tatjana. Distribution of punishment: the role of a victim's perspective. *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 3, n° 1, 1999, p. 178.

<sup>77</sup> HÖRNLE, Tatjana. Distribution of punishment: the role of a victim's perspective. *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 3, n° 1, 1999, pp. 178-179.

desaprobación formal encarnada en la imposición de un “tratamiento severo” confirma que la víctima fue agravada por medio del hecho en cuestión; que el injusto-culpable no fue fruto del azar ni de una simple circunstancia del acaso, sino que se debe a un acto deliberado y consciente que merece y necesita pena. De ahí que la condena deba contener no sólo fundamentos referentes a la extensión y ámbito de protección de los derechos del infractor, sino que también un juicio sobre la extensión de los derechos de la víctima y sobre la demarcación entre su esfera de protección y la del delincuente. Esto significa reconocer que para el Derecho penal la víctima no es un sujeto desdichado que debe soportar los efectos perniciosos del delito, sino, todo lo contrario: que tiene el derecho a no aceptar la conducta del delincuente y, como tal, a jugar un rol relevante en la determinación de la responsabilidad del agente, en la determinación de la gravedad de la ofensa y en la fijación del “*quantum*” de la pena. De este modo, a juicio de HÖRNLE, si bien el proceso penal no sirve como tratamiento psicológico o soporte emocional a favor de la víctima, sí cumple una función expresiva de restablecimiento del Derecho frente al “vacío comunicativo” generado por la comisión del delito.

Ahora bien, asumiendo que la seriedad de una declaración se logra sólo mediante el apoyo simbólico en forma de privación de bienes, según HÖRNLE, “*desde la perspectiva de las víctimas sería insuficiente la corroboración del juicio de desvalor solamente mediante la reparación del daño o la indemnización*”<sup>78</sup>. Ello, pues, según la autora germana, “*la reparación del daño solamente devuelve el statu quo económico a su estado anterior al hecho, de manera que aquella no constituye una genuina causación de un mal. La indemnización también es insuficiente para aclarar el juicio de desvalor en caso de lesiones graves de derechos, puesto que mediante una pérdida solamente económica no es posible explicar un reproche importante*”<sup>79</sup>. De este modo, si se considera la causación de un mal como refuerzo y diferenciación del acto comunicativo de reproche, según su parecer, se perdería la lógica de entender que la sanción penal entraña a los dos factores de forma

---

<sup>78</sup> HÖRNLE, Tatjana. *Teorías de la pena*. Trad. Nuria Pastor. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 43.

<sup>79</sup> HÖRNLE, Tatjana. *Teorías de la pena*. Trad. Nuria Pastor. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 43.

mancomunada y, por consiguiente, de comprender que la irrogación del mal y el juicio de reproche son elementos funcionales en pos de un mismo contenido expresivo<sup>80</sup>. La renuncia a un juicio estatal de desvalor en aras de una reparación, por tanto, contendría un mensaje implícito cuyo contenido comunicativo sería: el delito no fue lo suficientemente grave e importante para la víctima, de forma tal que lo único que le resta es la posibilidad de acudir a un procedimiento diverso al penal.

Desde un enfoque diverso, en un intento por disociar la expresión del reproche de la irrogación del mal y, de este modo, dar cabida a procedimientos de tipo restaurativo, destaca la posición del profesor de la Universidad de Minnesota Antony DUFF. En efecto, según éste, los teóricos restauradores tienen razón al insistir en que nuestras respuestas al crimen deben tender a la “reparación”, mientras que también los teóricos retributivos tienen derecho a argumentar que siempre se debe buscar que los delincuentes sufran el castigo que merecen<sup>81</sup>. Sin embargo, explica DUFF, ambas posturas yerran al suponer que sus planteamientos son incompatibles. Ello, pues, la restauración no sólo es compatible con la retribución, sino que incluso necesita de ésta última, puesto que el tipo de restauración que el crimen reclama –dadas las características profundas de nuestra vida social– sólo puede lograrse mediante un castigo retributivo. En efecto, lo que el delincuente merece y recibe en este tipo de procedimiento es precisamente lo que se le exige al participar en un debate de tipo

---

<sup>80</sup> Así, según Hörnle: “*Even if the number of murders or rapes drops to 1 % of the current rates, it would still be necessary to retain criminal punishment. With regard to serious crimes against persons, victims have a legitimate interest in the states’ expression of not only formal but serious enough censure which requires some form of hard treatment. Merely verbal disapproval unavoidably has the meaning of ‘mild disapproval’.*” HÖRNLE, Tatjana. Theories of Criminalization. Comments on A.P. Simester/Andreas von Hirsch: Crimes, Harms and Wrongs. On the Principles of Criminalisation. Hart Publishing: Oxford and Portland, Oregon. 2011. *Criminal Law & Philosophy*, vol. 10, n° 2, 2016, p. 302. En sentido similar, aunque no idéntico, Cfr. MAÑALICH, Juan Pablo. Retribucionismo expresivo. Acerca de la función comunicativa de la pena. En: KINDHÄUSER, Urs; MAÑALICH, Juan Pablo. *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*. Montevideo- Buenos Aires: B de F, 2011, pp. 40-41.

<sup>81</sup> Cfr. DUFF, Antony. Restitution and retribution. En: VON HIRSCH, Andrew; ROBERT, Julian V; BOTTOMS, Anthony (editores). *Restorative justice and criminal justice. Competing or reconcilable paradigms?*. Portland: Hart Publishing, 2003, p. 43.

conciliatorio: la realización de una serie de actos de reparación –materiales y simbólicos– dotados de un significado comunicativo de reconocimiento, perdón y reconciliación<sup>82</sup>. En este caso, expresa DUFF, no tenemos que distinguir el sufrimiento que el tribunal impone como castigo, por un lado, de los sufrimientos constructivos no intencionados que el delincuente atravesaría en sus acciones de restitución frente a la víctima, por otro lado. Esto porque tales acciones reparadoras son diseñadas de forma dolorosa y son en sí mismas constitutivas del castigo del infractor<sup>83</sup>. De ahí que, al contrario de lo que se piensa, la reparación penal se caracterice como una práctica que incorpora flexiblemente elementos de justicia retributiva y de rehabilitación, pero que, al mismo tiempo, da cuenta también de elementos propios y originales que la dotan de un sentido único. Más concretamente, como sostiene DALY, “*las prácticas de justicia restaurativa se centran en el delito y el delincuente; les preocupa censurar el comportamiento pasado y cambiar el comportamiento futuro; se ocupan de sanciones o resultados que son proporcionales y también “hacer las cosas bien” en casos individuales*”<sup>84</sup>.

Ahora bien, según DUFF, una vez que reconocemos que el infractor ha hecho algo malo, podemos identificar a lo menos tres tipos de reacciones “merecidas” en virtud de ese mal: el arrepentimiento del delincuente, su posible rehabilitación y, muy especialmente, la reconciliación con la víctima y la comunidad<sup>85</sup>.

El arrepentimiento es, según su parecer, un objetivo interno de reprobación o censura. Cuando censuramos a otros por sus malas acciones, nuestra intención o esperanza como comunidad es que acepten esa censura como justificada. Pero aceptar la censura como justificada supone reconocer y

---

<sup>82</sup> Cfr. DUFF, R.A. *Punishment, Communication, and Community*. Oxford- New York: Oxford University Press, 2001, p. 96.

<sup>83</sup> Cfr. DUFF, Antony. Restoration and retribution. En: VON HIRSCH, Andrew; ROBERT, Julian V; BOTTOMS, Anthony (editores). *Restorative justice and criminal justice. Competing or reconcilable paradigms?*. Portland: Hart Publishing, 2003, p. 51.

<sup>84</sup> DALY, Kathleen. Revisiting the relationship between retributive and restorative justice. En: STRANG, Heather; BRAITHWAITE, John (editores). *Restorative justice: philosophy to practice*. Burlington- Vermont: Ashgate Publishing, 2000, p. 35.

<sup>85</sup> Cfr. DUFF, R.A. *Punishment, Communication, and Community*. Oxford- New York: Oxford University Press, 2001, pp. 107 ss.

aceptar que algo se hizo mal, vale decir, asumir el error por el cual se aplicó la censura penal, sumado a un reconocimiento auténtico de que se procedió mal. El arrepentimiento es por ello necesariamente doloroso e incomodo, pero al tratar de inducir al arrepentimiento, el castigo apunta a hacer que los delincuentes sufran precisamente los dolores del arrepentimiento y el remordimiento.

Sin embargo, a juicio de DUFF, si vamos a dirigirnos a los delincuentes como agentes morales responsables, si nos comprometemos en un esfuerzo apropiado de persuasión “transparente”, deberíamos también buscar inducir “su reforma”. En efecto, reconocer y arrepentirme del mal causado es también reconocer la necesidad de evitar cometer ese mismo error en el futuro. Rechazar el delito es, por consiguiente, también comprometerme a tratar de evitar repetirlo. De ahí que un proceso de censura o castigo destinado a inducir el arrepentimiento, también deba tener como objetivo primordial el inducir a la rehabilitación: no intentar moldear al delincuente a nuestros deseos como sociedad, sino de convencerlo de la necesidad de reformarse para su propia conveniencia.

Quizás por ello, el corolario de un arrepentimiento sincero y de una reforma coherente, sea precisamente la reconciliación del ofensor con la víctima y la sociedad. Luego, no se trata de una reconciliación apologética que tome necesariamente una determinada forma de corporeidad, sino más bien de formas de reparación que expresen un auténtico y genuino arrepentimiento del mal que se causó con el delito. De ahí que, según DUFF, debiésemos ver a la mediación penal y la reparación no como una instancia expresiva sino comunicativa. Ello, pues, la instancia expresiva se enfoca unidireccionalmente sólo en aquellos que expresan, esto es, expresamos nuestra condena por el delito del delincuente: él figura simplemente como el receptor pasivo de esa condena. Sin embargo, la comunicación es una actividad bidireccional que no requiere un receptor pasivo, sino un participante a cuyo entendimiento se apela y de quien se busca una respuesta de arrepentimiento, reforma y reconciliación. La comunicación es, por esta razón, un mejor eslogan para el acuerdo obtenido por la víctima y el ofensor como agentes racionales en una posible reparación<sup>86</sup>.

---

<sup>86</sup> Cfr. DUFF, R.A. *Alternatives to Punishment – or Alternative Punishments?*. En: GRAGG, Wesley (editor). *Retributivism and its critics*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1992, p. 51.

Así pues, la mediación penal como vía idónea para conseguir una reparación justa, expresa DUFF, “efectivamente *se ajusta a las definiciones estándar de castigo, como algo intencionalmente doloroso u oneroso impuesto a un delincuente por su delito, por alguna persona u organismo con la autoridad para hacerlo, y, podemos agregar, destinado a comunicar la censura por ese delito*”<sup>87</sup>. En efecto, según el profesor escocés, la mediación penal se deriva de la exigencia kantiana de respetar a los individuos como agentes racionales y autónomos: pues, respetar a otro es tratarlo no sólo como un objeto cuyo comportamiento queremos controlar, sino como un sujeto que al que debemos dirigirnos mediante modos apropiados de comunicación y argumentación. La mediación penal pretende ser, por consiguiente, un proceso comunicativo que involucra múltiples objetivos. En primer lugar, porque constituye un procedimiento diseñado para enfrentar a los delincuentes con los efectos de su ofensa, que intenta influir de manera constructiva en su comportamiento futuro, de manera de fomentar su sentido de responsabilidad y comprensión acerca de la necesidad de evitar el crimen y sus perniciosas consecuencias. En segundo lugar, porque dicho procedimiento también otorga a la víctima y al agresor un papel central y participativo en la respuesta a su crimen, es decir, en la búsqueda de soluciones que fomentan la compensación y el restablecimiento en lugar de las represalias, lo cual conduce a que el delincuente emprenda acciones efectivas de reparación en favor de la víctima. Y, en tercer lugar, porque tal paradigma contribuye a la reintegración del delincuente a la normalidad de sus relaciones sociales, proporcionando una oportunidad para que asuma su responsabilidad y se arrepienta del injusto cometido, de forma tal de asegurar que el mal que se acuerde sea proporcional a la gravedad de la ofensa.

De esta forma, la justicia restaurativa en general, y la mediación penal en particular, según DUFF, constituirían una forma especial de “penitencia secular”<sup>88</sup>. Esto, pues, la idea de penitencia ayudaría a explicar

---

<sup>87</sup> DUFF, Antony. Restoration and retribution. En: VON HIRSCH, Andrew; ROBERT, Julian V.; BOTTOMS, Anthony (editores). *Restorative justice and criminal justice. Competing or reconcilable paradigms?*. Portland: Hart Publishing, 2003, p. 53.

<sup>88</sup> Sobre la distinción entre penitencia secular y religiosa, Cfr. DUFF, R.A. Penance, punishment and the limits of community. *Punishment and Society*, vol. 5, n° 3, pp. 295-312, 2003.

el papel del “tratamiento duro” de la reparación: por un lado, porque una penitencia es, idealmente hablando, un castigo que un malhechor se impone a sí mismo, vale decir, una carga dolorosa a la que se somete voluntariamente porque ha hecho algo malo; y, por otro lado, porque tal proceso penitencial permitiría el encuentro entre el delincuente y sus víctimas a fin de manifestar arrepentimiento, remordimiento y reforma. En suma, el procedimiento restaurativo sería tanto reformativo como reconciliatorio: si el delincuente se arrepiente de su delito, debe reconocer la necesidad de reformar su conducta futura y, de este modo, manifestar actos de reparación a través de los cuales pueda reconciliarse con sus víctimas y, por intermedio de ellas, con toda la comunidad.

## CONSIDERACIONES FINALES

A través de estas líneas hemos tratado de denotar los aspectos más relevantes de la reparación por el hecho punible, a favor de la víctima, bajo el supuesto de las denominadas “teorías expresivas de la pena”. A partir de ello, en términos generales, hemos podido advertir que no existe una única visión a su respecto ni tampoco un genuino postulado que aglutine sus diversas manifestaciones. De hecho, las teorías expresivas de la pena pueden servir para legitimar y fundamentar no sólo las penas o las medidas de seguridad, sino que también a la reparación en cuanto tercera vía autónoma de sanción penal. Ello, pues, más allá que la reconciliación y la compensación de daños aporten beneficios para todos los afectados por el conflicto jurídico-penal, su concreta configuración pretende alcanzar una superación del injusto, un restablecimiento del Derecho, que ha de tener lugar no sólo a costa de autor, sino que también de la víctima y la sociedad.

Así las cosas, a razón de todo lo señalado, resulta posible extraer las siguientes conclusiones:

1º Que la reparación puede involucrar, en efecto, el reconocimiento de la autoría del hecho generador del daño, del mismo modo que también puede transmitir a la población la confianza en que la paz jurídica perturbada por el delito se restablece.

2º Que, sin embargo, dicha rectificación del hecho y manifestación de acatamiento de la norma, deben ir acompañadas necesariamente de

actos de reparación total o parcial, real o simbólica, que permitan comprender que el autor ha realizado un esfuerzo superior al jurídicamente exigible en orden a compensar el daño causado a la víctima. De ahí que la reparación no se baste sólo como un acto del habla, como una mera declaración, como una expresión de voluntad, sino que requiera de un genuino “dolor penal” del infractor a fin de contribuir a profundizar en su concreto arrepentimiento.

3º Que, por consiguiente, independientemente que la reparación no sea impuesta sino acordada, cualquier forma de compensación del daño o de mitigación de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de perjuicios, o incluso de la realización de trabajos en beneficio de la comunidad, debe traducirse en un mal que dote a las prestaciones reparadoras del carácter afflictivo que supone su comprensión como sanción.

4º Que, en todo caso, ello no quiere decir que la reparación pueda sustituir a la pena y sus conocidos efectos expresivos. En efecto, tal y cual como lo expusimos, el elemento de “tratamiento severo” en las sanciones penales proporciona, “*ex ante*”, una razón prudencial para el abandono de la ofensa, puesto que a través de su criminalización el Estado transmite que la conducta es incorrecta y, por lo tanto, suministra razones prudenciales para que cualquier agente moral se abstenga de realizar la conducta de que se trata. Sin embargo, la conducta humana supone un proceso interactivo complejo, que involucra tanto una capacidad para el razonamiento moral, así como fuertes instintos e inclinaciones hacia la nocividad. Los seres humanos, por ende, somos criaturas morales pero falibles, capaces de ser motivados por apelaciones normativas, pero a veces, también, con la capacidad de producir graves ofensas a nuestros mismos congéneres.

5º De ahí que, por tanto, no se pueda renunciar a la pena en favor de la reparación, dado el alto déficit fáctico y comunicativo que ésta última presenta tratándose de casos de gran lesividad. De este modo, si bien la reparación puede contribuir a perseguir los fines propios del Derecho penal, ésta solo se puede concretar desde una perspectiva de la subsidiariedad: esto es, reduciendo a la pena al mínimo imprescindible, de forma tal de recurrir a ella sólo en casos de extrema gravedad y necesidad.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

ALBRECHT, Peter-Alexis. La funcionalización de la víctima en el sistema de justicia penal. En: AA.VV. *La víctima en el sistema penal. Dogmática, proceso y política criminal*. Trad. Luis Reyna Alfaro. Lima: Grijley, 2006, p. 41-58.

ALCÁCER GIRAO, Rafael. La mediación penal y la atenuante de reparación: similitudes y criterios de aplicación. En, AA.VV. *Justicia restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*. Madrid: Reus, 2011, p. 109-126.

BELING, Ernst. *Derecho Procesal Penal*. Trad. Miguel Fenech, Barcelona: Ed. Labor, 1943.

BENN, S.I.; PETER, R.S. *Social Principles and the democratic state*. London: Allen & Unwin, 1959.

BERMAN, Mitchell. Two kinds of retributivism. En: DUFF, R.A; GREEN, Stuart P (editores). *Philosophical foundations of criminal law*. Oxford: Oxford University Press, p. 433-457, 2011. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199559152.003.0019>

BIBAS, Stephanos; BIRSCHBACH, Richard A. Integrating remorse and apology into criminal procedure. *The Yale Law Journal*, vol. 114, nº 84, p. 85-148, 2004. <https://doi.org/10.2307/4135717>

BOOMIN, David. *The problem of punishment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

COEN, R. The Rise of the victim– A Path to punitiveness?. *Irish Criminal Law Journal*, nº 16, 2006, p. 10-14.

CORNACCHIA, Luigi. Vittime e giustizia criminale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 4. Milano: Giuffrè, 2013, p. 1760-1793.

CRAGG, Wesley. *The practice of punishment: towards a theory of restorative justice*. Londres- New York: Routledge, 1992.

DALY, Kathleen. Revisiting the relationship between retributive and restorative justice. En: STRANG, Heather; BRAITHWAITE, John (editores). *Restorative justice: philosophy to practice*, Burlington- Vermont: Ashgate Publishing, 2000, p. 33-54.

DOAK, Jonathan; HENHAM, Ralph; MITCHELL, Barry. Victims and the sentencing process: developing participatory rights?. *Legal Studies*, vol. 29, n° 4, p. 651-677, 2009. <https://doi.org/10.1111/j.1748-121X.2009.00134.x>

DUFF, Antony. Responsibility, citizenship and criminal law. En: DUFF, R.A.; GREEN, Stuart (editores), *Philosophical Foundations of Criminal Law*. Oxford, Oxford University Press, pp. 125-148, 2011. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199559152.003.0007>

DUFF, Antony; GARLAND, David. Thinking about Punishment. En: DUFF, Antony; GARLAND, David (editores), *A Reader on Punishment*. Oxford, Oxford University Press, 1994. p. 1-43.

DUFF, Antony. Restoration and retribution. En: VON HIRSCH, Andrew; ROBERT, Julian V; BOTTOMS, Anthony (editores). *Restorative justice and criminal justice. Competing or reconcilable paradigms?*. Portland: Hart Publishing, 2003, p. 43-60.

DUFF, R.A. Alternatives to Punishment – or Alternative Punishments?. En: GRAGG, Wesley (editor). *Retributivism and its critics*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1992, p. 43-68.

DUFF, R.A. Can We Punish the Perpetrators of Atrocities?. En: BRUDHOLM, Thomas; CUSHMAN, Thomas (editores). *The religious in responses to mass atrocity: interdisciplinary perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 79-104, 2009. <https://doi.org/10.1017/cbo9780511575730.005>

DUFF, R.A. Penance, punishment and the limits of community. *Punishment and Society*, vol. 5, n° 3, p. 295-312, 2003. <https://doi.org/10.1177/1462474503005003004>

DUFF, R.A. *Punishment, communication, and community*. Oxford- New York: Oxford University Press, 2001.

DURÁN MIGLIARDI, Mario. *Introducción a la ciencia jurídico-penal contemporánea*. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2006.

EREZ, Edna; TONTODONATO, Pamela. The effect of victim participation in sentencing on sentence outcome. *Criminology*, vol. 28, n° 3, p. 451-474, 1990. <https://doi.org/10.1111/j.1745-9125.1990.tb01334.x>

ESER, Albin. Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal. Tendencias nacionales e internacionales. En: AA.VV. *De los delitos y las víctimas*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1992, p. 15-52.

ESER, Albin. *Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima*. Trad. Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

FEELEY, Malcolm. *The Process is the Punishment: Handling Cases in a Lower Criminal Court*. New York: Russell Sage Foundation, 1992.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. La estabilidad normativa como fin de la pena: ¿puro teatro?. En: AA.VV., *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Buenos Aires: B de F, 2018, p. 309-321.

FEINBERG, Joel. The expressive function of punishment. *The Monist*, vol. 49, nº 3, p. 397-423, 1965. <https://doi.org/10.5840/monist196549326>

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 6ta edición. Madrid: Trotta, 2004.

FLEW, Antony. The justification of punishment. *Philosophy*, vol. 29, p. 291-307, 1954. <https://doi.org/10.1017/s0031819100067152>

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Análisis criminológico de los diversos modelos y sistemas de reacción al delito. En: AA.VV. *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos: (libro homenaje al profesor Doctor Don Angel Torío López)*. Granada: Comares, 1999, p. 135-160.

GARLAND, David. *The culture of control. Crime and social order in contemporary society*. Chicago: The University of Chicago Press, 2002.

GARRO CARRERA, Enara. La atenuante de reparación del daño. En: GARRO CARRERA, Enara; ASUA BATARRITA, Adela. *Atenuantes de reparación y de confesión: equívocos de la orientación utilitarista*. Valencia: Universidad del País Vasco- Tirant lo Blanch, 2008, p. 19-77.

GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar, *El Derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. Barcelona, Bosch Editor, 1993.

GÓMEZ COLOMER, José Luis. *Estatuto jurídico de la víctima del delito*. (La posición jurídica de la víctima del delito ante la justicia penal. Un análisis basado en el Derecho comparado y en las grandes reformas españolas que se avecinan). Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2014.

GÜNTHER, Klaus. Criminal law, crime and punishment as communication. *Normative Orders Working Paper*, nº 2, 2014, p. 1-22.

GÜNTHER, Klaus. Somente em uma sociedade humana todo ato tem seu autor. En: AA.VV. *Responsabilidade e pena no estado democrático de direito*. São Paulo: FGV Direito SP, 2016, p. 15-36.

GÜNTHER, Klaus. *Responsabilità e pena nello stato di diritto*. Trad. Leonardo Ceppa. Torino: Trauben, 2010.

HART, H.L.A. *Punishment and responsibility*. Essays in the philosophy of law. 2da edición. Oxford: Oxford University Press, 2008.

HIRSCH, Hans Joachim. La reparación del daño en el marco del Derecho penal material. En: AA.VV. *De los delitos y de las víctimas*. Trad. Elena Carranza. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1992, p. 55-90.

HÖRNLE, Tatjana. Distribution of punishment: the role of a victim's perspective. *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 3, n° 1, p. 175-209, 1999. <https://doi.org/10.1525/nclr.1999.3.1.175>

HÖRNLE, Tatjana. Theories of Criminalization. Comments on A.P. Simester/ Andreas von Hirsch: Crimes, Harms and Wrongs. On the Principles of Criminalisation. Hart Publishing: Oxford and Portland, Oregon. 2011. *Criminal Law & Philosophy*, vol. 10, n° 2, 2016, p. 301-314.

HÖRNLE, Tatjana. *Teorías de la pena*. Trad. Nuria Pastor. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

HUBER, Bárbara. Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad (Sobre la discusión en tomo a las penas ambulatorias y de contenido comunitario). *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. XLVII (1994), p. 155-176.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª edición. Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid, Marcial Pons, 1997.

JAKOBS, Günther. Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos. En: JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho penal*. Trad. Enrique Peñaranda Ramos y otros. Madrid: Ediciones Universidad Autónoma de Madrid-Editorial Civitas, 1997, p. 128-146.

JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado y finalidad*. Trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez. Navarra: Thomson-Civitas, 2006.

LACEY, Nicola; PICKARD, Hanna. To blame or to forgive? Reconciling punishment and forgiveness in criminal justice. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 35, n° 4, 2015, p. 688 ss. <https://doi.org/10.1093/ojls/gqv012>

LARRAURI PIJOÁN, Elena. Justicia restauradora y violencia doméstica. En: ASUA BATARRITA, Adela; GARRO CARRERA, Enara (editoras). *Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena*. Bilbao: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2008, p. 125-144.

LUHMANN, Niklas, *Law as a Social System*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

LUNA, Erik. In Support of restorative justice. En: ROBINSON, Paul; GARVEY, Stephen; KESSLER, Kimberly (editores). *Criminal law conversations*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 585-610.

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

MAÑALICH, Juan Pablo. La pena como retribución. Segunda parte: La retribución como teoría del Derecho penal. *Derecho Penal y Criminología*, vol. 28, n° 83, 2007, p. 75-120.

MAÑALICH, Juan Pablo. Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva. *InDret*, n° 5, 2015, p. 1-32.

MAÑALICH, Juan Pablo. Retribucionismo expresivo. Acerca de la función comunicativa de la pena. En: KINDHÄUSER, Urs; MAÑALICH, Juan Pablo. *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*. Montevideo- Buenos Aires: B de F, 2011, p. 29-65.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. 6ta edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

NASH ROJAS, Claudio. *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)*. Segunda Edición. Santiago de Chile: Universidad de Chile, 2009.

PAWLIK, Michael. *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*. Trad. Ricardo Robles Planas y otros. Barcelona: Atelier, 2016.

PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena. *InDret*, n° 4, 2014, p. 1-44.

PÉREZ SANZBERRO, Guadalupe. *Reparación y conciliación en el sistema penal ¿Apertura de una nueva vía?*. Granada: Comares, 1999.

RODRIGUEZ HORCAJO, Daniel. *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*. Madrid- Barcelona- Buenos Aires- Sao Paulo: Marcial Pons, 2016.

SEELMANN, Kurt. Paradojas de la orientación hacia la víctima en el Derecho penal. En: SEELMANN, Kurt. *Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal*. Trad. Raúl Núñez Ojeda y Thomas Vogt Geisse. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 189-207.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Del Derecho abstracto al Derecho Real. *Indret*, nº 4, 2016, p. 1-6.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *En Busca del Derecho Penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*. Montevideo- Buenos Aires: B de F, 2015.

SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *Malum Passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*. Barcelona: Atelier, 2018.

STRATENWERTH, Günter. *¿Qué aporta la teoría de los fines de la pena?*. Trad. Marcelo Sancinetti. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

TAMARIT SUMALLA, Josep M. Procesos restaurativos más allá de la mediación: perspectivas de futuro. En: AA.VV. *Justicia restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos*. Bilbao: Publicaciones Universidad de Deusto, 2013, p. 317-328

TANGNEY, June P; STUEWIG, Jef; HAFEZ, Logaina. Shame, guilt, and remorse: implications for offender populations. *The Journal of Forensic Psychiatry & Psychology*, vol. 22, nº 5, p. 706-723, 2011. <https://doi.org/10.1080/14789949.2011.617541>

VAN CAMP, Tinneke, Understanding victim participation in restorative practices: Looking for justice for oneself as well as for others. *European Journal of Criminology*, vol. 14, nº 6, p. 679-696, 2016. <https://doi.org/10.1177/1477370816682981>

VAN NESS, Daniel W; HEETDERKS STRONG, Karen. *Restoring justice: an introduction to restorative justice*. 5ta edición. Ámsterdam- Boston- Heidelberg- London: Anderson Publishing, 2015.

VARONA GÓMEZ, Daniel, *El debate ciudadano sobre la justicia penal y el castigo: razón y emoción en el camino hacia un derecho penal democrático*. Madrid- Barcelona- Buenos Aires- São Paulo: Marcial Pons, 2016.

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

VON HIRSCH, Andrew; ASHWORTH, Andrew. *Proportionate Sentencing: Exploring the Principles*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

VON HIRSCH, Andrew. Proportionality in the philosophy of punishment: from “why punish?” to “how much?”. *Israel Law Review*, vol. 25, nº 3-4, p. 549-580, 1991. <https://doi.org/10.1017/s002122370001061x>

VON HIRSCH, Andrew. Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena. En: ARROYO ZAPATERO, Luis y otros (coordinadores). *Crítica y*

*justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*. Cuenca: Ediciones Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, p. 125-145.

VON HIRSCH, Andrew. *Censure and sanctions*. Oxford- New York: Oxford University Press, 2003.

WEIGEND, Thomas. Tagungsbericht (Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 1981 in Bielefeld). *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft [ZstW]*, n° 93, 1981, p. 1271-1290.

WEMMERS, Jo-anne; CYR, Katie. Victims' perspectives on restorative justice: how much involvement are victims looking for?. *International Review of Victimology*, vol. 3, p. 259-274, 2004. <https://doi.org/10.1177/026975800401100204>

WEMMERS, Jo-Anne. Victims' experiences in the criminal justice system and their recovery from crime. *International Review of Victimology*, vol 19, n° 3, p. 221-233, 2013. <https://doi.org/10.1177/0269758013492755>

WRIGHT, Martin. *Justice for victims and offenders a restorative response to crime*. 2da edición. Winchester: Waterside Press, 1996.

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

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

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

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

### Dados do processo editorial

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

- Recebido em: 31/12/2018
- Controle preliminar e verificação de plágio: 08/01/2019
- Avaliação 1: 11/01/2019
- Avaliação 2: 20/01/2019
- Avaliação 3: 23/01/2019
- Avaliação 4: 24/01/2019
- Decisão editorial preliminar: 26/01/2019
- Retorno rodada de correções: 10/02/2019
- Decisão editorial final: 10/02/2019

### Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-associado: 1 (ELL)
- Revisores: 4

### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

BELTRÁN CALFURRAPA, Ramón. Víctima, reparación y proceso penal: una proyección desde las teorías expresivas de la pena. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 145-190, jan./abr. 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.215>



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

# A justiça restaurativa como mecanismo de horizontalização de conflitos penais e de reconhecimento das vítimas como sujeito de direitos

*Restorative justice as a mechanism for horizontalization of penal conflicts and recognition of victims as subjects of rights*

## **Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Morais<sup>1</sup>**

Universidade Federal de Ouro Preto/MG  
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais/MG  
barros.flaviane@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/1159840059123495>

 <http://orcid.org/0000-0002-2377-6026>

## **José Afonso Neto<sup>2</sup>**

Universidade Federal de Ouro Preto/MG  
afonsodireito@yahoo.com.br

 <http://lattes.cnpq.br/7726738456433508>

 <http://orcid.org/0000-0002-2108-2776>

## **Yollanda Farneses Soares<sup>3</sup>**

Universidade Federal de Ouro Preto/MG  
yfarnezes@hotmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/3790077017799743>

 <http://orcid.org/0000-0003-0114-1828>

---

<sup>1</sup> Doutora e Mestre em Direito Processual pela PUC Minas, com estágio pós-doutoral junto a Università degli studi di Roma Tre (CAPES), professora visitante junto a Università degli studi di Firenze. Bolsista de Produtividade de CNPq. Coordenadora Adjunta de Mestrados Profissionais, CAPES, área Direito. Professora do Programa de Pós-graduação da PUC Minas e da UFOP.

<sup>2</sup> Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto - UFOP. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG).

<sup>3</sup> Mestranda e Graduada em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto. Advogada.

---

**RESUMO:** Este artigo discute a necessidade de superação do modelo processual penal fundamentado na neutralização da vítima e consequente expropriação do conflito pelo Estado, como fórmula única para solução do caso penal. Com foco nesse modelo processual, questiona-se se a sua lógica de fato atende às necessidades das vítimas, respeitando seus direitos e garantias fundamentais. Em seguida, indaga-se sobre a necessidade de se discutir, ainda que de forma coadjuvante ao modelo vigente, um novo modelo de solução consensual de conflitos penais, marcado pela construção de procedimentos dialógicos e horizontais como forma de resposta ao delito. Para tanto, o presente artigo possui como marco a noção de justiça horizontalizada, apontada por Nils Christie, que trabalha a importância de se construir uma justiça que se atenha às especificidades dos personagens centrais do conflito penal – ofensores e vítimas – para uma construção participada na decisão do caso penal. Por fim, analisa-se se a Justiça Restaurativa tem potencial suficiente para conferir a autonomia necessária às vítimas para que sejam, efetivamente, compreendidas como sujeitos de direitos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Vítima; Justiça Horizontalizada; Justiça Restaurativa.

**ABSTRACT:** *This article discusses the need to overcome the criminal procedural model based on the neutralization of the victim and the consequent expropriation of the conflict by the State, as the only formula for solving the criminal case. Focusing on this procedural model, it is questioned whether its logic actually meets the needs of victims, respecting their fundamental rights and guarantees. The next question is about the urge to discuss, even in a way that is compatible with the current model, a new model of consensual solution of criminal conflicts, marked by the construction of dialogical and horizontal procedures as a response to crime. This article is based on the notion of horizontal justice, pointed out by Nils Christie, which demonstrates the importance to build a justice that fits the specificities of the central characters of the criminal conflict – offenders and victims – to a participative decision of the criminal case. Finally, it is analyzed if the Restorative Justice has sufficient potential to confer the necessary autonomy to the victims so that they are effectively understood as subject of rights.*

**KEYWORDS:** Victim; Horizontal Justice; Restorative Justice.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. Jurisdição Penal e a neutralização da vítima; 2. A Justiça Horizontalizada como diretriz para a Justiça Restaurativa; 3. A Justiça Restaurativa e o protagonismo da vítima como sujeito de direitos; Considerações Finais; Referências.

---

## INTRODUÇÃO

A temática da vitimologia vem sendo estudada ao longo dos anos, porém ganhou amplitude mais precisamente após a década de 1970, com a crise do Estado social e o advento do Estado Democrático de Direito. O movimento vitimológico passou a se preocupar com o papel da vítima de delitos para que ela não fosse simplesmente anulada, alijada da solução do conflito penal, porque afetada diretamente pelo ato criminoso, não podendo, dessa forma, ser invisibilizada na solução processual penal da infração, ser relegada às margens da solução do conflito, sem nele poder efetivamente influir. Tratou-se de uma nova perspectiva contra o esquecimento secular das vítimas.

O ponto crucial do movimento vitimológico condensou-se, nessa linha, na crítica à neutralização da vítima pelo processo penal, justamente pelo fato de o Estado expropriar o conflito das suas partes originárias (autor e vítima) e se colocar como sujeito passivo constante dos crimes. Trata-se de expropriação no âmbito processual, que afasta a vítima da solução do conflito, porquanto, não obstante a vítima, em grande parte dos casos, seja a parte primária da relação de Direito Penal, assume o Estado, como protagonista, o papel de condutor dos julgamentos, aplicador das sanções e fiscalizador das penas. De certo, essa neutralização teve sua relevância histórica em termos de controle de retribuições para mitigação de punições desproporcionais e desarrazoadas impostas aos infratores. Porém, nas lindes do Estado Democrático de Direito, essa perspectiva não se mostra mais constitucionalmente adequada, porquanto outros são os norteadores das relações entre os sujeitos e com o Estado – os valores que permeiam a conformação desse modelo de democracia não se coadunam com o silenciamento da vítima.

Tanto é assim, como se pretende desenvolver nesse artigo, que se faz necessário discutir sobre uma nova forma de justiça, que leve a sério direitos e garantias da vítima, que a compreenda como sujeito de direitos, respeitada a sua autonomia, visto que o sistema jurisdicional brasileiro, mesmo com as reformas do Código de Processo Penal, não confere à vítima a emancipação necessária para contribuir na solução do caso concreto de maneira satisfatória. Portanto, é urgente dialogar sobre novos modelos de justiça, que devolvam à vítima o protagonismo usurpado pelo Estado, ainda mais quando se compreende que a

univocidade de resposta estatal aos inúmeros e diferentes conflitos penais, consistente, quase sempre, na imposição de pena afliativa, desconsidera as subjetividades dos envolvidos no conflito. Isto é, para os mais variados conflitos penais, com os mais diversos autores e vítimas, a única e insatisfatória resposta estatal tem sido a imposição de uma pena, que não raras vezes não supre as expectativas dos atingidos pela decisão judicial.

O objetivo desse trabalho volta-se justamente a demonstrar como o modelo jurisdicional atual contém falhas na tratativa do conflito penal (ACHHUTTI; PALLAMOLA, 2017, p. 284), especialmente porque estruturado de forma centralizadora, num processo vertical decisório, incapaz de dar a autonomia necessária às vítimas para que sejam compreendidas como sujeito de direitos quanto à solução dos conflitos penais. Traçado esse plano, se analisará a Justiça Restaurativa como uma das possibilidades de se efetivar uma nova forma de justiça (CAMPANÁRIO, 2013, p. 120), em virtude de seu potencial dialógico e horizontal, vez que se realiza mediante construção coletiva e participada da solução, específica ao caso concreto, pelos envolvidos diretos no conflito processual penal

Questiona-se, portanto, se a lógica processual penal vigente, que almeja a pena como resposta estatal padrão, de fato atende às necessidades das vítimas, ou se, em outra leitura, as torna duplamente perdedoras, por sofrerem a ação do agressor e padecerem do esquecimento estatal. Na sequência, indaga-se por que não se discutir um novo modelo de solução consensual de conflitos penais, marcado pela construção de um instrumento dialógico e horizontal para a solução de conflitos: a Justiça Restaurativa. Trata-se de modelo que busca uma resposta que seja adequada a cada caso concreto, desvinculando-se da pena como única possibilidade de solução, porque compreende o viés da reparação e as mais diversas possibilidades de resolução do conflito penal.

Para tanto, em perspectiva metodológica analítica, será necessário contextualizar a neutralização da vítima por parte do Estado, presente no modelo jurisdicional vigente; em seguida, se apresentará a concepção de justiça horizontalizada de Nils Christie (1977; 2011); e, por fim, se analisará se existe potencial emancipatório na Justiça Restaurativa, especialmente para as vítimas.

## 1. JURISDIÇÃO PENAL E A NEUTRALIZAÇÃO DA VÍTIMA

O papel da vítima no conflito penal compreende três grandes fases (GOMES; MOLINA: 2000, p. 73): protagonismo, neutralização e redescoberta.

Para fins desse trabalho, serão apontadas as características marcantes de cada uma dessas fases, sem preocupação com a sua evolução histórica, somente para se compreender a fase da neutralização da vítima no processo penal e os seus efeitos perniciosos, abrindo-se espaço, nessa viragem de redescoberta, a outras formas de realização da justiça penal, mais afeitas ao tratamento constitucional da vítima que, no Estado Democrático de Direito, há de ser reconhecida com sujeito de direitos (BARROS, 2013, p. 311).

Na primeira fase, era o tempo da vingança privada, em que competia à vítima a incumbência de valer-se dos meios que dispusesse para contrapor-se à infração sofrida. Tratava-se da retribuição do mal com o mal – imposição de um novo prejuízo para compensação daquele que foi sofrido, sem observância de quaisquer formalidades e sem adstrição à razoabilidade da medida retributiva à ofensa causada. Em virtude da necessidade de controle no uso da vingança privada, especialmente sob a ótica da paz social, ainda nessa fase de protagonismo, surgiu a justiça privada, com a finalidade de estabelecimento de proporcionalidade entre a agressão do ofensor e a retribuição da vítima, e, também, para permitir a composição como medida de reparação do dano (ANITUA, 2008). Não obstante, era a vítima a detentora do destino do ofensor, sem interferência de autoridade.

Em um segundo momento, revelando-se ainda mais premente a necessidade de controle da vingança privada e em razão da preocupação dos governantes com seus interesses, paulatinamente tomou forma a justiça pública, que ocupou o espaço da vingança privada e da justiça privada (ANITUA, 2008; BERNISTEIN, 2000, p. 74). Nesse período é que se concretiza, pouco a pouco, dada a expropriação do conflito pelo Estado, o processo de neutralização da vítima, que, outrora parte condutora da persecução penal, torna-se mera informadora do delito. Trata-se de estágio longo, que se estende desde o Direito Romano, perpassa a Idade Média, a formação dos Estados Nacionais, rompendo o tempo até o século XX.

A conformação do processo penal nessa fase promoveu o esquecimento da vítima, porquanto não havia espaço para ela na triangulação acusado, acusador e juiz. À vítima relegou-se espaço à margem do conflito, dela usurpado (ANITUA, 2008; SANTANA, 2009, p 324).

Na terceira fase, a partir dos estudos da vitimologia, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, a vítima começa a ressurgir do ostracismo, em um primeiro momento pelas discussões decorrentes do holocausto do povo judeu (JUNIOR, 1993). Na década de 70, com o movimento feminista e, na seara do Direito Penal, com o movimento abolicionista (BARROS, 2013, p. 319), apontaram-se duros questionamentos a respeito do papel atribuído pelas legislações às vítimas de delitos. Igualmente contribuiu a esse alargamento da discussão a reanálise do lugar da vítima sob as luzes do Estado Democrático de Direito, especialmente por sua ótica de legitimação procedimentalista, em que se indica que os afetados participem do processo de discussão das soluções, porque cada sujeito de direito é, ao mesmo tempo, autor e destinatário das formas jurídicas (HABERMAS, 1997).

De certo, essa redescoberta não significou o reencontro histórico daquela mesma vítima da fase de protagonismo, com os poderes então a ela atribuídos, no entanto, os estudos permitiram o levantamento dos véus da invisibilidade, reconhecendo-se que a neutralização da vítima, pela expropriação do conflito, não se mostrava adequada ao tratamento desse sujeito no paradigma do Estado Democrático de Direito.

A neutralização do conflito não se compatibiliza com as diretivas irradiantes do princípio da dignidade da pessoa humana, porque é direito fundamental da vítima a possibilidade de participação ativa na busca de realização de seus direitos de forma integral (SOUZA, 2016, p. 24), incluindo-se assim os direitos fundamentais relacionados ao processo penal. A despersonalização do conflito, expropriado pelo Estado, não possibilita a participação democrática na solução penal e não garante a proteção necessária à vítima, violando-se assim seus direitos fundamentais.

Uma nova definição do papel da vítima, diversa da neutralização do conflito, pode ter significativo impacto quanto à criação de sentido para as partes (SCHUCH, 2009, p. 10), especialmente para vítima, porquanto, em um conflito em que se reconhecem as subjetividades dos envolvidos, o sentido do crime há de ser reconstruído a partir das perspectivas e

experiências dos que por ele mais foram afetados – vítima e infrator (ZEHR; TOWES, 2006, p. 419). Trata-se de sentido que não decorre de interventores externos, mas que parte dos sujeitos que experienciaram a situação de vulneração e dela podem extrair conclusões para si, para o Estado e para os demais membros da sociedade,

Para o criminólogo norueguês Nils Christie: “la víctima es una especie de perdedora por partida doble, primero, frente al delincuente, y segundo (...) al serle denegado el derecho a la plena participación en lo que podan haber sido uno de los encuentros rituales más importantes de su vida” (CHRISTIE, 1977, p. 162-163). A partir desse contexto, a justificação para a superação do modelo processual baseado na expropriação do conflito decorre da compreensão da necessidade de se estabelecer o que Nils Christie aponta como justiça horizontal (CHRISTIE, 2011, p. 118). Para o autor a justiça horizontal estrutura-se no sentido de que a reparação é mais importante que a retribuição, ou seja, a construção de uma solução adequada ao conflito penal se dá pelas partes, em contrapartida à pena imposta verticalmente pelo Estado, como se verá a seguir.

Compreender as críticas quanto à neutralização da vítima, trazendo-se ao debate a proposta de horizontalização da justiça de Nils Christie (1997; 2011), torna-se relevante para justificar uma revisão do sistema de justiça penal para a atualidade, o que será demonstrado no próximo item do presente estudo.

## **2. A JUSTIÇA HORIZONTALIZADA COMO DIRETRIZ PARA A JUSTIÇA RESTAURATIVA**

O sistema de justiça penal que se estrutura a partir da neutralização da vítima recebe diversas críticas. O presente texto utiliza como marco, para formulação da crítica, os estudos de Christie (1977; 2011), que enfatiza a marginalização de autores e vítimas como uma das consequências deletérias da apropriação estatal do conflito.

Num primeiro momento, é importante compreender que a noção de delito apresenta-se posteriormente à ideia de conflito. Em outras palavras, antes de existir o crime como compreendido pelo sistema de justiça criminal, havia o conflito entre as partes. O delito, assim, é a forma

como o conflito entre as partes é entendido pela linguagem do sistema jurídico. Ainda, deve-se salientar que o conflito não é necessariamente negativo, pois, como o autor aponta, ele pode nos matar, mas sua escassez, em nossa sociedade industrializada atual, pode nos paralisar (CHRISTIE, 1977, p.159). Nessa linha, não se deve compreender o conflito por um viés estritamente negativo, mas perceber nele, também, um mecanismo de desenvolvimento social.

Christie aponta que, no sistema de justiça, aqueles que lidam com o conflito são pessoas completamente alheias a ele, e alheias às próprias partes, como juízes, advogados e promotores, que são, em suma, os profissionais da administração do conflito. A vítima acaba por ser tão marginalizada em sua própria realidade conflituosa que, na maioria dos procedimentos jurídicos, ela é reduzida a mera informante, perdendo completamente a plena participação na resolução do conflito, que é entregue completamente nas mãos do Estado (CHRISTIE, 1977, p. 162-163).

Em uma crítica aos tribunais, o autor assevera que a realidade da justiça criminal é pesada, comum e rotineira, e depois de um certo tempo, manifestamente tediosa (CHRISTIE, 1977, p. 161). Nesse ambiente, em que são tratados inúmeros conflitos penais, tão diferentes e específicos pelas partes que os compõem, seriam necessárias respostas e soluções adequadas e singulares a cada caso, mas que acabam sendo uniformes e padronizadas – produtos de uma justiça de massas (CHHUTTI; PALLA-MOLA, 2014, p. 80).

O ambiente dos tribunais, as complexidades de suas arquiteturas, localização e sua estética (AMODIO, 2016) também tendem a afastar ainda mais as partes, que não se identificam e não se sentem à vontade com o espaço destinado à solução de seus conflitos. Os espaços são pensados e construídos para os próprios administradores da lei, marginalizando mais uma vez as vítimas e ofensores – partes primordiais no conflito social (CHRISTIE, 1977, p. 162). O próprio rito processual e sua linguagem tornam o processo inacessível, não permitindo que acusados e vítimas compreendam efetivamente seus lugares e seus papéis (AMODIO, 2016).

A partir desse contexto, Christie defende a necessidade de se devolver o conflito às partes, por meio de uma estrutura descentralizada, cujos principais envolvidos sejam os próprios interessados essenciais da disputa. Por isso se diz da necessidade de profanação do monopólio da

fala (SALM; SILVA, 2012, p. 200), no sentido de atribuição, aos envolvidos no conflito, de voz para solucioná-lo. O autor do conflito deve ser o responsável por reparar o dano causado à vítima, na busca de uma solução possível e adequada em cada caso concreto.

Christie explica que os conflitos foram usurpados das partes pelo Estado e a própria conformação do processo penal revelaria essa expropriação, porquanto autor e vítima são representados, eles não agem por si sós, não são personagens centrais na persecutória criminal. Os profissionais jurídicos ocupam esses papéis de centralidade durante a administração do conflito pelo Estado e as partes nem sequer assistem o desenrolar e solução do próprio caso (CHRISTIE, 1977, p.162).

Na atuação punitiva do Estado, o conflito deixa de ser importante. Consequentemente, reduz-se a atenção às partes e, nesse sentido, o criminoso é convertido em objeto de estudo, manipulação e controle – foca-se no sistema de controle do delito. De outro lado, aparta-se a vítima, reduzindo-a a uma não-entidade, a uma coisa (CHRISTIE, 1977, p. 165) – mera memória do conflito.

Para o autor, os conflitos são subtraídos por profissionais, por especialistas, especialmente advogados, que silenciam as partes e utilizam a técnica, numa manipulação dos conflitos, para dar uma resposta jurídica à violação penal. O criminólogo aponta que “los conflictos del delito se han transformado en una pertinencia de otras personas – principalmente de los abogados – o han sido redefinidos en interés de otras personas” (CHRISTIE, 1977, p. 165).

O ponto central da crítica do sistema de justiça criminal feita por Christie reside exatamente na ideia de que as partes envolvidas no conflito, as quais deveriam participar adequadamente da sua solução, principalmente a vítima por ter sofrido um dano, são excluídas da discussão, nela não podendo efetivamente influir – sujeitos tornados objetos na estrutura processual penal.

O autor explicita que, na sociedade do final do século XX, pelo seu patamar de industrialização, as pessoas vivenciam uma espécie de despersonalização da vida social (CHRISTIE, 1977, p.166-167), fazendo com que se reconheçam umas as outras pelos papéis sociais que ocupam, o que significa a apreensão de meros retalhos do ser, não como pessoas completas e suas personalidades. Em razão disso, as pessoas têm informações limitadas

umas sobre as outras, ou seja, elas não se conhecem mais. E pelo fato de não se conhecerem, não se importam umas com as outras, assumindo, nessa linha, posições de afastamento frente a uma situação conflituosa. Nessa conjuntura capitalista, a sociedade marca-se pela despersonalização, impondo-se, então, uma necessidade de se livrar rapidamente do conflito, pois ele se assume feições eminentemente negativas, contexto em que os especialistas acabam por apropriar o manejo e solução dos conflitos delituosos. É a ressignificação da neutralidade, relegitimada.

A sociedade analisada por Christie em seus estudos, aprofundada em dilemas individuais, conjuga-se, atualmente, com a crise do mundo ocidental, apresentada por Hardt e Negri, que impacta a relação da opinião pública e das pessoas sobre o processo penal, em especial quanto à formulação de uma resposta punitivista e retributiva para o crime. Duas das subjetividades propostas, nos estudos dos referidos autores, são relevantes para se discutir o atual estado de degradação que o processo penal tem evidenciado. A primeira é a figura do mediatizado, que é aquele sufocado pelo excesso de informação, mas que não possui, por isso mesmo, capacidade para criar informação viva, é um reproduzidor de informações mortas (HARDT; NEGRI, 2014, p. 10-12), que está sempre a pedir punição ou invocar clemência. A segunda figura é o securitizado, pessoa movida basicamente pelo medo, o que a faz aceitar estar em uma sociedade prisional, vivendo em um estado de exceção. A figura do securitizado dialoga com a construção de subpapéis: o presidiário e o guarda, o vigia e o vigiado, o autor do crime e a vítima, objeto e sujeito de vigilância. Assim, em cada momento ou situação uma pessoa se move de uma das duas figuras para a outra, passando de autor para vítima ou vice-versa (HARDT; NEGRI, 2014, p. 33-39).

Desse modo, continua atual a análise que Christie faz da questão da vítima e do ofensor e da sua ocultação como personagens do conflito. O autor compreende que o atual sistema de controle punitivo representa uma grande perda para as partes em relação ao tratamento do conflito, principalmente para a vítima, pois é o Estado, a partir de uma compreensão neutralizada do processo penal, que faz com que a vítima seja impossibilitada de participar na própria discussão penal.

Ademais, a grande perdedora, além da própria vítima, é a sociedade, que acaba esvaziando-se da oportunidade de discussão e esclarecimento

das normas; uma perda de uma possibilidade pedagógica de se discutir o que representa a lei, de se discutir o que é realmente importante na solução dos conflitos penais, o que é de fato considerado relevante nos casos específicos para a compensação (não só material) das vítimas (CHRISTIE, 1977, p. 170-171).

De certo, uma das possibilidades que a Justiça Restaurativa apresenta são os encontros personalizados (CHRISTIE, 1977, p. 171) como uma resposta para o problema da marginalização da vítima. No entanto, no atual estágio, a vítima é tão esquecida e marginalizada que sequer tem contato com o ofensor, o que é dificultado, ademais, pela assunção do estereótipo clássico de criminoso em relação ao ofensor, sendo que a vítima, de outro lado, passa a ter uma imagem de não-pessoa.

Esse ponto levantado pelo autor é crucial para se entender a dificuldade do sistema de justiça criminal, como é concebido atualmente, de lidar com o conflito penal a fim de se chegar a uma solução ideal para cada conflito. Da neutralização da vítima pelo Estado, em que o conflito acaba por ser expropriado por essa autoridade central, que passa a representá-la, assumindo completamente sua posição, decorre a subjugação da vítima, como figura débil – vítima fraca e reificada –, incapaz de estabelecer um diálogo possível com o ofensor para uma construção horizontal da decisão. Dessa forma, a vítima é silenciada, o autor é tratado de forma estigmatizada e o conflito passa a ser assumido pelos especialistas, numa imposição vertical da decisão da autoridade central.

Não se questiona que o reencontro do agressor com a vítima pode ser um processo de experiência dolorosa, em que, não obstante, em uma primeira reação, induza ao distanciamento, pode, num segundo momento, tornar-se positivo (CHRISTIE 1977, p. 170-171). Para tanto, é necessário que a situação se molde de tal forma que o ponto central da interação não se restrinja à simples atribuição de culpa, mas a uma discussão aprofundada do que poderia ser feito para se mudar a situação, a partir da reintrodução da vítima na história do seu próprio conflito. Nesse sentido, poder-se-ia ser discutido como se atribuir atenção às perdas da vítima e como essas perdas poderiam ser atenuadas. Dessa forma, o ofensor, a partir de um diálogo com a vítima, repassando as causas, condições e circunstâncias do conflito (FERNANDEZ, 2014, p. 24), assume a posição de ouvinte, existindo, inclusive, a possibilidade de ser perdoado.

A Justiça Restaurativa tem o seu clímax no encontro interpessoal, isto é, no diálogo autêntico (PELIZZOLI, 2016), que somente pode ser realizado por aqueles que se consideram sujeitos de direitos e protagonistas dos próprios destinos. Assim, tanto vítima quanto agressor, assumindo a consciência de seus papéis, podem conduzir à construção da solução penal, específica para o caso concreto, própria da violação subjetiva reconstruída nesse encontro *face a face* propiciado pela Justiça Restaurativa.

A gestão dos conflitos de forma horizontal pelas partes, por intermédio do encontro pessoal entre vítima e ofensor, é discutido por Nils Christie (1977, p. 174-175) a partir de um raciocínio de julgamento local, numa organização orientada pela vítima, em que, em primeiro lugar, deveria ser recuperado cada detalhe vivenciado pela vítima sobre o que aconteceu, minúcias de onde se pode (ou não) extrair relevância jurídica. Num segundo momento, haveria uma consideração meticulosa sobre o que poderia ser feito para e pela vítima, pelo ofensor, pela comunidade e pelo Estado. Num terceiro momento, discutir-se-ia se o dano sofrido pela vítima poderia ser compensado, não só financeiramente. Nesse sentido, o criminólogo aponta para uma organização sistemática, aproximando-se de uma composição civil, dialogada e participada por todos os envolvidos no conflito. Por último, após a tomada de decisão local, haveria a preocupação para uma assistência ao ofensor, numa avaliação pessoal e social, pelo viés educativo, médico e até religioso. Essa avaliação da situação social do ofensor não se daria para evitar futuros crimes, mas porque, conforme aponta Christie, as necessidades devem ser enfrentadas (CHRISTIE, 1977, p.175).

Destaque-se, contudo, que nem sempre será possível esse encontro interpessoal da vítima e ofensor, o que não impede a utilização de outras técnicas restaurativas, como os processos circulares (PRANIS, 2010). Ainda que se trate de uma prática com participação indireta da vítima, pode ela ver atendidos os seus anseios, dado o caráter responsabilizador da Justiça Restaurativa, que não se esgota em uma função exclusivamente punitiva, mas conduz o infrator a tomada de consciência sobre os próprios atos e seus reflexos sobre os outros. As técnicas restaurativas são também performativas para o autor do delito e para a sociedade, contendo mensagens específicas para os envolvidos no conflito e também para a comunidade.

Na concepção de justiça local ou tribunais comunitários não se admite a ideia de especialização. A especialização na resolução de conflitos é negativa, pois a especialização leva a profissionalização (CHRISTIE 1977, p. 170-171). Os especialistas são treinados e têm o poder de manipular argumentos, de modo que, para Christie, faz-se necessário reduzir ao máximo a especialização, bem como a dependência de profissionais dentro do sistema criminal. A ideia de justiça local apresenta-se como um tribunal de iguais representações dos indivíduos de si mesmos, numa busca de solução entre equivalentes, sem a necessidade de um juiz. Nesse sentido, sobre a possibilidade de atuação de advogados e outros especialistas na gestão local do conflito, o autor propugna (CHRISTIE, 1977, p. 178) que eles não devem ocupar o papel principal e, se no caso concreto for inevitável a atuação desses expertos, devem ser vistos como auxiliares, não como dominantes no centro do conflito social.

Ainda que haja uma tendência à profissionalização da justiça restaurativa, decorrente de sua institucionalização, esses profissionais (mediadores, conciliadores, facilitadores), devem assumir um papel de orientação, cabendo aos envolvidos – ofensor e vítima – a condução dos processos de restauração para que não haja usurpação do lugar de fala dos afetados pelo conflito. Isto é, cabe à vítima e ao ofensor a condução da narrativa sobre o ato delitivo e a escolha das opções de como remediá-lo, de forma dialogada e horizontal. Ademais, conquanto seja necessário um arcabouço teórico para a aplicação das técnicas de justiça restaurativa, o ideal é que os membros da comunidade tornem-se os condutores dos processos restaurativos, o que afastaria os efeitos deletérios dessa tendência de profissionalização (SCHUCH, 2008, p. 505).

Uma das questões essenciais na devolução do conflito às vítimas, por meio de uma justiça que seja concebida horizontalmente, repousa na ideia de que os conflitos são positivos, como já mencionado, devendo ser valorizados, bem como não são de pertencimento do Estado, mas de cada parte envolvida – vítima e ofensor –, e de toda a comunidade. Isto é, do conflito pode haver resultados significativos para vítima, ofensor e comunidade (PALI, 2014, p. 34), o que não deve ser desprezado.

Em uma perspectiva profunda, também a prática restaurativa pode devolver à vítima, na visão do próprio agressor, a dignidade violada na prática do ato delitivo. Isso porque, no diálogo, também o autor do

ato delitivo há de reconhecer a vítima como sujeito pleno em dignidade e não como objeto de sua ação (PEDRA, 2010, p. 94). Ainda, a Justiça Restaurativa pode evitar a vitimização secundária, na qual a vítima, desamparada, sofre novamente com o indevido funcionamento do sistema processual e com a irregular atuação da estrutura policial ou judiciária (FERNANDES, 1995, p. 38), sendo novamente vitimizada pela burocracia do modelo processual de justiça, que não a vislumbra na sua inteireza como sujeito do processo.

Desse arcabouço, a proposição da justiça horizontal contém os seguintes parâmetros (CRISTIE, 2011, p 118): a) as decisões possuem esteio local, porquanto o mesmo ato pode ser analisado de diferentes formas, de acordo com a comunidade que o analisa e, nesse sentido, cada comunidade pode estabelecer, de forma descentralizada, o que considera justo; b) as questões relevantes podem ser tratadas de maneira radicalmente diferente da forma que ocorre no sistema legal, pois não existem soluções pré-definidas, sendo relevante tudo aquilo que os participantes considerem como tal, de modo que cada caso concreto será administrado conforme a sua especificidade; c) a compensação é mais importante que a retribuição, visto que as “punições são particularmente disfuncionais em sistemas como esses (...) inflição consciente de dor – significa gerar uma guerra civil em sistemas frágeis.” (CHRISTIE, 2011, p. 118).

A ideia de justiça horizontalizada em que a reparação é mais importante que a retribuição – a utilização da pena como mal em resposta a outro mal anteriormente ocasionado (CHRISTIE, 2011) – é fundamental para o entendimento do que almeja a Justiça Restaurativa, em que são levadas a sério as especificidades de cada conflito penal, sem soluções pré-definidas e impostas verticalmente por uma autoridade central.

A Justiça Restaurativa, que tem como diretriz a noção de justiça horizontal, comunitária, ou local, de Nils Christie, baseia-se, como visto, no diálogo entre ofensor e vítima. Ou seja, ao invés do uso monopolizado da violência pelo Estado, seria oportunizado às partes encontrarem-se, quantas vezes fossem necessárias, para se chegar a uma solução consensual em relação ao dano causado, com a compreensão de se reduzir o sofrimento e aumentar as respostas positivas.

Como marco da Justiça Restaurativa, Howard Zehr explica que:

O primeiro passo na justiça restaurativa é atender às necessidades imediatas, especialmente as da vítima. Depois disso, a justiça restaurativa deveria buscar identificar necessidades e obrigações mais amplas. Para tanto, o processo deverá, na medida do possível, colocar o poder e responsabilidade as mãos diretamente dos envolvidos: a vítima e o ofensor. (ZEHR, 2008, p. 192)

O conceito de Justiça Restaurativa é amplo, aberto e fluido, como aponta Daniel Achutti:

E essa construção ainda em aberto e em constante movimento é, paradoxalmente, um importante ponto positivo da justiça restaurativa, pois não há um engessamento de sua forma de aplicação, e portanto, os *casos-padrão* e as *respostas-receituário* permanecerão indeterminados, na busca de adaptação a cada caso e aos seus conceitos culturais. (ACHUTTI, 2016, p. 66)

Pelo exposto, a partir do encontro da vítima e do ofensor, pode-se criar uma justiça de viés horizontalizado, que considere efetivamente a singularidade dos envolvidos no conflito, numa construção coletiva e participada da decisão, em virtude da fala e escuta respeitosa dos envolvidos, buscando-se a melhor maneira de lidar com o dano resultante do conflito, a fim de que se chegue a um ideal de justiça para aquele caso específico.

As características centrais da justiça restaurativa envolvem os seguintes aspectos: (a) *participação da vítima* nos debates sobre o caso, incluindo a deliberação sobre a maneira como os danos oriundos do conflito serão reparado; (b) o procedimento *poderá não resultar em prisão* para o ofensor, mesmo que venha a admitir que praticou o delito e eventuais provas corroborem a sua confissão; (c) é possível (e desejável) que *as partes cheguem a um acordo* sobre como lidar com a situação; e (d) *os operadores jurídicos deixarão de ser os protagonistas* do processo, abrindo espaço para uma abordagem mais ampla do conflito. (ACHUTTI, 2016, p. 85)

Nesse sentido, pelas críticas tecidas por Nils Christie ao sistema penal e pela construção do autor sobre a justiça comunitária e horizontalizada, pode-se dizer que a Justiça Restaurativa: a) não deve se apoiar em nenhum estereótipo das partes, nem da vítima – com a possibilidade

de sobrevivitimizá-la –, nem do ofensor – evitando sua estigmatização; b) permite com que os envolvidos no conflito sejam responsáveis pela administração e construção de uma solução adequada à violação penal, estimulando a participação ativa das partes na construção da decisão; c) deve distanciar-se da lógica burocrática, com a especialização e profissionalização dos envolvidos; d) deve ser acessível às partes, tanto pelo espaço destinado aos encontros quanto pela linguagem adequada e inteligível às partes; e) necessita ter seu foco na satisfação nas necessidades da vítima, do ofensor e da comunidade a partir do envolvimento e responsabilização de todos.

### **3. A JUSTIÇA RESTAURATIVA E O PROTAGONISMO DA VÍTIMA COMO SUJEITO DE DIREITOS**

Para que a vítima possa ser compreendida como sujeito de direitos, primordialmente, é preciso superar o modelo jurisdicional tradicional de confiscação do conflito pelo Estado, com sua conseqüente neutralização, como desenvolvido até o momento no presente estudo. A crítica ao sistema jurisdicional tradicional repousa na ideia de que o tratamento dado à vítima não é adequado para que as suas necessidades sejam atendidas, não se escuta o seu sofrimento, ou suas mais diversas expectativas. Não há um esforço para restituir à vítima aquilo que ela perdeu, muito além dos bens materiais. Não se permite que a vítima auxilie de modo concreto como a sua própria situação conflituosa será resolvida.

Conforme exposto nos tópicos anteriores, decorre das imanações do próprio Estado Democrático de Direito que a vítima participe plenamente da construção da decisão em resposta ao dano que sofreu, numa mudança de paradigma do modelo tradicional para a construção de um modelo que se adéque às suas necessidades, reconhecendo-a como primordial interessada na reparação das conseqüências do delito. Aliás, não se trata, conforme insistentemente repetido, de reparação apenas financeira, mas emocional e até mesmo cognitiva.

Nessa linha, aposta-se na Justiça Restaurativa, como um mecanismo de consenso, uma plataforma de reparação nas mais diversas esferas, de acordo com as necessidades das vítimas.

O que é preciso para que a vítima se recupere do dano que sofreu? Uma única resposta não existe. Esse ponto é crucial, pois explica o motivo de a pena como sanção, solução unívoca estatal, não ser a resposta mais adequada a todos os conflitos penais. Cada vítima possui uma expectativa própria, sentimentos próprios e específicos. Somente ela, em cada caso concreto, poderia responder com autenticidade o que poderia se feito para recomposição do dano sofrido.

Além da indenização por perdas materiais, as vítimas muitas vezes precisam que lhes sejam oportunizados momentos de fala para expressar as suas mais diversas emoções. As vítimas, se desejarem, devem poder expressar seus sentimentos de mágoa, raiva, medo, dor, como uma reação humana natural ao dano causado pelo delito. Elas precisam encontrar espaços para exteriorizar seus sentimentos e sofrimentos, para que falem e sejam ouvidas, respeitadas suas autonomias. Nesse sentido, a Justiça Restaurativa deve ser concebida de forma com que as vítimas possam realizar uma experiência de justiça, ter a concepção de uma vivência de algo real, o reconhecimento de houve um ato que lhe causou um dano e quais medidas podem ser tentadas a fim de corrigi-lo ou amenizá-lo. Não bastam as informações de que “medidas oficiais serão tomadas”, porquanto as vítimas precisam ser informadas do que de fato ocorrerá e como elas podem contribuir para a solução do conflito. Isso é atuação participada, própria da noção de Estado Democrático de Direito. As informações precisam estar disponíveis para que a solução seja construída ouvindo-se os interessados, autores e destinatários das formas de justiça.

A Justiça Restaurativa deve levar a vítima a ser aparelhada quanto à melhor forma de solucionar o conflito penal, na medida em que a restituição – com o reconhecimento do erro e responsabilização dos envolvidos – torna-se mais eficaz que a retribuição com a pena. Ou seja, a restauração visa a correção do mal, sem a geração de mais violência, reconhecendo o valor ético da vítima.

(...) as vítimas precisam ser empoderadas. A justiça não pode simplesmente ser feita para e por elas. As vítimas precisam se sentir necessárias e ouvidas ao longo do processo. Uma das dimensões do mal é que elas foram despidas de poder, portanto, uma das dimensões de justiça deve ser a restituição desse poder. No mínimo, isso significa que elas devem ser a peça principal na

determinação de quais são suas necessidades, e como e quando devem ser atendidas. Mas as vítimas deveriam participar de alguma forma do processo como um todo. (ZEHR, 2014, p.183)

A Justiça deve ser vivida, experienciada pelas vítimas, que não devem ser simplesmente informadas do processo, mas precisam passar pela experimentação da resolução do conflito. Por isso impõe-se seja permitido às vítimas usarem suas autonomias e as próprias liberdades para decidirem se querem tomar parte da construção da solução, mesmo que haja ainda mais sofrimento, porque é importante que seja apresentada às vítimas a possibilidade de vivenciar a justiça.

Conforme Zehr explica, uma das formas de empoderamento das vítimas para que suas necessidades sejam atendidas consiste na mediação vítima-ofensor (ZEHR, 2008, p. 192-193). Durante o processo de restauração, deve-se propiciar uma abordagem que atenda principalmente às trocas de informações entre a vítima, o ofensor e a comunidade, numa interação em que sejam afastados os estereótipos e atente-se à realidade dos envolvidos, com o propósito de solucionar a situação conflituosa. O autor explica que a mediação ente vítima e ofensor deve atender alguns pré-requisitos, tais como: que os participantes recebam apoio emocional necessário; que estejam dispostos a participar; que os mediadores sejam treinados; e que tudo aconteça no momento certo (ZEHR, 2008, p. 163). É preciso desmitificar a ideia de que a mediação se dê instantaneamente, ou em pouco tempo. Cada caso específico, de acordo com as necessidades da vítima e do ofensor, tomará o tempo que for necessário.

A mediação vítima-ofensor é uma estratégia, dentre outras, que permite a gestão local do conflito, que pode variar de caso a caso. De certo nem todas as situações de conflito penal permitirão a aplicação das técnicas de Justiça Restaurativas, de modo que os limites para a utilização das técnicas restaurativas deverão ser encontrados nas especificidades de cada conflito, sendo inviável, pelo que propõe esse novo modelo de justiça, o estabelecimento prévio de condicionantes, que funcionariam como amarras burocráticas aos afetos pelo conflito penal.

O Projeto de Lei nº 7006/2006 propõe alterações na legislação vigente para facultar o uso de práticas restaurativas no sistema de justiça criminal. Em seu artigo 8º estabelece que “o procedimento restaurativo

abrange técnicas de mediação pautadas nos princípios restaurativos”, realizados por “núcleos de prática restaurativa”, compostos por profissionais da área da psicologia e serviço social, especialmente capacitados para essa função. O mesmo Projeto de Lei pretende alterar, ainda, o Código de Processo Penal para consignar que “os núcleos de justiça restaurativa serão integrados por facilitadores, incumbindo-lhes (...) utilizar as técnicas de mediação que forem necessárias para a resolução do conflito”. O Projeto de Lei propõe o “uso facultativo e complementar” de procedimentos restaurativos “em casos de crimes e contravenções penais”, a partir de alterações do Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei 9009/95. Ele não determina a quais crimes e contravenções se aplicará a Justiça Restaurativa, o que pode ser positivo, visto poder se abranger os mais diversos tipos penais, ou negativo, por existir a possibilidade de, na prática, só se encaminharem às práticas restaurativas os crimes de menor importância. Tudo dependerá dos esforços dos intérpretes na aplicação da norma.

A alteração no Código Penal se dá no sentido de que o Projeto de Lei 7006/2006 prevê a adição de dois dispositivos. Um seria responsável por estabelecer o cumprimento do acordo restaurativo como nova causa de extinção de punibilidade, com a inserção do inciso X ao artigo 107 do Código Penal. E outro, que acrescentaria às causas interruptivas de prescrição a homologação do acordo restaurativo, com a inserção do inciso VII ao artigo 117 do Código Penal.

Já o Código de Processo Penal sofreria alterações prevendo determinadas possibilidades: (a) a proposição de ação penal pelo Ministério Público seria facultativa enquanto estivesse em curso o procedimento restaurativo, com a inserção do § 4º no artigo 24 do Código de Processo Penal – aqui se faz uma crítica, pois a melhor redação deveria ser aquela que não possibilita a proposição da ação penal, proibindo que corra em paralelo o processo tradicional e restaurativo; (b) a suspensão da ação penal quando recomendável o uso de práticas restaurativas, com a criação do artigo 93-A; e, c) a sugestão, pela autoridade policial, no relatório do inquérito, de encaminhamento das partes à restauração, com a inserção do § 4º no artigo 10.

O projeto de Lei 7006/2006 apresenta extensas possibilidades de encaminhamento de casos ao procedimento restaurativo, pela

polícia, pelo magistrado, pelo Ministério Público, mas é omissivo quanto à possibilidade de solicitação de encaminhamento pelas próprias partes, o que é paradoxal, no sentido de tudo o que foi discutido nesse texto. Partindo-se da ideia de que a Justiça Restaurativa, empodera as partes, especialmente a vítima, dando-lhe voz e espaço de escuta, é incompatível a obrigatoriedade de intervenção de uma autoridade para que o conflito seja gerido pelo viés da restauração.

Já a resolução da ONU 2002/2012, que trata sobre os princípios básicos para a utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal, em seu preâmbulo, enfatiza que “a justiça restaurativa evoluiu como uma resposta ao crime que respeita a dignidade e a igualdade das pessoas, constrói o entendimento e promove harmonia social mediante a restauração das vítimas, ofensores e comunidades, além de propiciar às vítimas obterem reparação, se sentirem mais seguras e poderem superar o problema”. Ainda declara em seu artigo 13º que “as garantias processuais fundamentais que assegurem tratamento justo ao ofensor e à vítima devem ser aplicadas aos programas de justiça restaurativa e particularmente aos processos restaurativos”.

Em maio de 2016, o Conselho Nacional de Justiça aprovou a Resolução 225/2016 que dispõe “sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do poder Judiciário”, destacando-se, em seu artigo 1º, a necessidade de prévio consentimento, livre e espontâneo dos participantes da Justiça Restaurativa, bem como o dever de serem informados de todos os procedimentos. O artigo 1º da Resolução ainda assegura o direito de vítima e ofensor serem tratados de forma justa e digna, com mútuo respeito, bem como a garantia de que vítima e ofensor serão auxiliados a construir, a partir da reflexão e assunção de suas responsabilidades, “uma solução cabível e eficaz visando sempre o futuro”.

No paradigma restaurativo, o crime não é concebido, portanto, como uma ação que viola o Estado ou a ordem jurídica, mas como lesão às pessoas e às suas relações intersubjetivas. O delito é, dessa forma, analisado por um viés fenomenológico, considerando como a manifestação de um conflito entre as partes, num contexto amplo e complexo. Existe a necessidade de diálogo entre o ofensor e a vítima, como maneira de se reequilibrar e, se possível, restaurar as mazelas sofridas pela vítima. Nesse sentido, a solução do conflito não é encontrada na lei, na jurisprudência ou em casos

análogos, mas na própria relação mediada entre as partes, voltando-se para o futuro – o passado é a plataforma para uma solução prospectiva.

Sobre a Justiça Restaurativa e as críticas a ela apontadas, as mais recorrentes referem-se à necessidade de valoração de princípios jurídicos a ser observada no processo restaurativo e quanto à participação da vítima na decisão da “pena” que será aplicada ao ofensor (LARRAURI, 2004, p.87).

No que se refere às garantias jurídicas, as críticas à implementação da Justiça Restaurativa no Brasil apontam para uma eventual inobservância de princípios que orientam a prática criminal, como a legitimidade, obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal pública. Tais argumentos, ainda que marcados por uma concepção garantista do direito penal, revelam-se conservadores e ultrapassados, por justamente assegurarem a manutenção da intervenção penal muito além da mínima, fechando-se “as portas do direito penal a alternativas de não-punição, despenalização, reparação, perdão, aplicação de sanção não afliitivas” (SICA, 2007, p. 122).

Quanto à indisponibilidade da ação penal, essa premissa é própria da visão neutralizada da vítima no processo criminal e, como visto, resta superada, pois é possível não haver necessidade de persecução criminal devido ao ressarcimento do dano, reconciliação ou atuação de outras esferas de controle social que não por via do Direito Penal e Processual Penal. Em verdade, o fortalecimento do papel da vítima no processo está diretamente relacionado a supressão de uma cultura inquisitória, em que a resposta estatal é dada pelo juiz inquisidor e super parte, pela adoção de forma enfática e verdadeira de uma concepção acusatória para o processo penal. Apenas com a adoção definitiva do princípio dispositivo se permitirá que o propósito de visibilidade e empoderamento da vítima, como o seu reconhecimento como sujeito de direitos no processo penal (BARROS, 2008), seja alcançado.

Ainda sobre as garantias do contraditório e da ampla defesa, que as formas restaurativas não respeitariam, não restam vulneradas, porque o modelo consensual prevê a voluntariedade das partes, como pressuposto básico. Tal crítica somente tem amparo em uma perspectiva de contraditório como ação e reação. Na proposição de um contraditório dinâmico (BARROS, MARQUES, 2017, p. 348), que permite às partes atuarem no processo penal para construir a decisão permite a opção por

uma proposição alternativa de solução do conflito. O direito à ampla defesa como ampla argumentação garante a atuação de todas as partes, inclusive acusado e vítima nas escolhas autônomas, estratégicas e informadas de possibilidades alternativas ao processo penal que discutirá e reconstruirá o caso penal (BARROS, 2009). Assim, sempre que considerarem devido, a vítima ou ofensor podem recusar o envio do caso ao procedimento restaurativo, permanecendo no modelo tradicional retributivo.

De toda forma, é certo que a Justiça Restaurativa não pode contrariar os princípios e regras constitucionais, violando o princípio da própria legalidade em sentido amplo. A aplicação do procedimento restaurativo deve respeitar as leis e tratados, conforme resolução da ONU 2002/2012: “nada que conste desses princípios básicos deverá afetar quaisquer direitos de um ofensor ou uma vítima que tenham sido estabelecidos no Direito Nacional e Internacional”.

A utilização da Justiça Restaurativa deve ser vista como ampliação da proteção constitucional atribuída à vítima e ofensor, decorrentes do princípio da garantia da pessoa humana, porquanto considerados como sujeitos de direitos, autores e destinatários das formas de justiça a que se submeterão e atuarão de forma protagonizada.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A compreensão atual, de um tratamento constitucional adequado à vítima, impõe uma diretiva vinculante: o seu reconhecimento como sujeito de direitos. A partir dessa perspectiva, na revisitação das concepções teóricas sobre a participação da vítima no processo penal, compreende-se que a expropriação do conflito pelo Estado e a consequente neutralização da vítima não se compatibilizam com a premissa de que, ao se reconhecer a vítima como sujeito de direitos, deve-se possibilitar a sua participação no processo penal, por meio de novos mecanismos ou estratégias de solução do conflito.

Nessa linha, o modelo consensual de solução de conflitos da Justiça Restaurativa apresenta-se como uma das possibilidades para a realização da justiça penal sem a deletéria marginalização ou ocultamento das vítimas de delitos, especialmente porque demarcado em planos de

horizontalidade e diálogo, características capazes de atribuir aos sujeitos interessados a emancipação que requer o reconhecimento da vítima como sujeito de direitos. Confere-se à vítima a possibilidade de efetiva participação na resolução do conflito, permitindo-se que a solução possa ser conjugada no viés de uma reparação ampla, para além da exclusiva punição do ofensor ou recomposição do prejuízo moral, uma vez que a ofensa pode ter produzido efeitos emocionais e psicológicos profundos, o que o processo tradicional não é capaz de contemplar.

A jurisdição penal brasileira precisa reconhecer que a apreensão monocular dos conflitos penais – procedimentos unidirecionais e sanção padrão – representa opção teórica por um modelo de realização de justiça criminal que não mais se adéqua integralmente às novas visões constitucionais sobre os sujeitos processuais. É nesse espaço – em que o modelo vigente se excede ou se omite – que precisam ser experimentadas estratégias alternativas, destacando-se, como potencialidade, a utilização da Justiça Restaurativa como mecanismo de horizontalização de conflitos penais e de reconhecimento das vítimas como sujeitos de direitos.

Não se quer, no entanto, que a utilização de técnicas restaurativas represente uma nova cooptação dos interessados no conflito penal por meio de técnicas de alívio das cargas do sistema processual penal tradicional. Há de ser aplicada a justiça horizontalizada, como proposta por Nils Christie, em sua melhor leitura, mantendo-se a integridade dos princípios irradiantes dessa ideia para que se mostre efetiva a tutela dos interesses da vítima.

De outro lado, a releitura constitucionalmente adequada da vítima como sujeito de direitos não pode conduzir em direção oposta, por meio de atribuição unilateral de poderes, devendo-se cuidar para que a ampliação das faculdades das vítimas não sacrifique direitos e garantias processuais do autor do delito.

Pelo viés da Justiça Restaurativa, verifica-se a possibilidade de uma efetiva democratização quanto ao meio de solução de conflitos, afastando-se a resposta verticalizada do sistema penal para todos os casos, a partir da construção, em determinadas situações, de uma solução adequada pela vítima, comunidade e ofensor.

Nesse sentido, a Justiça Restaurativa, fundamentada na promoção da participação ativa das partes, com a interferência direta delas na

formulação da decisão, alcança uma adequada construção intersubjetiva de justiça. Esse modelo almeja uma resposta mais humana, em que o processo penal não esteja voltado para a retribuição, mas para uma resposta dialogicamente construída entre vítima, ofensor e comunidade.

É no diálogo, de partes que se compreendem como iguais, em posição horizontal de interação, que se podem construir soluções que, em todo o processo, desde o cometimento do delito até a respectiva solução, se reconheçam os envolvidos como sujeitos de direitos, capazes de definir, em tecitura intersubjetiva, os rumos de suas existências.

## REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel. *Justiça Restaurativa e abolicionismo penal*. São Paulo: Saraiva, 2018.

ACHUTTI, Daniel; PALLAMOLLA, Raffaella. Levando a justiça restaurativa à sério: análise crítica de julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Redes: Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, v.5, n. 2, p. 279-289, nov. 2017. <http://dx.doi.org/10.18316/redes.v5i2.4258>.

ACHUTTI, Daniel; PALLAMOLLA, Raffaella. Justiça Criminal e Justiça Restaurativa: possibilidades de ruptura com a lógica burocrática-retribucionista. *Revista Sistema Penal e Violência*, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 75-87, janeiro-junho 2014. <http://dx.doi.org/10.15448/2177-6784.2014.1.16958>

AMODIO, Ennio. *Eстетica della giustizia penale:prassi, media, fiction*. Milano: Giuffrè, 2016.

ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

BARROS, Flaviane de Magalhães. A vítima de crimes e seus direitos fundamentais: seu reconhecimento como sujeito de direito e sujeito do processo. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 13, p. 309-334, jan./jun. 2013. <http://dx.doi.org/10.18759/rdgf.v0i13.407>

BARROS, Flaviane de Magalhães. *A participação da vítima no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do processo penal*. 2ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BARROS, Flaviane de Magalhães; MARQUES, Leonardo A. M. A atuação do juiz no contraditório dinâmico: uma análise comparativa entre o sistema processual penal adversarial chileno e o modelo constitucional de processo brasileiro. In: Leonel González. (Org.). *Desafiando a Inquisição: ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil*. 1ed. Santiago Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2017, v. 1, p. 347-360.

BERISTAIN, Antonio. *Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia*. Tradução de Cândido Furtado M aia Neto. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

CAMPANÁRIO, Micaela Susana Nóbrega de Abreu. Mediação penal Inserção de meios alternativos de resolução de conflito Penal. *Revista Civitas*, Porto Alegre, v. 12, n. 1, p. 118-135 jan.-abr. 2013. <http://dx.doi.org/10.15448/1984-7289.2013.1.12593>

CHRISTIE, Nils. Conflicts as propety. *The British Journal of Criminology*, v.17. n°1. 1977.

CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade de crime*. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

FERNANDES, Antônio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995.

FERNANDEZ, Daniela Bolivar. La mediación víctima-ofensor como alternativa al sistema penal: la perspectiva de las víctimas. *Revista Sistema Penal e Violência*, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 13-30, janeiro-junho 2014. <http://dx.doi.org/10.15448/2177-6784.2014.1.17224>.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos de. *Criminologia*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I e II.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Declaração Isto não é um manifesto*. São Paulo: N1 edições, 2014.

JUNIOR, Heitor Piedade. *Vitimologia evolução no tempo e espaço*. Rio de Janeiro: Frei Bastos, 1993.

LARRAURI, Elena. Tendencias actuales de la justicia restauradora. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo,, vol. 51/2004, p. 67 – 104, nov – dez de 2004.

PALI, Brunilda. Justiça Ativa: processos de justiça restaurativa como campo fértil para o exercício da cidadania. *Revista Sistema Penal e Violência*, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 31-42, janeiro-junho 2014. <http://dx.doi.org/10.15448/2177-6784.2014.1.16721>.

PEDRA JORGE BIROL, Alline. Alline. Justiça criminal versus restaurativa: com a palavra a vítima. In Joel Corrêa de Lima & Rubens R. R. Casara (Coords.) *Temas para uma perspectiva crítica do direito: homenagem ao professor Geraldo Prado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PELIZZOLI, Marcelo L. Da Sombra social às inteligências sistêmicas dos conflitos. In: *Justiça Restaurativa: caminhos da pacificação social*. Pelizzoli, M.L. (Org.). Caxias do Sul: Ed. da UCS / Recife: Ed. da UFPE, 2016.

PRANIS, Kay. *Processos circulares*. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010.

SALM, João; LEAL, Jackson da Silva. A Justiça Restaurativa: multidimensionalidade humana e seu convidado de honra. *Revista Sequência*, n. 64, p. 195-226, jul. 2012. <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2012v33n64p195>

SANTANA, Selma Pereira de. A vitimodogmática: uma faceta da justiça restaurativa? *Revista Ciências Penais*, São Paulo, vol. 11/2009, p. 321 – 348, Jul – Dez/2009.

SCHUCH, Patrice. Direitos e Afetos: Análise Etnográfica da “Justiça Restaurativa” no Brasil. *Revista Antropología Y Derecho*, CEDZAD, v. 7, p. 10-18, 2009.

SCHUCH, Patrice. Tecnologias da não-violência e modernização da justiça no Brasil: o caso da justiça restaurativa. *Revista Civitas*, Porto Alegre, v. 8, n. 3, p. 498-520, set.-dez. 2008. <http://dx.doi.org/10.15448/1984-7289.2008.3.4872>

SOUZA, Bárbara Fachinelli Nishi. O uso da mediação nos delitos sexuais: o resgate da dignidade da vítima. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 125/2016, p. 15 – 55, novembro 2016.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. São Paulo: Palas Athena, 2008.

ZEHR, Howard; TOEWS, Maneiras de conhecer para uma visão restaurativa de mundo. In: *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília: Ministério da Justiça, 2006.

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

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

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

- *Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Moraes:* projeto e esboço inicial, coleta e análise de dados, levantamento bibliográfico, revisão bibliográfica, redação, revisão crítica com contribuições substanciais, aprovação da versão final.
- *José Afonso Neto:* projeto e esboço inicial, coleta e análise de dados, levantamento bibliográfico, revisão bibliográfica, redação, revisão crítica com contribuições substanciais, aprovação da versão final.
- *Yollanda Farneses Soares:* projeto e esboço inicial, coleta e análise de dados, levantamento bibliográfico, revisão bibliográfica, redação, revisão crítica com contribuições substanciais, aprovação da versão final.

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

### Dados do processo editorial

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

- Recebido em: 18/12/2018
- Controle preliminar e verificação de plágio: 22/12/2018
- Avaliação 1: 23/12/2018
- Avaliação 2: 31/12/2018
- Avaliação 3: 31/12/2018
- Decisão editorial preliminar: 20/01/2019
- Retorno rodada de correções: 05/02/2019
- Decisão editorial final: 08/02/2019

### Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-associado: 1 (ELL)
- Revisores: 3

### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

BARROS BOLZAN DE MORAIS, Flaviane M.; AFONSO NETO, José; SOARES, Yollanda F. A justiça restaurativa como mecanismo de horizontalização de conflitos penais e de reconhecimento das vítimas como sujeito de direitos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 191-218, jan./abr. 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.210>



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

# A expansão do Direito Penal europeu frente à subsidiariedade da tutela penal: alternatividade a partir da Mediação Penal de Adultos portuguesa

*The expansion of European criminal law facing the subsidiarity of criminal enforcement: alternative with Portugal's "criminal mediation for adults"*

**Marina Oliveira Teixeira dos Santos<sup>1</sup>**

Universidade de Coimbra/Portugal

marinaoliveira.737@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/5631870315520284>

 <http://orcid.org/0000-0002-3276-2590>

---

**RESUMO:** Este trabalho baseia-se na relevância das teorias de subsidiariedade da tutela penal e Direito Penal mínimo em confronto com o Direito Penal europeu. Para tanto, inicialmente será traçado um quadro da expansão do Direito Penal europeu, a partir de sua criação e efetivação até a atual competência penal da União Europeia. Em seguida serão analisados os princípios gerais a serem aplicados na análise do Direito Penal europeu, conforme instrumentos e órgãos da própria União e doutrina. Respectivamente, serão tratados: a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, a Comunicação da Comissão de 2011 e o Manifesto sobre uma Política Criminal Europeia. Por fim, e sem minimizar a importância prática da aplicação em concreto dos princípios estudados, será tratado o instituto da Mediação Penal de Adultos como forma de diversão penal. Instituto este que, por ser instrumento de desjudicialização, pode ser entendido como alternativa ao Direito Penal tradicional sancionador e, portanto, meio relevante para assegurar a subsidiariedade da tutela penal na União Europeia. Destarte, a partir deste trabalho poderão ser traçadas conclusões sobre

---

<sup>1</sup> Mestranda em ciências jurídico-criminais na Universidade de Coimbra, Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

o movimento de expansão penal na União Europeia e soluções para que o mesmo não aconteça ilimitadamente, em dissonância com o caráter de *ultima ratio* da tutela penal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Penal europeu; competência penal; expansão penal; mediação penal; subsidiariedade.

**ABSTRACT:** *This work is based on the relevance of criminal enforcement's subsidiarity and minimum criminal law's theories clashing with Europe's criminal body of law. Therefore, initially it will be traced a framework of European criminal law's expansion, from its creation and effectiveness until the current EU's criminal jurisdiction. Afterwards, the general principles that must be observed during the analysis of EU's criminal law focusing on its subsidiarity will be studied: respectively, EU's Fundamental Rights Charter, the 2011 Commission's communication and the Manifesto on European Criminal Policy. At last, but not at all minimizing the importance of the principles studied, it shall be treated Portugal's criminal mediation for adults as an alternative to classic punitive criminal law and, due to that, means to ensure EU's criminal law subsidiarity. Hence, it will be possible to make conclusions regarding EU's expanding criminal law enforcement and solutions so that this growth does not happen without limitation – in dissonance with the ultima ratio nature of the criminal enforcement.*

**KEYWORDS:** *European Union criminal law; criminal jurisdiction; criminal expansion; criminal mediation for adults; subsidiarity.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. O movimento de expansão do Direito Penal europeu e a capacidade da União Europeia em legislar penalmente; 2. O Direito Penal europeu em confronto com a subsidiariedade da tutela penal; 3. A Mediação Penal como alternatividade ao Direito Penal clássico sancionador; Considerações Finais; Referências.

---

## INTRODUÇÃO

Este trabalho parte da preocupação quanto à expansão do Direito Penal europeu frente à subsidiariedade da tutela penal, em consequência de uma evolução cooperativa que culmina na competência inquestionável da União Europeia em legislar penalmente em um contexto de incremento incriminador e sancionador.

O Direito Penal, devido à sua manifesta gravidade como instrumento estatal de contenção da liberdade do homem – apontada constantemente pela doutrina, deve ser sempre tido como subsidiário. É por esta razão que este trabalho busca responder à pergunta: a partir de quais instrumentos é possível manter a subsidiariedade do Direito Penal em um contexto de expansão do mesmo em espaços regionais tão fortes quanto à própria União Europeia? Podemos obter este resultado favorável apenas a partir da incidência de interpretações principiológicas por parte dos aplicadores do direito? Ou serão necessários outros instrumentos que garantam a alternatividade ao processo penal clássico sancionatório, como a Mediação Penal a partir da legislação portuguesa?

O trabalho almeja alcançar seus resultados a partir de uma pesquisa qualitativa com um raciocínio dedutivo. Assim, parte-se da descrição de um cenário europeu, de forma mais abrangente, a fim de ser possível a análise deste contexto de um Direito Penal e Processual Penal claramente em expansão. Ainda, utiliza-se do método descritivo para avaliar algumas das propostas de caráter mais teórico criadas, seja a partir da legislação europeia ou de sua doutrina, com o fito de refrear uma aplicação exacerbada do Direito Penal. Por fim, ainda em tom descritivo, referimos ao instrumento processual penal da Mediação de Penal de Adultos, consoante disposta na legislação portuguesa, como meio de alternatividade e eventual subsidiariedade àquele Direito Penal e Processual Penal em expansão.

Desta forma, inicialmente será traçado um panorama geral da expansão do Direito Penal europeu, com o objetivo de demonstrar esta evolução que parte de uma comunidade europeia ainda sem competência penal própria e culmina em uma União com competência penal inquestionável.

Ademais, serão tratados instrumentos derivados de Tratados e Comunicados da Comissão da União Europeia, assim como do pensamento doutrinário, referente à necessidade da concreta incidência do Direito Penal como *ultima ratio* a partir da interpretação principiológica casuística.

Por fim, analisar-se-á o instituto da Mediação Penal de Adultos consoante os ditames da Lei nº 21 de 2007, derivada da Decisão Quadro 220 de 2001, como instrumento de desjudicialização capaz de proporcionar uma concreta subsidiariedade do Direito Penal a partir da possibilidade de não dedução da acusação em determinados casos, ainda que presentes

os pressupostos processuais consistentes na existência de indícios suficientes de se ter verificado o crime e de quem foi seu agente, nos termos do artigo 283º do Código de Processo Penal Português. Destarte, será possível traçar as conclusões finais referentes ao estudo realizado.

## **1. O MOVIMENTO DE EXPANSÃO DO DIREITO PENAL EUROPEU E A CAPACIDADE DA UNIÃO EUROPEIA EM LEGISLAR PENALMENTE**

No espaço europeu há um movimento tendencial na construção de um Direito Penal próprio, decorrente de uma evolução que iniciou em Maastricht, Amesterdão, Tampere e, enfim, com o Tratado que estabelece uma Constituição europeia e submete o Direito Penal a uma regra comunitária permitindo que tipos e sanções penais sejam adotados no âmbito da União Europeia.

A expansão do Direito Penal europeu é um processo decorrente de uma evolução histórica a partir de meados do século XX que iniciou com a fortificação dos espaços regionais de cooperação e, mais recentemente, caracterizou-se pela globalização, ampliação dos meios de comunicação e eletrônicos e, com isso, trouxe novas (ao menos inicialmente) formas de criminalidade: caracteristicamente organizada e com índices altíssimos de ocorrência de crimes específicos como terrorismo, corrupção estruturada (estatal e privada), tráfico de seres humanos etc<sup>2</sup>.

Desta forma, a junção entre o fortalecimento do espaço de integração europeu e a necessidade de combate a esta nova criminalidade típica de um mundo globalizado e extremamente tecnológico, resultou na expansão do Direito Penal europeu, ou seja, na expansão de uma legislação penal pensada por e para o espaço europeu<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. *O Direito Penal Europeu Emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p.382.

<sup>3</sup> De relevância ressaltar que a expansão do Direito Penal não é tópico exclusivo da União Europeia. É, de fato, uma realidade compartilhada mundialmente. Neste sentido, Jesús Maria Silva-Sánchez, ao final do século XX constatou que “há uma tendência claramente dominante na legislação com a introdução de novos tipos penais, assim como com a agravamento dos já existentes” e, para o autor, “não é infrequente que a expansão do Direito Penal se apresente como produto de uma espécie de perversidade do aparelho estatal, que buscaria na

Outro fator que contribui para essa expansão do Direito Penal é a crise do Estado de bem-estar social que ocorreu na sociedade pós-industrial europeia, caracterizada por um alto índice de desemprego, migrações e choques culturais. E, neste contexto “aparecem cada vez com maior claridade demandas de ampliação da proteção penal que ponham fim, ao menos simbolicamente, à angústia derivada da insegurança”<sup>4</sup>.

Neste sentido, a União Europeia passa a ter capacidade para legislar penalmente, ainda que dentro do limite dos Tratados e, por esta razão, associada à expansão do movimento penalizador – correspondente ao incremento das condutas criminalizadas e da severidade da persecução penal - passa a ser necessária a compreensão do Direito Penal europeu sob a perspectiva da subsidiariedade do Direito Penal<sup>5</sup>.

Neste trabalho, necessária uma inicial compreensão da evolução histórica do Direito Penal europeu tanto para o entendimento acerca de seu movimento de expansão quanto, e com maior relevância, para analisarmos as formas processuais que podem lhe garantir a subsidiariedade, como é o caso da Mediação Penal de Adultos.

Antes de iniciar a compreensão do surgimento do Direito Penal europeu é necessário entender o próprio espaço de integração na Europa. Inicia-se, após o fim das duas grandes Guerras Mundiais no início do século XX e com o objetivo de organizar os países europeus em torno da paz, sendo o Tratado de Bruxelas de 1948 instrumento relevante neste momento<sup>6</sup>.

---

legislação penal uma solução (aparentemente) fácil aos problemas sociais”. Apesar de Silva-Sánchez considerar essa expansão do Direito Penal “perversa” por ser se tratar de um atalho aos problemas sociais, o autor não nega que a modernização que se deu com o progresso técnico e a globalização gerou, “no âmbito da delinquência dolosa, a adoração de novas técnicas que permitem produzir resultados especialmente lesivos. Ademais, afirma a existência de uma criminalidade organizada que, ao “operar a nível internacional, constitui claramente um dos novos riscos para os indivíduos (e para os Estados)” de maneira a tornar necessário, ao menos em certo nível, este intervencionismo penal (SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas Ediciones, 1999, p.17-22).

<sup>4</sup> Ibidem, p. 30.

<sup>5</sup> RODRIGUES, 2008, p. 382.

<sup>6</sup> EUROPEIA, União. *Tratados da UE*. Disponível em < [https://europa.eu/european-union/law/treaties\\_pt](https://europa.eu/european-union/law/treaties_pt)>. Acesso em: 06 fev. 2018.

A questão econômica é levada a um plano de maior relevância já com os Tratados de Paris de 1951, que instituiu a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, e com os Tratados de Roma em 1957, os quais criaram a comunidade Econômica Europeia e a Comunidade Europeia da Energia Atômica<sup>7</sup>.

É perceptível que a evolução da Comunidade Europeia trouxe como necessidade a simplificação de seu procedimento e, neste sentido, foi assinado o Tratado de Fusão de 1965, o qual criou uma Comissão Única e um Conselho Único para as três Comunidades Europeias existentes até então<sup>8,9</sup>.

No ano de 1975, foi criado o Grupo TREVI (terrorismo, radicalismo, extremismo e violência internacional), reconhecido como o primeiro caso de cooperação em matéria penal. E, em 1986, foi instituído o Ato Único Europeu, responsável por simplificar a tomada de decisões ao instituir a maioria qualificada e preparar as instituições às adesões de Portugal e Espanha, além de trazer a livre circulação de mercadorias, serviços, capitais e pessoas e, por isso, relançar a cooperação judiciária em matéria penal por meio do Grupo de Cooperação Judiciária em matéria penal<sup>10,11</sup>.

Entretanto, é só em 1992 com a assinatura do Tratado de Maastricht que surge um Direito Penal europeu por si mesmo. Este é o tratado responsável por criar a União Europeia, mesmo que ainda existente em concomitância com a Comunidade Europeia, assim como os três pilares

---

<sup>7</sup> Ibidem.

<sup>8</sup> Eram, até então, conforme já referenciado no texto, as Comunidade Econômica Europeia, a Comunidade Europeia de Energia Atômica e a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço.

<sup>9</sup> *Tratados da EU*, op.cit.

<sup>10</sup> Este grupo foi responsável pela elaboração de 05 instrumentos de relevância, nenhum dos quais foi ratificado por todos os Estados-Membros: a Convenção de 25 de maio de 1987 sobre a aplicação do Princípio do *ne bis in dem*; o Acordo de 25 de maio de 1987 sobre a aplicação da convenção do Conselho da Europa sobre transferência de pessoas condenadas; o acordo de 26 de maio de 1987 sobre a simplificação e modernização das formas de transmissão de pedidos de extradição; o Acordo de 06 de novembro de 1990 sobre a transmissão dos processos penais e a Convenção de 13 de novembro de 1992 sobre a execução de condenações penais estrangeiras (RODRIGUES, 2008, p.41).

<sup>11</sup> Ibidem, p. 40-41.

da União: (i) as Comunidades Europeias – pilar relacionado às políticas integradas como política agrícola comum, união alfandegária, mercado interno e euro; (ii) a Política Externa e de Segurança Comum – relativo à cooperação intergovernamental; e, por fim (iii) o pilar de Justiça e Assuntos Internos – este sim sobre a cooperação política e judiciária em matéria penal<sup>12</sup>.

O Direito Penal europeu a partir de Maastricht era baseado na existência de três instrumentos legislativos, todos baseados na iniciativa exclusiva dos Estados-Membros e na possibilidade do direito de veto por parte dos membros do Conselho. Segundo o artigo k. 3, 2, al. a) era possível a adoção de posições comuns, expressas pelos Estados-Membros em organizações e conferências internacionais para demonstrar qualquer cooperação que contribuísse para atingir os objetivos da União. A partir do artigo k. 3, 2, al. b) definiam-se as ações comuns, as quais sempre possuíram um efeito vinculativo duvidoso. E, por fim, se tornou possível a adoção de convenções a partir do artigo k. 3, 2, al. c); o único instrumento cujo efeito vinculativo era indubitado, apesar de dependente de dupla unanimidade em sua elaboração no conselho e em sua ratificação pelos Estados-Membros<sup>13</sup>.

Em 1997 é assinado o Tratado de Amesterdão, o qual, pela primeira vez, tornou nítida a criação de um espaço penal europeu iniciada em Maastricht. Isto pois, para além de um mercado comum, este tratado trouxe a União Europeia como espaço de liberdade, de segurança e de justiça, como fruto de seu objetivo em criar instrumentos que permitissem que a União Europeia enfrentasse os desafios da modernidade, derivados

---

<sup>12</sup> Destaca-se que a separação existente entre os três pilares era o que justificava a existência de regras diferenciadas em questões penais no terceiro pilar em relação às existentes no primeiro pilar, a fim de salvaguardar o poder dos Estados-Membros. Neste sentido trata Anabela Rodrigues: “O terceiro pilar não comportava nem integração, nem, em consequência, cessão de soberania. Tratando-se de uma estrutura intergovernamental de cooperação, partia-se do princípio – apenas – que certas questões relativas à justiça e assuntos internos eram de interesse comum, o que permitia aos Estados-Membros a cooperação em relação a elas, mas não a sua comunitarização” (Ibidem, p. 44).

<sup>13</sup> Ibidem, p. 46; e EUROPEIA, União. *Treaty on European Union: Tratado de Maastricht*. Disponível em: <[https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty\\_on\\_european\\_union\\_en.pdf](https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_on_european_union_en.pdf)>. Acesso em: 06 fev. 2018, p. 131.

da globalização e novas tecnologias, nomeadamente a criminalidade internacional, terrorismo e tráfico de drogas<sup>14;15</sup>.

Neste sentido, se em Maastricht o Direito Penal era alheio à comunidade, em Amesterdão a política criminal passa a se inserir dentro dos valores da União Europeia, como um “projecto comum” entre os Estados-Membros. De modo que não se trata mais de uma cooperação que permite que cada Estado-Membro implemente sua própria política criminal a fim de assegurar o objetivo em comum “mobilidade das pessoas e dos capitais”, mas sim de um Direito Penal a ser adotado em conjunto pelos Estados-Membros a fim de garantir um espaço completamente integrado em termos de segurança e justiça<sup>16</sup>.

Para tanto, em Amesterdão foi previsto como instrumento legislativo a Decisão-Quadro, a qual, mesmo que sem efeito direto, vinculava os Estados-Membros quanto aos resultados a serem alcançados, deixando, entretanto, às instâncias nacionais a competência quanto a forma e aos meios<sup>17</sup>.

As Decisões-Quadro, se ainda dependentes de unanimidade como em Maastricht, podiam ser iniciadas tanto por iniciativa dos Estados-Membros como da Comissão, sendo certo que passou a ter um alcance temático maior do que seus instrumentos legislativos antecedentes ao alcançar matérias como a proteção penal da moeda e do Euro<sup>18</sup>.

O Conselho Europeu de Tampere de 15 e 16 de junho de 1999 foi outro marco essencial na criação e aprofundamento de um Direito Penal europeu. Afinal, é a partir de Tampere que se adota o princípio do reconhecimento mútuo e surge o compromisso de criação do EUROJUST<sup>19</sup>.

<sup>14</sup> Segundo o artigo K. 1º do Tratado de Amesterdão “será objetivo da União facultar aos cidadãos um elevado nível de protecção num espaço de liberdade, segurança e justiça, mediante a instituição de acções em comum entre os Estados-Membros no domínio da cooperação policial e judiciária em matéria penal e a prevenção e combate do racismo e da xenofobia” (EUROPEIA, União. *Tratado de Amesterdão*. 1997. Disponível em <[https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty\\_of\\_amsterdam\\_pt.pdf](https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_of_amsterdam_pt.pdf)>. Acesso em: 05 fev. 2018).

<sup>15</sup> SILVA, Paulo Maycon Costa. O bem jurídico-penal europeu e a competência legislativa em matéria penal na União Europeia. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v.129, n.25, 2017, p.429.

<sup>16</sup> RODRIGUES, op. cit., p.51.

<sup>17</sup> RODRIGUES, 2008, p. 60; e TRATADO DE AMESTERDÃO, 1997.

<sup>18</sup> RODRIGUES, op.cit., p. 60, 300.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 192.

Por meio do princípio do reconhecimento mútuo muda-se a aproximação quanto ao reconhecimento de decisões tomadas por uma autoridade judiciária competente entre os Estados-Membros, que passa a ser “imediatamente, automático, sem condições e sem controlo”<sup>20</sup>. Ademais, concomitantemente a este princípio, reafirmou-se o trabalho de harmonização durante as conclusões do Conselho, relevante para incrementar a possibilidade dos Estados-Membros a serem obrigados a punir determinadas condutas de acordo com a política criminal adotada pela União<sup>21:22</sup>.

A partir do item 46 do Conselho de Tampere foi criada a unidade do EUROJUST “a fim de reforçar a luta contra as formas graves de crime

---

<sup>20</sup> O princípio do reconhecimento mútuo é instrumento próprio dos Estados federalistas, sendo necessário neste modelo estatal a fim de permitir que as decisões dos vários estados federados sejam reconhecidas entre si. Desta maneira, há uma transferência de conceitos com a aplicação desde princípio ao espaço da União Europeia que demanda, devido às características da própria união, uma certa adaptação. Afinal, o reconhecimento mútuo entre estados federados que se encontram em uma posição de inferioridade em relação ao Estado federalista ao qual se submete é diferente de sua aplicação em Estados-Membros, independentes politicamente entre si, ao nível de uma União baseada unicamente em Tratados, ou seja, na própria vontade dos Estados-Membros.

<sup>21</sup> Quanto ao alcance da harmonização penal há de se notar que a doutrina crítica veementemente o trabalho que está sendo feito no sentido de harmonizar as legislações penais nacionais sem que seja proposto um rumo e objetivo específicos para o Direito Penal da União Europeia, de modo a se criar uma miríade de propostas legislativas penais que, muitas vezes, entram em conflito entre si e com outras normas da própria União. Nesse sentido, Anabela Rodrigues propõe que “o que não indica um rumo a saber que é que se quer e como se quer harmonizar.(...) qual é o projecto quanto ao objecto e ao conteúdo da harmonização. A pouca prestabilidade daqueles critérios para definirem o âmbito de uma política criminal europeia ressalta quando se considera que eles deverão funcionar como limite à expansão da harmonização penal” (Ibidem, p. 142). Ademais, consoante o Manifesto Europeu sobre uma Política Criminal Europeia “os instrumentos atuais usados para a harmonização da lei penal da União Europeia já exercem influência substancial nas leis penal e processual penal nacionais, sendo que com os instrumentos conferidos pelo Tratado de Lisboa estes poderes tem a tendência a aumentar. Entretanto, as instituições europeias responsáveis pela política criminal falharam em perceber esta política como autônoma, de modo que não há um conceito coerente de política criminal da união europeia” (INITIATIVE, 2011, p.87). Esta problemática, devido ao enfoque deste trabalho, será aprofundada em tópico específico dada a importância que a harmonização tem em relação à expansão não mesurada do Direito Penal europeu.

<sup>22</sup> RODRIGUES, 2008, p. 69-73.

organizado” e com o objetivo de facilitar a coordenação entre os órgãos executivos nacionais e apoiar as investigações criminais em casos de crime organizado. Neste sentido, considerando a inexistência, ainda atualmente, de competência executiva da União Europeia quanto ao âmbito penal, revela-se a inovação de Tampere ao criar um órgão próprio para ampliar a atuação da União na fase executiva<sup>23;24</sup>.

Em dezembro de 2009, o Direito Penal europeu é intensificado com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, o qual trouxe unidade institucional ao espaço europeu ao deixar existir apenas a União Europeia, não mais a Comunidade; por extinguir os pilares instituídos em Maastricht e definir as Diretivas penais<sup>25</sup>.

É a partir do Tratado de Lisboa<sup>26</sup> em vigor a partir de 2009, que a competência penal da União Europeia passa a ser indiscutível, apesar de limitada pelo próprio Tratado. E, portanto, é marco do ápice da expansão do Direito Penal europeu.

Neste sentido, há uma expansão da competência penal europeia<sup>27</sup> a partir do disposto no artigo 3º, nº 2, do Tratado da União Europeia

<sup>23</sup> Entretanto, há de se apontar que há um caráter facultativo na intervenção do EUROJUST, devido à própria falta de base jurídica (em forma de tratados) que permita conceder a um órgão europeu poder vinculativo sobre autoridades nacionais, que retira a capacidade de uma execução penal coerente à nível europeu (RODRIGUES, 2008, p. 80-81).

<sup>24</sup> TAMPERE, Conselho Europeu. *Conclusões da presidência do Conselho de Tampere 1999*. Disponível em < [http://www.europarl.europa.eu/summits/tam\\_pt.htm](http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_pt.htm)>. Acesso em: 08 fev. 2018, item 46 ss.

<sup>25</sup> CAEIRO, Pedro. A jurisdição penal da União Europeia como meta-jurisdição: em especial, a competência para legislar sobre as bases de jurisdição nacionais. IN: CORREIA, Fernando (org.); MACHADO, Jonatas (org.) et al. *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 193-194.

<sup>26</sup> Fala-se no Tratado de Lisboa, também nomeado Tratado da União Europeia, porém é certo que a atual União Europeia está igualmente fundada neste tratado e no Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), ambos com o mesmo valor jurídico consoante o próprio artigo 1º do Tratado de Lisboa.

<sup>27</sup> A expansão da competência penal da União Europeia não confere a competência para execução de normas penais, a qual continua como exclusiva aos Estados-Membros. A falta de competência executiva da União, que depende dos órgãos executivos de seus Estados-Membros, a partir da internalização dos Direito Penal europeu, leva, em uma primeira aproximação, à conclusão

(Tratado de Lisboa ou TUE), segundo o qual “a União proporciona aos seus cidadãos um espaço de liberdade, segurança e justiça sem fronteiras internas (...), em conjugação com medidas adequadas em matéria de controlos na fronteira externa, de asilo e imigração, bem como de prevenção da criminalidade e combate a este fenómeno”<sup>28</sup>.

Ademais, uma jurisdição penal autónoma da União Europeia é atribuída pelos Estados-Membros a partir dos artigos 82º, nº 2, al. b e artigo 83º, número 2, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). Segundo estes dispositivos, “a cooperação judiciária em matéria penal na União assenta no princípio do reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais e inclui a aproximação das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros nos domínios (...) que tenham sido objeto de medidas de harmonização”, cabendo ao Parlamento Europeu e ao Conselho “prevenir e resolver os conflitos de jurisdição entre os Estados-Membros”.

É nítida a definição e delimitação da competência da União no artigo 83º, nº1, do TFUE, o qual dispõe sobre a capacidade do Parlamento Europeu e do Conselho em adotarem diretivas a fim de “estabelecer regras mínimas relativas à definição das infrações penais e sanções em domínios de criminalidade particularmente grave com dimensão transfronteiriça que resulte da natureza ou das incidências dessas infrações, ou ainda da especial necessidade de combatê-las, assente em bases comuns”<sup>29</sup>.

---

de que, na ausência de transmutação das regras penais contidas em diretivas o Direito Penal europeu perderia sua eficácia. Entretanto, há autores que creem haver eficácia mesmo nestas situações, já que o Tribunal de Justiça da União Europeia consegue, por meio da interpretação de questões submetidas à Corte, lhes dar certa eficácia (SILVA, 2017, p. 429).

<sup>28</sup> EUROPEIA, União. *Tratado de Lisboa: Tratado da União Europeia 2009*. Disponível em < [https://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado\\_Versao\\_Consolidada.pdf](https://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado_Versao_Consolidada.pdf)>. Acesso em: 08 fev. 2018, art. 3º.

<sup>29</sup> Vale ressaltar que, em conformidade com este próprio dispositivo do TFUE, são enumerados os domínios de criminalidade que podem ser passíveis de diretivas penais, ou seja, que estão dentro da competência penal da União. São passíveis de diretivas penais os seguintes domínios de criminalidade: terrorismo, tráfico de seres humanos e exploração sexual de mulheres e crianças, tráfico de droga e de armas, branqueamento de capitais, corrupção, contrafação de meios de pagamento, criminalidade informática e criminalidade organizada. Sendo importante destacar que, devido a inclusão da criminalidade

A fim de ilustrar esta expansão do Direito Penal europeu podemos analisar a criminalização do terrorismo em Portugal em confronto com as legislações internacionais, tanto derivadas da União Europeia, de maior relevância para este trabalho, quanto do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas.

O terrorismo foi criminalizado em Portugal no Código Penal de 1982 (artigo 289º), sendo que, em razão da Decisão-quadro 475/2002, instrumento legislativo próprio da União Europeia, houve a primeira revisão profunda da matéria na legislação portuguesa e a adoção da Lei nº52/2003, de 22 de agosto. Com a alteração, o terrorismo criminalizado em Portugal, mais do que proteger a paz pública interna do Estado, passou a proteger as instituições europeias e os demais Estados-Membros<sup>30</sup>.

Além de haver uma expansão quanto ao objetivo da tutela penal, ocorreram sucessivas expansões com a incriminação dos crimes percussores de segunda à quarta geração entre os anos de 2008 e 2015 e em decorrência de instrumentos comunitários como a Resolução do Conselho das Nações Unidas 1624 de 2005 e a Decisão-Quadro 919/2008. Por conseguinte, de uma primeira geração no qual eram crimes percussores do terrorismo o furto qualificado, o roubo ou a extorsão, passamos a uma quarta geração na qual é precursor de terrorismo o crime cujo tipo objetivo baseia-se apenas na conduta de “viajar”, de modo que o cerne da conduta recai no tipo subjetivo, ou seja, na finalidade com a qual é praticada a conduta<sup>31</sup>.

Portanto, encontramos um quadro de expansão criminal internacional, o qual, a despeito de seu âmbito criminal já amplo o suficiente para incluir condutas objetivas como “viajar” no espectro criminal do

---

organizada como domínio próprio, expande-se amplamente a competência penal da União já que ainda não existe uma definição limitativa do que é criminalidade organizada (RODRIGUES, 2008, p.172).

<sup>30</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo; CAEIRO, Pedro. A Lei de Combate ao Terrorismo (Lei nº52/2003, de 22 de Agosto). *Revista de Legislação e Jurisprudência*, v.135, n. 3935, 2005, p.71-75.

<sup>31</sup> PORTUGAL. *Lei de Combate ao Terrorismo: Lei nº52, de 22 de agosto de 2003*. Disponível em <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=119&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so\\_miolo=>](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=119&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=>)>. Acesso em: 19 abr. 2018, artigos 1º-4º.

terrorismo, caso seja verificado o caráter subjetivo do agente, continua a ser expandido a partir das legislações europeias e internacionais<sup>32</sup>.

Em suma, passa a ser chave para o Direito Penal da União Europeia a cooperação judiciária em matéria penal, obtida por meio do princípio do reconhecimento mútuo e da harmonização das normas nacionais (baseada na adoção de normas mínimas). Fator que, em conjugação com o atual cenário de criminalidade globalizada e organizada, coopera para a expansão de um Direito Penal criminalizador, que busca nas penalidades e tipos penais<sup>33</sup> resposta para a solução de uma sociedade acometida por crimes eminentemente graves como corrupção, terrorismo, tráfico de seres humanos e estupefacientes, lavagem de dinheiro etc.

## **2. O DIREITO PENAL EUROPEU EM CONFRONTO COM A SUBSIDIARIEDADE DA TUTELA PENAL**

A característica gravidade do Direito Penal, como instrumento penalizador, que retira a liberdade do ser humano e o põe sob um foque de luz negativo perante a sociedade, confere-lhe um caráter de subsidiariedade. De modo que apenas possa ser invocado em situações nas quais outros instrumentos do direito não sejam mais capazes de tutelar a situação que se busca proteger. Ou, em outras palavras e de maneira a consubstanciar o

---

<sup>32</sup> DIAS, op. cit., p.81-82; e INITIATIVE, European Criminal Policy. *The Manifesto on European Criminal Policy in 2011*. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201112/20111207ATT33475/20111207ATT33475EN.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2018, p.94.

<sup>33</sup> Devido a diversidade do sistema de penas das legislações nacionais, a União Europeia, antes de Amesterdão, adotava textos que não possuíam grande alcance quanto às sanções penais ao não estabelecer determinado nível de pena para o comportamento criminalizado ou bastar a exigir que as “infrações visadas fossem objeto de sanções efetivas, proporcionadas e dissuasoras” ou, para infrações mais graves, previam que as penas privativas de liberdade pudessem dar lugar à extradição. Após o Tratado de Amesterdão, apesar da União Europeia continuar a adotar o modelo de “penas efetivas, proporcionais e dissuasoras”, passa também a definir limites mínimos para a pena em abstrato máxima. Isto pois, considerando que nem todos os Estados-Membros legislam sobre a penalidade mínima, restaria à União apenas, como caminho para harmonizar de melhor forma as sanções penais, determinar limites à penalidade máxima (RODRIGUES, 2008, p.115-116).

princípio por trás destas conclusões, a característica gravidade do Direito Penal faz com que este apenas possa incidir em *ultima ratio*<sup>34</sup>.

Portanto, ao pensarmos em uma tutela penal que passa a ser aplicada em nível multinacional a partir da legislação penal da União Europeia, tem-se que tomar especial atenção para saber se de fato o Direito Penal está a incidir como *ultima ratio* e de forma proporcional, legal e apenas para proteger direitos fundamentais<sup>35</sup>.

Para a análise do Direito Penal europeu em confronto com a subsidiariedade do Direito Penal serão analisados três universos: legislativo, jurisprudencial e doutrinário<sup>36</sup>. Todos os quais buscam, por meio de princípios gerais do Direito Penal, limitar sua incidência e garantir sua subsidiariedade, de modo a controlar a expansão ilimitada do Direito Penal europeu. Serão tratados, respectivamente, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, a Comunicação do Conselho de 2011 e o Manifesto sobre uma Política Criminal Europeia.

Inicialmente, é relevante tratar a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade no Direito Penal da União Europeia, manifesto no artigo 52º, nº1, da Carta de Direitos Fundamentais da União. Nos termos deste dispositivo, restrições aos direitos e liberdades que são reconhecidos pela Carta devem ser previstas em lei e respeitar seu conteúdo essencial, ou

---

<sup>34</sup> Em congruência com esta linha de pensamento, Ferrajoli defende a racionalização do Direito Penal segundo o modelo de Direito Penal mínimo, de forma que apenas um Direito Penal desburocratizado e aplicado em *ultima ratio*, unicamente para defesa de direitos e bens mais fundamentais pode assegurar o respeito à todas às garantias e assegurar o funcionamento e credibilidade da máquina judiciária (FERRAJOLI, Luigi. Criminalidad y globalización. *Estudios de Derecho*, v. 145, n. LXVI, 2008, p.15-29). Ou seja, tendo em vista a expansão do Direito Penal europeu há de se haver um maior cuidado com a aplicação em *ultima ratio* da tutela penal a fim de garantir não só o respeito à liberdade do homem, mas também a confiança e funcionamento do próprio mecanismo europeu de penalização.

<sup>35</sup> ROXIN, Claus. La positione dela vittima nel sistema penale. *L'indice Penale*, n.XXIII, 1989, p.5-9.

<sup>36</sup> A qualificação destes universos como legislativa, jurisprudencial e doutrinária deve-se ao âmbito de realização das mesmas. Afinal, o primeiro instrumento analisado é derivado de um Tratado entre os Estados-Membros, o segundo é derivado do trabalho da Comissão europeia e que vem a influenciar o trabalho do Tribunal Europeu e, por fim, o ultimo instrumento é um manifesto elaborado por juristas provenientes de diversos Estados-Membros.

seja, observar o princípio da proporcionalidade. Destarte, restrições a estes direitos e liberdades apenas podem ser aplicadas se corresponderem efetivamente aos objetivos da União ou a necessidade de proteção de direitos e liberdades de terceiros<sup>37</sup>.

A Carta de Direitos Fundamentais da União é de relevância na análise do princípio da proporcionalidade também em razão de seu artigo 49º, o qual traz a obrigatoriedade de que o referido princípio seja aplicado nos delitos e nas penas. É em razão deste dispositivo que se aplica a não retroatividade de lei penal mais grave e a proporcionalidade das penas em relação à infração no Direito Penal europeu<sup>38</sup>.

A severidade da tutela penal, por conseguinte, faz com que sejam excluídas condutas que não violem um bem jurídico claramente individualizado, “por mais imorais, a-sociais ou politicamente indesejáveis que se apresentem”. E, em relação aos casos em que seja violado um bem jurídico, mas “a violação possa ser suficientemente controlada ou contrariada por instrumentos não criminais de política social, os instrumentos jurídico-penais também devem ficar fora de questão”<sup>39</sup>.

A despeito da certeza de que princípios clássicos da política criminal nacional, como o da *ultima ratio* e proporcionalidade, devem ser aplicados por reflexão na União Europeia<sup>40</sup>, a análise legislativa por estas bases não é tarefa fácil. Destarte, é de relevância a ação positiva tomada pela Comissão a fim de regularizar esta política: em uma comunicação em 2001, “Towards an EU Criminal Policy”, a Comissão reiterou uma lista de princípios que devem guiar o Direito Penal da União Europeia. Ainda que estes princípios não sejam vinculantes, possuem um caráter influenciador por dois motivos. Em primeiro lugar, porque o papel de rascunhar propostas criminais é, usualmente, da própria Comissão. E, em segundo lugar, porque as Comunicações da Comissão, ainda que não

---

<sup>37</sup> EUROPEIA, União. *Carta de Direitos Fundamentais*. 2000. Disponível em: <[http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf)>. Acesso em: 10 fev. 2018, artigo 52º.

<sup>38</sup> Idem, artigo 49º.

<sup>39</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português: as consequências jurídicas do crime*. Lisboa: AequitasEditorial Notícia, 1993, p.66.

<sup>40</sup> Se não por conta das próprias previsões sobre os mesmos nos Tratados, conforme já supraanalisado.

vinculantes, são referidas perante a *Court of Justice* e, por isso, tendem a guiar o raciocínio do tribunal<sup>41</sup>.

A partir desta Comunicação de 20 de setembro de 2011, a Comissão enfatiza o papel do Direito Penal como método de *ultima ratio*<sup>42</sup> e, a fim de se assegurar disto<sup>43</sup>, propõe uma aproximação em duas etapas: (1) inicialmente, deve ser decidido se irão ser adotadas medidas penais a partir da análise da necessidade e proporcionalidade, verificando-se se é cabível a incidência de outras medidas, como sanções de natureza administrativa ou civil; e (2) em razão de uma diretiva penal não ter consequência direta para o cidadão sem ser transposta para o direito nacional, a segunda etapa da aproximação cuida disto ao estabelecer que as sanções penais a serem aplicadas podem ser definidas pela União como eficazes, proporcionadas e dissuasivas e, por vezes, em casos de criminalidade grave, podem ser definidas mais especificamente com o fim de reduzir as diferenças entre os sistemas penais<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> MIETTINEN, Samuli. *Criminal Law and Policy in the European Union*. Londres: Routledge, 2013, p.119.

<sup>42</sup> A preocupação da Comissão em realizar uma comunicação no sentido de assegurar a subsidiariedade, a proporcionalidade e outros princípios básicos do próprio Tratado da União Europeia é derivado da base jurídica expressa contida no próprio Tratado que confere competência penal para a União através da adoção de diretivas. Neste sentido, percebe-se já de forma inicial que a expansão do Direito Penal europeu não aconteceu sem preocupação por parte dos próprios Estados-Membros. Neste sentido, também, e anterior à certeza de vigência do Tratado de Lisboa, o Manifesto sobre uma política criminal europeia, redigido inicialmente em dezembro de 2009 e constantemente adaptado com os progressos legislativos, o qual ainda será analisado com maior profundidade neste trabalho.

<sup>43</sup> A preocupação desta Comunicação que mais interessa à este trabalho, ou seja, os princípios que devem sustentar a legislação penal da União, é tratado apenas na segunda parte da Comunicação. Isto pois, em primeiro lugar, a comissão reafirma a importância da tutela penal, como forma de reforçar confiança dos cidadãos, aumentar a confiança mútua entre as autoridades judiciais e executivas dos Estados-Membros e prevenir e sancionar graves infrações contra o próprio Direito da União e aquelas que são cometidas de maneira supra-estatal (COMISSÃO, Comunicação da. *Rumo a uma política da UE em matéria penal: assegurar o recurso ao Direito Penal para uma aplicação efectiva das políticas da UE. 20 set. 2011*. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011DC0573&qid=1518522030423&from=EN>>. Acesso em: 13 fev. 2018, p.2-5).

<sup>44</sup> Idem, p. 7-9.

Por fim, antes mesmo da entrada em vigor do Tratado da União Europeia, em dezembro de 2009, um grupo de 14 pesquisadores provenientes de 10 Estados-Membros redigiram o texto do Manifesto por uma política criminal europeia (*The Manifesto on European Criminal Policy*), texto de relevância ao pontuar os princípios que devem guiar qualquer medida criminal e procurar evidenciar o quão importante é uma política criminal europeia homogênea e aplicada com base em objetivos bem delineados. Devido à importância deste texto para o Direito Penal europeu, o mesmo foi atualizado em sua primeira parte a partir da vigência do Tratado da União Europeia e sua segunda parte, como um documento vivo, passou a sofrer variadas atualizações pelos membros da *European Criminal Policy Initiative* (Iniciativa).

A preocupação da *European Criminal Policy Initiative* é derivada do fato de que os instrumentos usados para a harmonização da lei penal europeia, já em 2011<sup>45</sup>, exerciam influência substancial nas leis penal e processual penal nacionais, sendo descrito que “com os instrumentos conferidos pelo Tratado de Lisboa estes poderes tem a tendência a aumentar”. E, de acordo com o Manifesto, “as instituições europeias responsáveis pela política criminal falharam em perceber esta política como autônoma, de modo que não há um conceito coerente de política criminal da União Europeia”<sup>46</sup>.

Neste sentido, enumeram os princípios fundamentais que devem ser reconhecidos como base para todos os instrumentos legais a respeito de medidas criminais, os quais são de extrema relevância para a análise do Direito Penal europeu sob a perspectiva do Direito Penal mínimo. Ou seja, a partir destes princípios é possível fugirmos à expansão descontrolada do Direito Penal europeu e garantir que o mesmo seja aplicado apenas quando essencial a fim de garantir um bem jurídico que não possa ser tutelado por outro ramo do Direito<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> Conforme já explanado, o texto do manifesto sofreu uma grande modificação com a entrada em vigor do Tratado da União Europeia, somada a atualizações variadas em sua segunda parte. Desta forma, faz-se necessário explicar que o texto do Manifesto analisado neste trabalho é referente ao ano de 2011,

<sup>46</sup> INITIATIVE, 2011, p. 87.

<sup>47</sup> O conceito de bem jurídico, conforme proposto por Claus Roxin, é diretamente ligado aos direitos garantidos por uma Constituição. De modo que, em razão

São enumerados e explanados como essenciais os seguintes princípios: necessidade de um objetivo legítimo, princípio da *ultima ratio*, princípio da culpa, princípio da legalidade, princípio da subsidiariedade e princípio da coerência; os quais serão aprofundados em consonância com a aproximação do Manifesto.

Em relação à necessidade de objetivo legítimo a fim de ser justificada uma tutela penal em legislação europeia são enumerados três requisitos para que, concretamente, os poderes legislativos da União em matéria penal apenas sejam exercidos para proteger direitos fundamentais: (1) os interesses tutelados tem de ser retirados da legislação primária da União; (2) as constituições dos Estados-Membros, bem como os princípios fundamentais da Carta de Direitos Fundamentais da união não podem ser violados; e (3) a criminalização não pode causar dano significativo para a sociedade ou para os indivíduos<sup>48</sup>.

A análise do princípio da *ultima ratio* no Direito Penal europeu, por sua vez, vai além de sua incidência normal nos direitos nacionais. A União Europeia, ao colocar o indivíduo como seu foque central, “apenas

---

da missão do Direito Penal constituir em assegurar os cidadãos uma convivência livre e pacífica, o Direito Penal caracteriza-se, por conseguinte, por ser a proteção de bens jurídicos. E estes, por sua vez, correspondem á todas as condições e finalidades necessárias ao livre desenvolvimento do indivíduo, á realização dos seus direitos fundamentais e ao funcionamento de um sistema estatal construído em torno dessa finalidade”. Claus Roxin aponta que a amplitude do conceito de bem jurídico é o fator que muitas vezes lhe confere um papel secundário na análise do Direito Penal. E, para isto, o autor demonstra com casos práticos como a ausência de bem jurídico torna desnecessária a norma penal, aproximando o conceito da realidade (Por exemplo, que há ausência de bem jurídico a ser tutelado penalmente na situação de homossexualidade entre homens adultos e na posse de pornografia juvenil, já que é plenamente possível que jovens não vulneráveis tenham relações sexuais consentidas). No mesmo plano de relevância que o conceito de bem jurídico, encontra-se o princípio de subsidiariedade. Isto pois, o princípio da subsidiariedade, consubstanciado na máxima de que a pena, tida como a mais grave das sanções, só deve ser convocada quando outros meios menos graves se mostrem insuficientes, ocupa o mesmo “plano do princípio do bem jurídico e possui um significado político-criminal equivalente. Por conseguinte, pode reconhecer-se ao Direito Penal a função de “proteção subsidiária de bens jurídicos” (ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, v. 23, n.1, 2013, p.12-25).

<sup>48</sup> INITIATIVE, 2011, p.87.

pode demandar que uma ação seja criminalizada caso necessário para proteger um interesse fundamental e se todas as outras medidas se provarem insuficientes para salvaguardar esse interesse”, já que a sanção penal resulta em estigmatização do indivíduo, o que afeta significativamente os direitos dos cidadãos tutelados pela própria União<sup>49</sup>.

O princípio da culpa, ou da *mens rea*, garante que o Direito Penal seja usado apenas contra condutas que sejam seriamente prejudiciais à sociedade ao tornar a culpa individual repreensível elemento essencial para a criminalização de uma conduta<sup>50:51</sup>.

Dada sua relevância, o princípio da legalidade deriva de variados instrumentos legislativos da União: do artigo 6º, nº3, do Tratado da União Europeia, do artigo 7º, nº1, da Convenção Europeia de Direitos Humanos e do artigo 49º, nº1, da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. Ademais, por sua complexidade, subdivide-se em outros princípios que merecem atenção na análise da incidência de norma penal: (i) a necessidade de uma lei certa, ou seja, de uma lei que permita que os indivíduos possam prever as ações que irão lhes tornar responsáveis criminalmente; (ii) a não retroatividade da lei penal com exceção dos casos em que a lei penal nova é mais benéfica ao arguido; e (iii) a impossibilidade de incidir pena sem lei prévia<sup>52:53</sup>.

O princípio da subsidiariedade, como no caso do Direito Penal como *ultima ratio*, possui uma análise específica ao âmbito da União Europeia. A subsidiariedade para a União faz com que o legislador apenas

---

<sup>49</sup> Ibidem, p. 88.

<sup>50</sup> Não é qualquer culpa que justifica a intervenção penal, mas sim aquela essencialmente repreensível. Ademais, importante notar que a essencialidade da culpa dentro do sistema de sanções da União Europeia (tanto penais quanto administrativas) deriva da própria presunção de inocência contida no artigo 48º, nº 1, da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia,

<sup>51</sup> INITIATIVE, loc.cit.

<sup>52</sup> O último sub-princípio é o responsável por caracterizar de modo geral o princípio da legalidade, ao proibir a existência de pena sem lei prévia. É esta afirmação que torna essencial o processo democrático a fim de tornar legais e constitucionalmente justificáveis as leis penais editadas em um país. Entretanto, a legitimidade democrática ao nível da União Europeia ainda não é incontroversa na doutrina, já que a União não possui um processo legislativo democrático próprio, dependendo, portanto, da legitimação através de seus Estados-Membros (RODRIGUES, 2008, p.239).

<sup>53</sup> INITIATIVE, 2011, p.89-91.

possa tomar medidas criminais se o objetivo almejado não puder ser alcançado de maneira mais efetiva ao nível nacional e se, por sua natureza ou âmbito, puder ser mais bem atingido no nível da União. Ademais, o teste a respeito da subsidiariedade do Direito Penal deve ser realizado em todos os casos concretos, sendo esta análise realizada em consonância com o previsto no Protocolo nº 2 no âmbito do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia<sup>54:55</sup>.

Por fim, o princípio da coerência é aquele necessário para assegurar a aceitação de uma norma criminal e de extrema importância devido ao caráter invasivo do Direito Penal, que torna especialmente importante assegurar que todo sistema criminal seja um sistema coerente. O reflexo deste princípio na União Europeia, para além da relevância da harmonização das normas penais a partir da transposição de instrumentos legislativos europeus, é baseado no fato de que o legislador europeu não pode deixar para segundo plano a coerência das normas penais nacionais, “que constituem parte da identidade dos Estados-Membros e são protegidas pelo artigo 4º, nº2, do Tratado da União Europeia.” Portanto, as penas previstas em diferentes instrumentos da União, sejam elas mínima ou máxima, não podem criar a necessidade de aumento do limite máximo da pena no Direito Penal nacional, de modo a conflitar com o sistema já existente<sup>56:57</sup>.

---

<sup>54</sup> A relevância da incidência do princípio da subsidiariedade, bem como o da proporcionalidade, é evidente a partir da análise do Protocolo nº 2 no âmbito do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, relativo especificamente à aplicação dos princípios da subsidiariedade e proporcionalidade. Isto pois, é a partir deste protocolo que os princípios gerais de subsidiariedade e proporcionalidade tomam forma concreta, passando a ser obrigatoriamente aplicáveis em todas as propostas legislativas (não só penais) e envolvendo, além dos órgãos da União, os parlamentos nacionais.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 90-91.

<sup>56</sup> Esta preocupação da European Criminal Policy Initiative em relação à definição de penas pela União Europeia e sua consequente possibilidade de incoerência em relação aos sistemas nacionais é minimizada ao analisarmos a realidade das atuais Diretivas penais. Afinal, como já estudado anteriormente neste trabalho, de modo geral a União Europeia limita-se a definir as penas como “efetivas, proporcionadas e dissuasoras” e, em casos específicos e limitados de criminalidade grave, definir o limite mínimo das penas máximas.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 91.

Assim, inegáveis os trabalhos no sentido de garantir a subsidiariedade do Direito Penal europeu, em confronto com o panorama anteriormente apresentado de sua expansão. De modo que, a despeito de não se impedir a legislação penal na União Europeia, criem-se barreiras a partir da incidência de princípios gerais, aplicados de modo concreto e caso a caso, a uma criminalização extrema e desconforme com a ideia de *ultima ratio*.

### **3. A MEDIAÇÃO PENAL COMO ALTERNATIVIDADE AO DIREITO PENAL CLÁSSICO SANCIONADOR**

Passamos então, a adentrar especificamente no tópico sobre a Mediação Penal de Adultos portuguesa com o fito de compreender de que forma este instituto processual penal pode ser chave na alternatividade e, enfim, subsidiariedade, para o Direito Penal Europeu em expansão. Destarte, analisar-se-á inicialmente o procedimento da Mediação Penal de Adultos, para então serem especificados os conceitos essenciais derivados deste instituto, como o são a desjudiciarização e a Justiça Restaurativa, assim como o modo pelo qual a Mediação Penal é alternativa ao Direito Penal Europeu e as críticas devidas ao assunto.

A Mediação Penal de Adultos deriva da Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho, de 15 de março de 2001, relativa ao Estatuto da Vítima em processo penal, a qual, em seu artigo 10º exigia que os Estados-Membros promovessem, até 22 de março de 2006, a mediação nos processos penais em infrações que considerem adequadas.

A Mediação Penal de Adultos, nos termos da Decisão-Quadro 2001/220 foi transposta para o sistema penal português a partir da Lei nº 21, de 12 de junho de 2007. O procedimento português para a Mediação Penal de Adultos prevê que a mesma pode acontecer durante a fase processual do inquérito, apenas para crimes que dependam de queixa, caso forem contra a pessoa ou o patrimônio, ou de acusação particular, sendo excluídos os crimes para os quais é previsto pena de prisão maior que cinco anos, crimes contra a liberdade ou autodeterminação sexual, crimes de peculato, corrupção ou tráfico de influência, assim como os casos nos quais o ofendido seja menor de 16 anos de idade e nos quais sejam aplicáveis o processo sumário ou sumaríssimo.

A Mediação Penal depende da atuação do Ministério Público, o qual pode, durante o inquérito, designar um mediador ou, então, da atuação do próprio ofendido e/ou arguido, os quais podem requerê-la de forma espontânea. Em qualquer dos cenários anteriores, cabe ao Ministério Público designar o mediador penal, o qual, por sua vez, entrará em contato com o ofendido e com o arguido a fim de obter o consentimento livre e esclarecido das partes, bem como informar seus direitos e deveres derivados da mediação.

A partir deste ponto dará lugar, extrajudicialmente, a Mediação Penal; a partir da qual o arguido e o ofendido poderão fixar acordo de livre conteúdo, o qual, entretanto, não pode sobremaneira estipular qualquer tipo de sanção privativa de liberdade ou imposição de deveres que ofendam a dignidade da pessoa<sup>58</sup>. Para esta Mediação Penal extrajudicial não haverá pagamento de custas processuais e nas sessões de mediação devem comparecer pessoalmente o mediador, o arguido e o ofendido, podendo estes últimos dois estarem acompanhados de advogado ou advogado estagiário<sup>59</sup>.

Não obstante, ressalta-se que na impossibilidade de obtenção de acordo ou não finalização do processo de mediação no prazo de três meses – prorrogáveis por mais dois meses a pedido do mediador - contados da sua remessa inicial para mediação, é dever do mediador informar a situação ao Ministério Público a fim de que seja dada sequência ao processo penal regular. Ademais, que, a qualquer tempo, pode também haver retorno ao processo penal regular caso ofendido ou arguido revoguem seu consentimento para a participação da mediação; fator este que salienta a natureza consensual da Mediação Penal.

Resultando acordo da mediação, seu teor deverá ser reduzido a escrito em documento com assinatura de ambos, arguido e ofendido, a

---

<sup>58</sup> LEITE, André Lamas. Uma leitura humanista da mediação penal. Em especial, a mediação pós sentencial. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, v. XI, 2014, p.14-17.

<sup>59</sup> Considera-se advogado estagiário em Portugal o graduado em curso universitário (denominado licenciatura em Direito) que esteja em formação para advogado conforme as normas do Regulamento /nacional de Estágio da Ordem dos Advogados (ORDEM DOS ADVOGADOS. *Regulamento Nacional de Estágio*. Disponível em: < <https://portal.oa.pt/media/114701/regulamentonacional-de-estagio.pdf>>. Acesso em: 24 jan. 2019.

fim de ser transmitido pelo mediador ao Ministério Público. Infere-se, a partir da assinatura do acordo, a desistência do direito à queixa por parte do ofendido e não oposição pelo arguido. Sendo que na hipótese de não cumprimento do acordo no prazo fixado, o ofendido tem o direito a renovar a queixa em um mês a fim de reabrir o inquérito. Frisa-se também que pode haver não cumprimento do acordo por parte do ofendido caso este renove sua queixa independentemente do cumprimento do mesmo pelo arguido e que, nesta situação, o Ministério Público será o responsável para análise do ocorrido, podendo recorrer aos serviços de reinserção criminal, órgãos de polícia criminal e outras entidades administrativas.

É pelo fato da Mediação Penal de Adultos ter lugar extrajudicialmente, portanto, que a mesma é meio de desjudiciarização<sup>60</sup>, a qual pode ser tida como meio eficiente de fuga ao Direito Penal clássico e deixá-lo, portanto, como instrumento subsidiário e, de fato, então, como *ultima ratio* para além dos princípios gerais analisados no tópico anterior deste trabalho.

A desjudiciarização, conforme proposto por José de Faria Costa, “tem de ser entendida como a tentativa de solução do conflito jurídico-penal

---

<sup>60</sup> De relevância notar que a desjudiciarização, ou seja, o tratamento extrajudicial de ações criminosas traz como dificuldade a possibilidade de que seja possível afirmar que há a retirada do poder punitivo do Estado. Entretanto, e como proposto por Nils Christie já em 1977, a desjudiciarização pode ser entendida, na realidade, como um retorno do conflito a quem realmente lhe compete. Dado que, segundo o autor, o Estado haveria retirado conflitos puramente pessoais de seus cidadãos a torna-los tipos penais a serem processados sob a égide da justiça estatal (CHRISTIE, Nils. *Conflicts as Property. The British Journal of Criminology*, v.17, n. 1, 1977, p.6). Outra perspectiva para essa problemática é dada pela Doutora Cláudia Cruz Santos, de que não haveria um problema de roubo de conflito pois, concretamente, tratam-se de dois tipos de conflitos diferentes, um de dimensão coletiva e outro de dimensão individual que devem ser tratados em razão de suas particularidades ou seja, respectivamente pelo Direito Penal e pela justiça restaurativa a partir de uma desjudiciarização (SANTOS, Cláudia Cruz. A mediação Penal, a justiça restaurativa e o sistema criminal – algumas reflexões suscitadas pelo anteprojeto que introuza a mediação penal “de adultos” em Portugal. In: COSTA, José de Faria (org.); SILVA, Marco Antônio M. (org.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p.470-471). Percebe-se que a não dedução de acusação, portanto, tem implicações que resultam em uma discussão referente à quem pertence o conflito penal. Discussão esta que, por sua relevância merece um tratamento mais aprofundado que se distancia do objeto desta pesquisa.

fora do processo normal da justiça penal: isto é, de um modo desviado, divertido, face àquele procedimento (...) que tenham lugar antes da determinação ou declaração da culpa, ou depois da determinação da culpa”<sup>61</sup>.

Sendo que um possível instrumento para a desjudicialização passa pela criação de um processo penal conciliatório – como por meio da própria Mediação Penal<sup>62</sup>. A proposta do processo penal conciliatório, conforme Hassemer, sustenta-se na própria ideia de “um sistema penal mínimo, a se fazer por meio de uma legislação criminal subsidiária e fragmentária, isto é, que proteja tão somente aqueles bens jurídicos que os demais ramos do direito se revelarem ineficazes para tutelar”<sup>63</sup>.

A ideia por trás de um processo penal conciliatório é, então, aproximar os sujeitos processuais para que estes, em conjunto, encontrem a melhor solução legal a fim de pacificar a tensão causada pela prática do delito. Serve positivamente, portanto, “tanto em relação às finalidades tradicionais, preventivas, do Direito Penal, quanto ao reestabelecimento da paz jurídico-social e à reabilitação do autor”<sup>64</sup>.

As propostas de diversão, com soluções baseadas em intervenção mínima, não-estigmatização do agente e economia processual, por exemplo, inserem-se em um ambiente sócio jurídico contemporâneo

---

<sup>61</sup> COSTA, José de Faria. Diversão (desjudicialização) e mediação: que rumos? *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v.XLI, 1985, p.106.

<sup>62</sup> Não diminuindo a importância da desjudicialização e, mais especificamente, de um processo penal de consenso por meio da mediação como forma de alternatividade ao Direito Penal clássico, de maneira a garantir a subsidiariedade deste último, é importante ressaltar que o consenso não surge no Direito Penal única e exclusivamente com este objetivo. Ao contrário, o processo penal de consenso se insere em um movimento maior consistente em dar maior relevância à vítima como sujeito processual. É um movimento de duas faces com maior importância nas décadas de 60 e 70 do século passado, o qual, ao mostrar a vítima como sujeito processual que deve ser protegido e cuidado, justifica o incremento punitivo, mas que, por outro lado, permite a criação de instrumentos diversos do Direito Penal clássico, como a mediação penal (LEITE, André Lamas. Alguns claros e escuros no tema da mediação penal de adultos. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, v.24, n.4, 2014, p. 582-592).

<sup>63</sup> HASSEMER, Winfried. La percecucion penal: legalidad y oportunidad. *Revista de Derecho Penal*, n. 2, 2001, p.71.

<sup>64</sup> OLIVEIRA, Rafael Serra. *Consenso no Processo Penal: uma alternativa para a crise do sistema criminal*. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais. Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013, p.61.

que exige uma maior flexibilidade do princípio da legalidade, conforme proposto por Pedro Caeiro, sem que sejam prejudicadas as exigências constitucionais e democráticas de prevenção e defesa de bens jurídicos. Neste sentido, é justamente no espaço da pequena e média criminalidade que o princípio da legalidade será mais limitado nas situações em que as “exigências de prevenção não justifiquem os custos da intervenção do sistema formal típico”<sup>65</sup>.

Ou seja, a diversão por meio da Mediação Penal também pode ser entendida a partir da limitação do princípio da legalidade, na mesma medida em que se confere maior atenção ao princípio da oportunidade, nos casos em que não haja real necessidade para uma intervenção criminal. Ou, em outras palavras, nos casos em que não haja bem jurídico a ser tutelado exclusivamente pelo meio criminal, incidindo nesta análise os princípios enumerados pela *European Criminal Policy Initiative*.

Para mais, a Mediação Penal é instrumento de um movimento maior referente ao pensamento da justiça restaurativa<sup>66;67</sup>. É a partir da

---

<sup>65</sup> CAEIRO, Pedro. Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da “justiça absoluta” e o fetiche da “gestão eficiente” do sistema. *Revista do Ministério Público*, n. 84, 2000, p. 45-47.

<sup>66</sup> No mesmo sentido propõe Anabela Rodrigues que há uma substituição progressiva “de uma justiça penal crassamente punitiva por uma justiça penal restaurativa”. Sendo a Mediação Penal de Adultos instrumento restaurativo que volta-se à “satisfação moral ou material da vítima”, não devendo incidir, entretanto, caso não possibilite a satisfação do “reestabelecimento da confiança e da paz jurídicas abaladas pelo crime e de reabilitação do autor do crime”, finalidades tradicionais do Direito Penal que não devem ser abandonadas (RODRIGUES, 2006, p.131). Saber se a Mediação Penal de Adultos atende ou não às finalidades primárias de prevenção do Direito Penal parece voltar à discussão já proposta em nota de rodapé anterior acerca da desjudicialização possivelmente retirar o conflito do Estado. E, como já analisado, concorda-se com a visão proposta por Cláudia Cruz Santos no sentido de que não há real retirada do poder punitivo do Estado, já que a Mediação Penal é pensada para um conflito diferente daquele que cuida o Direito Penal clássico, ou seja, de que “o crime, enquanto acontecimento histórico uno, pode ter várias dimensões e suscitar problemas diversos, a que distintos sistemas devem dar respostas” (SANTOS, Cláudia Cruz. Um crime, Dois Conflitos. E a questão revisitada do “roubo do conflito” pelo Estado. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, v.17, n. 3, 2007, p.472).

<sup>67</sup> SANTOS, Cláudia Cruz. A mediação penal: uma solução divertida? In: FRANCO, Alberto (org.) et al. *Justiça Penal Portuguesa e Brasileira: tendências de*

justiça restaurativa que uma parte do poder em relação à resolução do conflito penal é atribuída aos seus autores, “uma experiência de justiça conformada, uma parcela de autonomia que joga bem com a democracia e que, aliás, tem sido uma das razões – se não a principal, pela qual o movimento é, em regra, bem acolhido pelos órgãos decisórios dos Estados”<sup>68</sup>.

Ainda neste sentido, aponta Raffaella Pallamolla<sup>69</sup>, que apesar da Justiça Restaurativa possuir um conceito aberto e fluído, o qual varia conforme as experiências restaurativas praticadas, é possível afirmar que há em comum aos conceitos encontrados a noção de “encontro, reparação e transformação”.

Por conseguinte, a Mediação Penal de Adultos, ao propor uma forma eminentemente voluntária<sup>70</sup> de participação pelos sujeitos processuais (os quais inclusive podem renunciar a qualquer momento ao seu consentimento) na qual almeja-se encontrar uma solução consensual para a resolução do conflito penal a partir de sessões de encontro pessoais entre o ofendido e o arguido com o objetivo concreto de encontrar uma imposição que – para além de prevenir como em uma função da pena regular no curso do processo penal - repare o dano sofrido, pode ser entendida como instrumento da Justiça Restaurativa.

Anota-se ainda neste sentido que, em razão de como está prevista na Lei nº21 de 2007 em Portugal, a Mediação Penal de Adultos pode ser classificada como uma modalidade restaurativa em um verdadeiro *dual track model* ao operar “lado a lado” com o sistema de justiça criminal e, ao mesmo tempo, manter uma independência normativa em relação àquele. Neste modelo também, como visualizamos na Mediação Penal, há uma “cooperação eventual entre os sistemas através de passagens que permitem aos participantes mudar de um sistema para o outro”<sup>71</sup>.

---

*reforma*. São Paulo: IBCCRIM, 2008, p.36.

<sup>68</sup> LEITE, André Lamas. Justiça *prêt-à-porter*? Alternatividade ou Complementaridade da mediação Penal à luz das Finalidades do Sancionamento. *Revista do Ministério público*, v.30, n. 117,2009, p.90.

<sup>69</sup> PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p.54 ss; 106.

<sup>70</sup> A importância da voluntariedade para mecanismos restaurativos também é apontada em PALLAMOLLA, 2009, p.83.

<sup>71</sup> PALLAMOLLA, 2009, p. 85.

Portanto, a partir da incidência da Mediação Penal torna-se possível, mais que ganhos econômicos, ganhos para o agente da infração, o qual acaba por não ter contato com o sistema penal ou mesmo um contato mais intenso com as instâncias formais de controle, para a vítima que sofre a reparação dos danos sofridos e, inclusive, para a comunidade, a qual é beneficiada a partir de uma pacificação social feita entre iguais por meio de um processo participativo<sup>72</sup>.

Nestes termos, a partir da Mediação Penal como meio alternativo ao processo penal regular sancionador, baseado amplamente em penas privativas de liberdade e na estigmatização dos agentes envolvidos, pode-se chegar a uma solução divertida e mais benéfica para todos os envolvidos<sup>73</sup>. Em suma, e como proposto por Cláudia Santos são, ainda, as ideias de *ultima ratio* e de subsidiariedade que se perseguem com a Mediação Penal e a justiça restaurativa<sup>74</sup>.

Entretantes, conforme analisado previamente acerca da competência penal da União Europeia, a Decisão-Quadro 2000/220/JAI apenas estabelece o mínimo que deve ser adotado pelos Estados-Membros. Desta forma, e conforme já supratratado, a referida Decisão-Quadro tão-somente traz em seu 10º artigo uma estipulação geral de que haja o esforço por parte de cada Estado-Membro para promover a Mediação Penal nas infrações que considere adequadas e que sejam válidos quaisquer acordos entre a vítima e o autor da infração. Enquanto, por outro lado, a Lei nº 21 de 2007 vai além e expande as noções com relação ao âmbito de incidência, procedimento etc.

---

<sup>72</sup> SANTOS, 2006, p. 380-381.

<sup>73</sup> Outra questão que se coloca é a real utilização do instrumento de Mediação Penal de Adultos no sistema judiciário português. Neste sentido, de acordo com os dados disponibilizados pela Direcção-Geral da Política da Justiça (DGPJ), apenas tiveram 05 casos de mediação penal no ano de 2014; não havendo outros (DGPJ, 2015). Ademais, conforme análise estatística realizada por Leonel M. dos Santos, baseado nos dados disponibilizados pela DGPJ, a Mediação Penal de Adultos é aplicada quase que exclusivamente para crime de ofensas à integridade física simples, ameaça e difamação; sendo certo de que há uma baixa taxa de sucesso de 25% dentre os anos de 2008 à 2012 (M. DOS SANTOS, Leonel. *Justiça Restaurativa: a mediação em processo penal em Portugal até 2012*. Dissertação de Mestrado em ciências jurídico-criminais. Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2013, p.47-49).

<sup>74</sup> SANTOS, 2008, p.41.

Neste sentido, pode-se criticar que, por se tratar de um instrumento aplicável nestes moldes apenas a Portugal e não a toda a União Europeia, não seria de fato capaz de conter a analisada expansão do Direito Penal europeu. Entende-se, entretanto, que apenas a relevância dada pela Decisão-Quadro à Mediação Penal já é, por si, importante ao trazer esta forma eminentemente alternativa ao processo penal regular sancionador<sup>75-76</sup>.

Por conseguinte, a Mediação Penal de Adultos, por ser um meio de desjudicialização e alternatividade, em princípio previsto nos próprios quadros legislativos da União Europeia e passível de maior exploração pelos Estados-Membros, é capaz de ser percebida como

---

<sup>75</sup> Também neste sentido entendemos que a limitação da Mediação Penal de Adultos em Portugal para crimes cuja pena em abstrato não exceda à 05 anos de prisão, para além de excetuar os casos de criminalidade grave em razão do tipo objetivo ou subjetivo - por serem contra a liberdade ou autodeterminação sexual ou envolverem ofendidos menores de 16 anos, por exemplo, também não diminui a relevância deste instrumento como meio de alternatividade a um Direito Penal sancionador em expansão. Ou seja, a Mediação Penal de Adultos pode não incidir nos casos de crimes cujos bens jurídicos coletivos com dignidade penal estão a ser incluídos cada vez mais nos instrumentos da União Europeia, mas como um procedimento que surge por si mesmo em uma Decisão-quadro tem sua própria relevância como meio divertido de resolução do conflito penal.

<sup>76</sup> Ressalta-se também que, apesar de serem válidas as críticas no sentido de que a justiça restaurativa pode sim ter como consequência indireta e informalizada a expansão do Direito Penal (como em razão do fato de permitir uma ênfase na vingança privada, já que a vítima como sujeito envolvido no conflito não tem “capacidade de sublimação (...) e acaba por internalizar desejos de vingança, respondendo irracionalmente (desproporcionalmente) ao agressor” (CARVALHO, Salo. Considerações sobre as Incongruências da Justiça Penal Consensual retórica garantista, prática abolicionista. In: CARVALHO, Salo (org.) e WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2002, p. 147), não é apenas pelo fato da Mediação Penal de Adultos ser uma forma de justiça restaurativa que a vemos como um instrumento positivo no que toca à alternatividade e assegurar da subsidiariedade do direito penal. A vemos como tal, em realidade, porque a mediação penal, apesar de propor um acordo de livre estipulação entre as partes, em Portugal, limita o conteúdo do mesmo para que não haja incidência de penas restritivas de liberdade ou que atentem contra a dignidade da pessoa.

instrumento capaz de contradizer ou, ainda mais a fundo, conter o Direito Penal europeu em expansão.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em primeiro lugar, perceptível a existência de uma expansão do Direito Penal europeu sob duas perspectivas: (1) inicialmente, a partir da construção de um Direito Penal europeu autônomo e forte no sentido de assegurar, ao final (atual) de uma evolução do espaço regional europeu, uma União com competência própria em matéria penal e a vigência de ideais de harmonização; (2) ainda, um Direito Penal europeu caracterizado por uma incriminação progressiva de condutas e agravamento da persecução penal.

Ademais, que a relevância do tratamento do Direito Penal europeu a partir da perspectiva da subsidiariedade da tutela penal não é novidade para a doutrina ou para a própria União Europeia. Afinal, seja por parte de iniciativas como a dos juristas membros da *European Criminal Policy Initiative*, da Comissão ou mesmo dos Estados-Membros em virtude da vigência do Tratado de Direitos Fundamentais da União Europeia, a subsidiariedade do Direito Penal não é relevada a um segundo plano e continua como elemento interpretativo essencial para a validade e vigência das normas penais.

Por fim, que o instituto da Mediação Penal de Adultos, especialmente como concebido na Lei nº21/2007 em Portugal, é alternativa viável ao Direito Penal clássico sancionador ao permitir que determinados crimes de pequena e média criminalidade sejam resolvidos fora do processo penal, a partir de uma solução conciliatória entre o ofensor e a vítima e de maneira a evitar a pena privativa de liberdade, ou seja, a sanção clássica do Direito Penal que lhe confere o caráter de subsidiariedade.

## REFERÊNCIAS

CAEIRO, Pedro. A jurisdição penal da União Europeia como meta-jurisdição: em especial, a competência para legislar sobre as bases de jurisdição nacionais. In: CORREIA, Fernando (org.); MACHADO, Jonatas (org.) et al. *Estudos em*

*homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 179-210.

CAEIRO, Pedro. Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da “justiça absoluta” e o fetiche da “gestão eficiente” do sistema. *Revista do Ministério Público*, Portugal, n. 84, p. 31-47, 2000.

CARVALHO, Salo. Considerações sobre as Incongruências da Justiça Penal Consensual retórica garantista, prática abolicionista. In: CARVALHO, Salo e WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2002.

CHRISTIE, Nils. Conflicts as Property. *The British Journal of Criminology, Oxford*, v. 17, n. 1, p. 1-15, 1977. <https://doi.org/10.4324/9781351150125-2>

COMISSÃO, Comunicação da. Rumo a uma política da UE em matéria penal: assegurar o recurso ao Direito Penal para uma aplicação efectiva das políticas da UE. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011DC0573&qid=1518522030423&from=EN>>. Acesso em: 13 fev. 2018.

COSTA, José de Faria. Diversão (desjudicialização) e mediação: que rumos?. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra*, v. XLI, 1985.

DIAS, Jorge de Figueiredo; CAEIRO, Pedro. A Lei de Combate ao Terrorismo (Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto). *Revista de Legislação e Jurisprudência*. v.135, n. 3935, p.73-89, 2005.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português: as consequências jurídicas do crime*. Lisboa: Aequitas Editorial Notícia, 1993.

DGPJ. Dados Estatísticos sobre Mediação Penal da Direcção-Geral da Política de Justiça. Disponível em <[http://www.dgpj.mj.pt/sections/informacao-e-eventos/2015/numeros-dos-sistemasde/downloadFile/attachedFile\\_f0/20150706\\_MediacaoPublica2.pdf?nocache=1436282104.34](http://www.dgpj.mj.pt/sections/informacao-e-eventos/2015/numeros-dos-sistemasde/downloadFile/attachedFile_f0/20150706_MediacaoPublica2.pdf?nocache=1436282104.34)>. Acesso em: 07 mai. 2018.

FERRAJOLI, Luigi. Criminalidad y globalización. *Estudios de Derecho*, v. 145, n. LXVI, p.15-29, 2008.

HASSEMER, Winfried. La percecucion penal: legalidad y oportunidad. *Revista de Derecho Penal*, n.2, 2001.

INITIATIVE, European Criminal Policy. *The Manifesto on European Criminal Policy in 2011*. <https://doi.org/10.5235/219174411798862659>

LEITE, André Lamas. Alguns claros e escuros no tema da Mediação Penal de adultos. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, v. 24, n. 4, p. 577-613, 2014 (a).

LEITE, André Lamas. Justiça *prêt-à-porter*? Alternatividade ou Complementaridade da Mediação Penal à luz das Finalidades do Sancionamento. *Revista do Ministério público*, v.30, n. 117, p.85-126, 2009.

LEITE, André Lamas. Uma leitura humanista da Mediação Penal. Em especial, a mediação pós sentencial. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, v. XI, p. 9-332, 2014 (b).

M. DOS SANTOS, Leonel. *Justiça Restaurativa: a mediação em processo penal em Portugal até 2012*. Dissertação de Mestrado em ciências jurídico-criminais.. Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2013.

MIETTINEN, Samuli. *Criminal Law and Policy in the European Union*. Londres: Routledge, 2013.

OLIVEIRA, Rafael Serra. *Consenso no Processo Penal: uma alternativa para a crise do sistema criminal*. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

RODRIGUES, Anabela Miranda. A propósito da introdução do regime de mediação no processo penal. *Revista do Ministério Público*, v.27, n. 105, p.129-134, 2006.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *O Direito Penal Europeu Emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, v.23, n.1, p.7-43, 2013.

ROXIN, Claus. La posizione della vittima nel sistema penale. *L'indice Penale*, n. XXIII, p. 5-18, 1989.

SANTOS, Cláudia Cruz. A Mediação Penal, a justiça restaurativa e o sistema criminal – algumas reflexões suscitadas pelo anteprojecto que introduz a Mediação Penal “de adultos” em Portugal. In: COSTA, José de Faria (org.); SILVA, Marco Antônio M. (org.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 373-398.

SANTOS, Cláudia Cruz. A Mediação Penal: uma solução divertida? In: FRANCO, Alberto (org.) et al. *Justiça Penal Portuguesa e Brasileira: tendências de reforma*. São Paulo: IBCCRIM, 2008, p.31-42.

SANTOS, Cláudia Cruz. Um crime, Dois Conflitos. E a questão revisitada do “roubo do conflito” pelo Estado. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, v.17, n. 3, p. 459-474, 2007.

SILVA, Paulo Maycon Costa. O bem jurídico-penal europeu e a competência legislativa em matéria penal na União Europeia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 129, n. 25, p. 409-434, 2017.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas Ediciones, 1999.

TAMPERE, Conselho Europeu. *Conclusões da presidência do Conselho de Tampere*. 1999. Disponível em < [http://www.europarl.europa.eu/summits/tam\\_pt.htm](http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_pt.htm)>. Acesso em: 08 fev. 2018.

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

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

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

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

### Dados do processo editorial

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

- Recebido em: 27/08/2018
- Aviso de deslocamento ao V5N1: 31/08/2018
- Controle preliminar e verificação de plágio: 28/10/2018
- Avaliação 1: 09/11/2018
- Avaliação 2: 11/11/2018
- Avaliação 3: 20/11/2018
- Decisão editorial preliminar: 22/01/2019
- Retorno rodada de correções: 04/02/2019
- Decisão editorial final: 05/02/2019

### Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-associado: 1 (ELL)
- Editor-assistente: 1 (MJV)
- Revisores: 3

### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

SANTOS, Marina O. T. A expansão do Direito Penal europeu frente à subsidiariedade da tutela penal: alternativa a partir da Mediação Penal de Adultos portuguesa. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 219-251, jan./abr. 2019.  
<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.189>



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



# Um “tribunal orientado para a vítima”: o minimalismo de Nils Christie e as suas contribuições à justiça restaurativa

*A “victim-oriented court”: Nils Christie’s minimalism  
and its contributions to restorative justice*

**Eduardo Bolsoni Riboli<sup>1</sup>**

Universidade de Lisboa – Portugal

eduardoriboli@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/9159008933150913>

 <http://orcid.org/0000-0002-8691-3390>

---

**RESUMO:** Partindo de ideias defendidas por Nils Christie como a noção de que toda pena é uma imposição intencional de dor, do “roubo do conflito” pelo Estado e da necessidade de integração comunitária para a criação e o reforço de valores sociais essenciais para a consolidação de um senso de justiça, o presente estudo tem como principal objetivo analisar pormenorizadamente as contribuições do referido autor à justiça restaurativa hodierna. Mediante uma pesquisa exploratória e descritiva realizada a partir de revisão bibliográfica e documental nacional e internacional, propomo-nos a analisar o problema da possibilidade de elaboração e aplicação de métodos alternativos de solução de conflitos criminais. Verificar-se-á como a vítima pode reconquistar o protagonismo no processo de solução de conflitos, através do que Christie denominou “tribunal orientado para a vítima”: um sistema humanitário de solução

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito (Ciências Jurídico-Criminais) pela Universidade de Lisboa (Portugal). Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra (Portugal), em 2017. Especialista em Direito Penal e Política Criminal: Sistema Constitucional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS (Brasil), em 2017. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS (Brasil), em 2013. Membro (bolsista pela FCT) do Ratio Legis – Centro de Investigação e Desenvolvimento em Ciências Jurídicas da Universidade Autónoma de Lisboa (Portugal).

de conflitos criminais que possibilita à vítima a efetiva realização de justiça. Demonstrar-se-á como as ideias desenvolvidas pelo criminólogo norueguês influenciaram o paradigma atual de justiça restaurativa. Ao final, mediante abordagem crítica, analisar-se-á a compatibilidade da prática restaurativa portuguesa denominada mediação penal “de adultos” com os fundamentos do paradigma restaurativo e os ideais defendidos por Christie.

**PALAVRAS-CHAVE:** minimalismo penal; Nils Christie; tribunal orientado para a vítima; justiça restaurativa; mediação penal de adultos.

**ABSTRACT:** *Starting from ideas defended by Nils Christie as the notion that all punishment is an intentional imposition of pain, the fact that the State has stolen the conflict from the victim and the need for community integration for the creation and strengthening of social values essential for the consolidation of a sense of justice, the present study aims to analyze in detail the contributions of the aforementioned author to restorative justice. Through exploratory and descriptive research based on national and international bibliographic and documentary revision, we propose to analyze the problem of the possibility of elaboration and application of alternative methods of solving criminal conflicts. It will be verified how the victim can regain their role in the conflict resolution process, through what Christie has called a “victim-oriented court”: a humanitarian system for solving criminal conflicts that enables the victim to effectively carry out justice. We show how the ideas developed by the Norwegian criminologist influenced the current paradigm of restorative justice. At the end, through a critical approach, we will analyze the compatibility of the Portuguese restorative practice called “adult” criminal mediation with the foundations of the restorative paradigm and Christie’s ideals.*

**KEYWORDS:** *penal minimalism; Nils Christie; victim-oriented court; restorative justice; adult criminal mediation.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. O abolicionismo penal e as contribuições de Nils Christie; 1.1. O(s) abolicionismo(s) penal(is); 1.2. A teoria minimalista de Nils Christie; 2. A proposta de Nils Christie para a solução de conflitos criminais; 2.1. Premissas; 2.1.1. A necessidade de estreitamento dos laços sociais; 2.1.2. O “roubo do conflito” pelo Estado; 2.2. O “tribunal orientado para a vítima” de Nils Christie como uma nova forma de solução de conflitos; 3. Contributos da teoria minimalista de Nils Christie para as práticas restaurativas penais; 3.1. A justiça restaurativa; 3.2. A influência dos ideais de Nils Christie no atual paradigma restaurativo; 3.3. Notas sobre a mediação penal de adultos em Portugal; Considerações finais; Referências.

## INTRODUÇÃO

Por desenvolver ideias que possibilitaram repensar o modelo tradicional de justiça penal e elaborar meios alternativos de solução de conflitos criminais — como a necessidade de busca de *alternativas à punição* e não *punições alternativas*<sup>2</sup> e a *devolução* dos conflitos à vítima através de tribunais comunitários —, Nils Christie é hoje uma das principais referências na literatura dedicada ao estudo da justiça restaurativa<sup>3</sup>.

Partindo inicialmente dos conceitos desenvolvidos por Nils Christie de que a pena é uma imposição intencional de dor, da necessidade de união comunitária para o fortalecimento de valores sociais e do “roubo do conflito” pelo Estado, o presente estudo tem por objetivo expor pormenorizadamente as ideias centrais da teoria minimalista de Christie, de modo a responder

---

<sup>2</sup> “One of the rules would then be: If in doubt, do not pain. Another rule would be: Inflict as little pain as possible. Look for *alternatives to punishments, not only alternative punishments*. It is often not necessary to react; the offender as well as the surroundings know it was wrong” (“Uma das regras seria: se em dúvida, não infligir dor. Outra regra seria: infligir o mínimo de dor possível. Busque *alternativas à punição, não somente punições alternativas*. Muitas vezes não é necessário reagir; o ofensor, assim como aqueles que estão ao seu redor, têm ciência do erro”) (CHRISTIE, Nils. *Limits to Pain: The Role of Punishment in Penal Policy*. Eugene: Wipf and Stock Publishers, 2007, p. 11 — tradução e destaques nossos).

<sup>3</sup> Inegavelmente assim considerado por investigadores dedicados ao estudo da justiça restaurativa e do abolicionismo penal. A título de exemplo, Howard Zehr, reconhecido pela doutrina como um dos fundadores do modelo contemporâneo de justiça restaurativa, presta agradecimentos específicos à Nils Christie no prefácio de sua célebre obra “Changing lenses: a new focus for crime and justice”, reconhecendo que as contribuições deste autor o ajudaram “a apontar um caminho” (ZEHR, Howard. *Changing lenses: a new focus for crime and justice*. Scottsdale: Herald Press, 1990, p. 11). Van Ness e Karen Strong também apontam a relevância do pensamento de Nils Christie para a estruturação do pensamento restaurativo atual (NESS, Daniel W. Van; STRONG, Karen Heetderks. *Restoring justice: an introduction to restorative justice*. 4<sup>th</sup> ed. New Providence: LexisNexis, 2010, p. 13). Assim também reconhece Tony Marshall (em MARSHALL, Tony. *The evolution of restorative justice in Britain*. *European Journal on Criminal Policy and Research*, The Hague, Amsterdam, New York, v. 4, n. 4, p. 21-43, 1996, p. 36). Destaque também apontado, entre inúmeros outros teóricos, por CARRIER, Nicolas; PICHÉ, Justin. *The State of Abolitionism*. *Champ Pénal/Penal Field*, Paris, v. XXI, 2015; e SANTOS, Cláudia Cruz. *A justiça restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp. 61-72.

aquele que é um dos questionamentos mais inquietantes em tema de direito penal e processo penal hodiernamente: diante do fracasso do atual sistema de justiça penal e da pena de prisão, é possível elaborar (e aplicar) métodos alternativos de solução de conflitos criminais? Em segundo lugar, analisaremos se é possível cogitar um modelo em que a vítima assuma o protagonismo do processo de solução de seu conflito e verificaremos como ela, em um encontro junto ao ofensor e a outros membros da comunidade, pode encontrar a solução que julga mais adequada ao seu caso.

Trata-se de uma pesquisa exploratória e descritiva, efetuada a partir de revisão bibliográfica e documental nacional e internacional, reservada a abordar conceitos fundamentais do abolicionismo penal para a correta compreensão da dimensão do problema e avançar nos conceitos centrais do minimalismo de Nils Christie para o enfrentamento e solução da problemática proposta.

Este estudo tem como objetivo expor as ideias centrais da teoria abolicionista (minimalista) desenvolvida por Nils Christie e demonstrar como a sua teoria contribuiu para estruturar a justiça restaurativa. Ao final, é realizada análise crítica acerca da influência dos ideais de Christie na prática restaurativa no ordenamento jurídico português denominada mediação penal “de adultos”.

## 1. O ABOLICIONISMO PENAL E AS CONTRIBUIÇÕES DE NILS CHRISTIE

### 1.1. O(s) ABOLICIONISMO(S) PENAL(IS)

Foi com forte influência das observações apontadas pelas teorias sociológicas do crime e pela criminologia crítica da década de 60 do século XX — sobretudo a inquietude quanto à origem do crime, o curioso fenômeno da *deviance* e as mazelas provocadas pelas instâncias (in)formais de controle e pelo sistema penal *lato sensu*<sup>4</sup> — que as teorias criminológicas abolicionistas se desenvolveram.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> ANDRADE, Manuel da Costa; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Criminologia: O Homem Delinvente e a Sociedade Criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 41 e ss.

<sup>5</sup> Cf. BAILONE, Matías. En busca de una sensata cantidad de abolicionismo: de la conciencia política al desarrollo académico. In: POSTAY, Maximiliano E.

Assim como as correntes da criminologia crítica, as teorias abolicionistas também se apresentam de maneira pluriforme e variam de acordo com a realidade social e jurídica do local onde foram desenvolvidas. Para determinados autores, a pluralidade de teorias abolicionistas e a multiplicidade de críticas e contribuições delas oriundas acabam por tornar o termo *abolicionismo* polissêmico<sup>6</sup>, pois o abolicionismo nem sempre é voltado unicamente ao campo penal<sup>7</sup>. Bianchi expõe com agudeza esta amplitude de significados ao optar por definir o abolicionismo como um sintoma da tendência natural humana em eliminar e lutar contra os fenômenos ou instituições de natureza social, política ou religiosa que, em uma determinada época, são considerados injustos ou equivocados.<sup>8</sup> Verificamos no abolicionismo esta mesma abrangência e concordamos com Vincenzo Ruggiero quando pontua que o abolicionismo não é somente uma estratégia ou então um conjunto de ideias ou reivindicações que têm como objetivo a redução ou supressão da prisão, é também uma perspectiva, uma abordagem, uma ideia, uma filosofia.<sup>9</sup> Abolicionismo

---

(comp.). *El abolicionismo penal en América Latina: imaginación no punitiva y militancia*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2012, p. 104; COHEN, Stan. Introducción. In: CIAFARDINI, Mariano Alberto; BONDANZA, Mirta Lilián (orgs.). *Abolicionismo Penal*. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anonima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 1989, p. 13; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução: Vania Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, pp. 60, 88-89, 97; LARRAURI, Elena. *La herencia de la criminología crítica*. 2ª ed. México: Siglo XXI Editores, 1992, p. 197 e ss.; ANDRADE, Manuel da Costa; DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 243 e ss; PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009, pp. 37-41.

<sup>6</sup> CARRIER, Nicolas; PICHÉ, Justin. Op. cit.

<sup>7</sup> Como explicam Nicolas Carrier e Justin Piché, o(s) abolicionismo(s) nem sempre é(são) limitado(s) ao campo penal, e quando o é(são) há uma distinção de suas vertentes no que toca às críticas entre a prisão, pena e cárcere, o que por vezes inclusive pode acarretar em uma ideia errônea de que uma teoria sucede a outra, quando na verdade elas em sua maior parte são concomitantes (cf. CARRIER, Nicolas; PICHÉ, Justin. Op. cit.).

<sup>8</sup> BIANCHI, Herman Thomas. Abolitionism in the Past, Present and Future. In: LASOČIK, Zbigniew; PLATEK, Monika; RZEPLIÁŃSKA, Irena (Ed.). *Abolitionism in History: On Another Way of Thinking*. Warszawa: Instytut Profilaktyki Społecznej i Resocjalizacji Uniwersytetu Warszawskiego, 1991, p. 29.

<sup>9</sup> RUGGIERO, Vincenzo. The Legacy of Abolitionism. *Champ Pénal/ Penal Field*, Paris, v. XXI, 2015; RUGGIERO, Vincenzo. An abolitionist view of restorative

é, ao final, uma *postura*, é o ato de dizer “não!” ao sofrimento e às instituições injustas ou cruéis, como defende Mathiesen<sup>10</sup>. Ater-nos-emos, no presente estudo, às contribuições derivadas do desenvolvimento das múltiplas teorias abolicionistas críticas do sistema penal *lato sensu*<sup>11</sup>.

Mesmo não havendo um verdadeiro consenso doutrinário quanto à classificação das teorias abolicionistas, admite-se a sua divisão em duas grandes vertentes: (a) o abolicionismo (ou abolicionismo radical), que visa a completa extinção do sistema penal e a sua substituição por outro sistema que seja efetivamente justo e não cause sofrimento; e (b) o minimalismo, em suas diferentes ramificações<sup>12</sup>, que em sentindo amplo visa limitar ao máximo a atuação do sistema penal tradicional e a violência por ele causada, sugerindo novos meios de solução de conflitos, porém ao mesmo tempo reconhecendo a necessidade de manutenção

---

justice. *International Journal of Law, Crime and Justice*, Amsterdam, v. 39, n. 2, p. 100-110, 2011, pp. 100-101.

<sup>10</sup> MATHIESEN, Thomas. The Abolitionist Stance. *Journal of Prisoners on Prisons*, Ottawa, v. 17, n. 2, p. 58-63, 2008, p. 58.

<sup>11</sup> Com especial dedicação à teoria abolicionista minimalista de Nils Christie.

<sup>12</sup> De acordo com Vera Regina Pereira de Andrade, o minimalismo pode ser classificado em três vertentes: (a) o minimalismo como meio para o abolicionismo radical; (b) o minimalismo como fim em si mesmo; e (c) o minimalismo como reforma penal. O primeiro diz respeito aos modelos que apostam no minimalismo a curto e médio prazo como um meio para concretizar o ideal abolicionista, partindo-se do pressuposto de aceitação da deslegitimação do sistema penal e de sua crise estrutural, as quais não poderiam ser revertidas no presente nem no futuro. Seus principais defensores são Alessandro Baratta e Eugenio Raúl Zaffaroni. O segundo, que tem como um de seus expoentes defensores Luigi Ferrajoli, também parte da aceitação da deslegitimação do sistema penal, porém aposta na sua relegitimação sob o viés do direito penal mínimo, este pautado na racionalidade jurídico-penal, na limitação do poder punitivo e na efetiva tutela do indivíduo contra arbitrariedades. Por fim, a última vertente é caracterizada pela reunião de reformas penais, processuais penais e penitenciárias que visam reestruturar o sistema penal através de princípios como a intervenção mínima, prisão como *ultima ratio* e penas alternativas (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 257 e ss.; ver também ÁVILA, Gustavo Noronha de. O debate entre Luigi Ferrajoli e os abolicionistas: entre a sedução pelo discurso do medo e as práticas libertárias. *Revista Jurídica Cesumar*, São Paulo, v. 16, n. 2, p. 543-561, 2016, p. 546 e ss.; ACHUTTI, Daniel Silva. *Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 91 e ss.).

do sistema tradicional de justiça criminal ou de sistemas semelhantes para casos excepcionais.<sup>13</sup>

Não há contradição entre as diferentes teorias abolicionistas, apenas distinção no grau de intensidade do *encolhimento* do direito penal e nas soluções alternativas propostas. Enquanto algumas teorias pugnam pela extinção completa do sistema penal<sup>14</sup>, outras o admitem em casos excepcionais<sup>15</sup> — casos em que o direito penal somente encontraria legitimidade após a tentativa frustrada de solução do conflito por outros meios não-penais e desde que demonstrado ser o sistema penal extremamente necessário.

Independentemente da corrente adotada, todas as teorias abolicionistas têm como denominador comum a crítica ao modo como o Estado resolve os conflitos *criminais* — os quais, em uma acepção abolicionista, passam a ser identificados como *conflitos sociais*, ou então “situações problemáticas”<sup>16</sup>, como definido por Hulsman — através do sistema pe-

---

<sup>13</sup> SCHEERER, Sebastian. Hacia el Abolicionismo. In: CIAFARDINI, Mariano Alberto; BONDANZA, Mirta Lilián (orgs.). *Abolicionismo Penal*. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anonima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 1989, pp. 15-34; ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Op. cit., pp. 253-273; ACHUTTI, Daniel Silva. *Justiça Restaurativa e...* cit., pp. 91-96; FERREIRA, Francisco Amado. *Justiça Restaurativa: Natureza, Finalidades e Instrumentos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, pp. 13-24; CARRIER, Nicolas; PICHÉ, Justin. Op. cit.; TIEGHI, Osvaldo Nelo. El abolicionismo radical y el abolicionismo institucional. *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, v. 22, n. 2, p. 309-319, 1995, *passim*.

<sup>14</sup> Entre elas as teorias abolicionistas radicais de Louk Hulsman (cf., sobretudo, HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas: O Sistema Penal em Questão*. Tradução: Maria Lúcia Karam. 2ª ed. Niterói: Luam, 1997) e Thomas Mathiesen (cf., principalmente, a edição atualizada de sua célebre obra “The Politics of Abolition”: MATHIESEN, Thomas. *The Politics of Abolition Revisited*. Abingdon: Routledge, 2015; e também MATHIESEN, Thomas. *Prison on Trial*. 3rd ed. Winchester: Waterside Press, 2006).

<sup>15</sup> Como o *minimalismo* de Nils Christie, o qual compõe um dos objetos do presente estudo.

<sup>16</sup> Termo cunhado por Hulsman (HULSMAN, Louk H. C. *Critical criminology and the concept of crime*. *Contemporary Crises*, Amsterdam. v. 10, p. 63-80, 1986, p. 72). Hulsman também adota o termo “situação-problema” posteriormente (cf. HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. Op. cit., p. 95 e ss.). Sobre a importância do vocabulário a ser utilizado, observa Hulsman: “A eliminação do conceito de ‘crime’ obriga uma completa renovação de todo o

nal; assim como a crítica à pena, ao funcionamento do sistema penal, aos estigmas que ele cria e propaga, e às soluções que ele promete conferir (mas que não cumpre).<sup>17</sup>

O abolicionismo critica as definições tradicionais de crime, de lei e as visões do sentido e efeito da punição e do encarceramento. Na perspectiva abolicionista, a pena de prisão é ineficaz e não impede a prática de crimes, serve apenas para agravar o sofrimento humano, acepção que estrutura as propostas de formas alternativas (não-penais) de solução para *situações problemáticas*, como as práticas restaurativas<sup>18</sup>.

Em síntese, o abolicionismo visa “encolher o sistema penal”<sup>19</sup> — conforme afirmava Nils Christie — mediante o questionamento da legitimidade da pena de prisão e do tradicional sistema de justiça penal e a aposta em meios alternativos mais humanitários para solução dos problemas tradicionalmente submetidos ao sistema penal.

---

discurso em torno do chamado fenômeno criminal e da reação social que ele suscita. Em primeiro lugar, é preciso mudar a linguagem. (...) Seria preciso se habituar a uma linguagem nova, capaz de exprimir uma visão não estigmatizante sobre as pessoas e situações vividas” (HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. Op. cit., pp. 95-96). Sobre este e outros temas, ver também HULSMAN, Louk. El enfoque abolicionista: políticas criminales alternativas. In: RODENAS, Alejandra; FONT, Enrique Andrés; SAGARDUY, Ramiro A. P. (dirs.). *Criminología Crítica y Control Social*: 1. “El Poder Punitivo del Estado”. Rosario: Juris, 1993, p. 175-104; e SANTOS, Cláudia Cruz. *A justiça restaurativa... cit.*, p. 307 e ss.).

<sup>17</sup> Para uma síntese muito apurada sobre o tema, cf. MATHIESEN, Thomas. The Abolitionist Stance. *Journal of Prisoners on Prisons*, Ottawa, v. 17, n. 2, p. 58-63, 2008.

<sup>18</sup> Como a mediação, a composição civil, grupos de conversa, os círculos e outras práticas restaurativas (ALVESALO-KUUSI, Anne; BITTLE, Steven; LÄHTEENMÄKI, Liisa. Corporate Criminal Liability and Abolitionism – An unholy alliance of corporate power and critical criminology?. *Justice, Power and Resistance*, London, v. 1, n. 1, p. 24-46, 2017, pp. 24-25. Ver também PAVARINI, Massimo. Strategy for combat: prisoners’ rights and abolitionism. *Justice, Power and Resistance*, London, v. 1, n. 1, p. 67-79, 2017, p. 74 e ss; e DEVOTO, Eleonora; JULIANO, Mario Alberto. Un sistema penal alternativo. Hacia la abolición de la violencia institucional. In: POSTAY, Maximiliano E. (comp.). *El abolicionismo penal en América Latina*: imaginación no punitiva y militancia. Buenos Aires: Del Puerto, 2012, pp. 109-116).

<sup>19</sup> OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de; FONSECA, André Isola. Conversa com um abolicionista minimalista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, A. 6, n. 21, p. 13-22, 1998, p. 14.

## 1.2. A TEORIA MINIMALISTA DE NILS CHRISTIE

Ao longo de seu percurso acadêmico, Nils Christie defendeu uma posição *minimalista* de abolicionismo penal, em que a intervenção penal estatal deveria ser restringida ao máximo, somente operável em casos excepcionais, de modo a evitar os males provocados pela “cara e destrutiva”<sup>20</sup> prisão.<sup>21</sup>

As críticas e teorias formuladas pelo autor são dotadas de peculiaridade por partirem da premissa de que a imposição de uma sanção significa a “imposição intencional de dor”<sup>22</sup> — principalmente no que diz respeito à condenação à pena de prisão —, ideia medular que fundamenta todo o seu desenvolvimento teórico.

A sanção serviria, portanto, somente para causar dor e sofrimento ao condenado, não para *curá-lo*<sup>23</sup>. O patente sofrimento outrora infligido pela cominação de penas de castigos corporais ou pena de morte tornou-se invisível para grande parte da sociedade com o surgimento e adoção da pena de prisão em diferentes sistemas de justiça penal. A dor que antes era perceptível já não é mais explícita. Por ter se esquecido desta imposição de dor, ou por ela ter sido ofuscada, a sociedade apenas lembra de sua existência quando instigada à reflexão acerca das finalidades e dos resultados da pena de prisão<sup>24</sup>.

Hodiernamente, a punição — sobretudo a pena de prisão — é encarada como uma consequência automática do crime. A relação é

---

<sup>20</sup> Como classifica Nils Christie, em entrevista (OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de; FONSECA, André Isola. Op. cit., p. 13).

<sup>21</sup> OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de; FONSECA, André Isola. Op. cit., pp. 13-14 e 16; CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade de crime*. Tradução, apresentação e notas: André Nascimento. 1ª reimpr. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2013, pp. 130-131.

<sup>22</sup> CHRISTIE, Nils. *Limits to Pain...* cit., pp. 5-6. “Punishment is an evil intended to be so. It has to do with suffering. (...) Someone is to suffer a pain that is intended” (CHRISTIE, Nils. *Images of man in modern penal law. Contemporary Crises*, Dordrecht, v. 10, n. 1, p. 95-106, 1986, p. 95). Ver também CHRISTIE, Nils. *Victim Movements at a crossroad. Punishment & Society*, London, v. 12, n. 2, p. 115-122, 2010, p. 118 e ss.

<sup>23</sup> CHRISTIE, Nils. *Limits to Pain...* cit., pp. 5, 37 *et passim*.

<sup>24</sup> CHRISTIE, Nils. *Limits to Pain...* cit., pp. 13-19.

considerada lógica: a prática de uma conduta criminoso pressupõe a imposição de uma pena privativa de liberdade ao seu autor. A imposição da dor é automaticamente aceita pela sociedade, sem questionamentos. Parece haver mais preocupação com a intensidade da dor imposta do que com a sua necessidade ou então com a possibilidade de emprego de mecanismos alternativos capazes de controlar o comportamento classificado como desviante.<sup>25</sup>

Diante de tais constatações, indaga Nils Christie: seria mesmo necessária a imposição de dor para o controle de certos comportamentos? Poderíamos conceber, aceitar e colocar em prática um sistema sem punição, sem sofrimento? O autor defende que a ausência de punições daria origem ao caos, pois na ausência de medidas capazes de coibir comportamentos contrários ao ordenamento jurídico as taxas de criminalidade certamente aumentariam<sup>26</sup>. Destarte, reconhece a necessidade de solução de situações problemáticas, porém defende que para quase a totalidade dos conflitos — principalmente aqueles menos perniciosos — seria de fato possível operar um sistema sem sofrimento, através da adoção de medidas mais humanitárias. Estes meios alternativos de solução de conflitos não seriam operados através da imposição de uma dor, o que significaria a ausência (ou ao menos a significativa mitigação) de sofrimento tanto para o indivíduo que pratica a conduta contrária ao Direito quanto para os demais envolvidos, principalmente a própria vítima, evitando-se possíveis casos de vitimização secundária.

Entretanto, o autor reconhece a necessidade de manutenção de uma certa quantia de dor em casos excepcionais (situações de elevadíssima gravidade ou para indivíduos “de alta periculosidade”), uma dor que seria ministrada através da imposição de uma pena privativa de liberdade ou de uma intervenção terapêutica. Estas medidas seriam aplicadas subsidiariamente, somente após a constatação da inexistência de vias mais humanitárias aptas a solucionar o conflito ou inibir a prática do ato lesivo. Sempre que possível, o tratamento do indivíduo (intervenção terapêutica) deveria ser priorizado. Mesmo que a intervenção terapêutica também implique a imposição de uma dor, esta dor deveria

---

<sup>25</sup> CHRISTIE, Nils. *Limits to Pain...* cit., pp. 32-48.

<sup>26</sup> CHRISTIE, Nils. *Limits to Pain...* cit., pp. 31-32.

ser encarada como eticamente aceitável por não possuir aquela finalidade única de provocar sofrimento, devendo ser compreendida como uma *cura dolorosa*. Não sendo o tratamento possível, adequado ou aceitável, a pena privativa de liberdade surge como (última) alternativa, destinada a indivíduos diagnosticados como perigosos. Neste segundo caso restaria evidente a imposição de dor e sofrimento, os quais deveriam ser encarados como inevitáveis para impedir a dor e o sofrimento de outros indivíduos, particularmente das vítimas em potencial.<sup>27</sup>

O autor reconhece, portanto, a finalidade de prevenção geral que a pena representa, porém repudia um sistema penal unicamente focado a este fim. Isso porque, nesta acepção, a punição teria como objetivo a simples conformidade ao ordenamento jurídico: o criminoso não seria punido apenas em razão de sua conduta, mas também para o controle de outras pessoas, servindo como mero exemplo pedagógico<sup>28</sup>.

Christie — assim Louk Hulsman<sup>29</sup> — negava a natureza ontológica do crime. O criminólogo norueguês defendia a ideia de que “o crime não

---

<sup>27</sup> CHRISTIE, Nils. *Limits to Pain...* cit., pp. 20-22.

<sup>28</sup> Como ocorre com as perspectivas utilitaristas da finalidade da pena (GIAMBERARDINO, André Ribeiro. O confisco do conflito na histografia penal. *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, v. 6, n. 2, p. 23-39, 2018, pp. 24-25; GIAMBERARDINO, André Ribeiro. A construção social da censura e a penologia um passo além: reparação criativa e restauração. *Sistema Penal & Violência*, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 88-102, 2014, p. 94 e ss.; RUIVO, Marcelo Almeida. O fundamento da pena criminal: para além da classificação dicotômica das finalidades. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, A. 22, n. 2, p. 175-199, 2012, p. 185 e ss.; BURGH, Richard W. Do the Guilty Deserve Punishment?. *The Journal of Philosophy*, [S. l.], v. 79, n. 4, p. 193-210, 1982, pp. 194-195). Howard Zehr também afasta esta perspectiva utilitarista e meramente retributiva ao afirmar que o objetivo da punição e da reparação deve ser a transmissão de uma mensagem, porém não mais a mensagem utilitarista de que crimes não devem ser cometidos por violarem a lei e que criminosos devem ser punidos por terem cometido um ilícito penal. Para Zehr, a mensagem deve ser pautada em uma perspectiva reparadora que transmita a ideia de que o ilícito penal não deve ser cometido porque prejudica uma outra pessoa e que aqueles que provocam um dano a outro devem reparar este mesmo dano (ZEHR, Howard. *Changing lenses...* cit., pp. 198-199).

<sup>29</sup> Sobre a negação da natureza ontológica do crime sob a perspectiva de Hulsman, cf. HULSMAN, Louk H. C. *Critical criminology and...* cit., pp. 63-66 e ss.; e HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. Op. cit., p. 95 e ss.

existe<sup>30</sup>, o que existiria, na verdade, seriam *atos* que ganhariam significado(s) a partir da interpretação de terceiros interessados no exercício do controle<sup>31</sup>. Destarte, para Christie o crime seria uma construção social, um conceito aplicável a determinadas situações sociais indesejadas por um restrito grupo de pessoas dotadas de influência ou legitimidade para criminalizar tais condutas<sup>32</sup>, por motivos particulares ou em razão de valores reconhecidos por uma certa camada da sociedade<sup>33</sup>.

É com base nestas suas premissas que Christie defendia ser necessário conferir um olhar diferente para o conceito de crime. Defendia que o crime não é um conceito fechado, imutável e permanente, e afirmava que a própria sociedade contribui para o surgimento e para a perpetuação

<sup>30</sup> CHRISTIE, Nils. *A indústria do Controle do Crime: a caminho dos GULAGs em estilo ocidental*. Tradução: Luís Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 13; CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade...* cit., pp. 16-31; CHRISTIE, Nils. *Victim Movements at...* cit., pp. 118-119. Observa Nils Christie: “Uma má ação pode ser analisada sob diversos enfoques: se for analisada sob o enfoque penal, uma má ação será transformada em crime; se for analisada sob o enfoque médico será transformada em doença; se por nós, diremos que na sociedade moderna, analisada no contexto da vida cotidiana, será vista como um problema” (OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de; FONSECA, André Isola. Op. cit., pp. 13-14).

<sup>31</sup> “Atos não são, eles se tornam alguma coisa. O mesmo acontece com o crime. O crime não existe. É criado. Primeiro, existem atos. Segue-se depois um longo processo de atribuir significado a esses atos” (CHRISTIE, Nils. *A indústria do...* cit., p. 13). “O sistema penal é análogo ao rei Midas. Tudo o que este tocava se tornava ouro e, como sabemos, ele morreu de fome. Muito do que a polícia e a prisão tocam se converte em crimes e criminosos, e interpretações alternativas de atos e atores se desvanecem. (...) Uma ampla rede também aumentará as chances de que se encontrem pessoas definidas pelas autoridades como criminosas. Voltamos, assim, ao meu tema geral: atos não são; eles se tornam. Pessoas não são; elas se tornam. Uma larga rede social com ligações em todas as direções cria incerteza, no mínimo, sobre o que é crime e quem são os criminosos” (CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade...* cit., p. 23). Ver também CHRISTIE, Nils. *Limits to Pain...* cit., pp. 73-74 e ss. Perspectiva semelhante é abordada em ZEHR, Howard. *Changing lenses...* cit., capítulo 10, especialmente pp. 181 e ss.

<sup>32</sup> CHRISTIE, Nils. *Limits to Pain...* cit., p. 74.

<sup>33</sup> Questão acuradamente analisada por Howard Becker, principalmente quando estuda os grupos de indivíduos que classifica como “empreendedores morais” (cf. BECKER, Howard Saul. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2008, p. 22 e ss.; p. 153 e ss.).

do crime, em razão dos próprios sistemas que criamos, sistemas estes que *clamam* pela palavra crime<sup>34</sup>. Acreditava que o crime poderia ser extinto, ou ao menos reduzido significativamente, caso fossem criados outros meios capazes de solucionar os conflitos existentes na sociedade, meios diferentes e mais eficazes que aqueles apresentados pelo sistema penal tradicional<sup>35</sup>. Deveríamos, portanto, encarar o crime — ou, nas palavras de Christie, o conflito ou o problema — de uma forma completamente diferente e solucioná-lo por outras vias.

## 2. A PROPOSTA DE NILS CHRISTIE PARA A SOLUÇÃO DE CONFLITOS CRIMINAIS

### 2.1. *PREMISSAS*

#### 2.1.1. *A NECESSIDADE DE ESTREITAMENTO DOS LAÇOS SOCIAIS*

Como premissa à proposta de um método alternativo para a solução de conflitos, o autor afasta a necessidade de busca por uma justificativa à punição e adota uma perspectiva sem tal preocupação, a qual possibilitaria que o ser humano pudesse ser visto como uma pessoa complexa que interage com outras pessoas complexas, criando as suas próprias regras e também *criando justiça* de acordo com cada caso apresentado<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> Christie pontua com precisão a importância que os paradigmas têm em moldar nossas expectativas: “Um guerreiro veste armadura, um amante traz consigo flores. Eles estão equipados de acordo com as expectativas do que acontecerá, e os seus equipamentos aumentam a possibilidade de realização destas expectativas. O mesmo ocorre com o direito penal” (Tradução nossa. No original: “A warrior wears armour, a lover flowers. They are equipped according to expectations of what is to happen, and their equipment increases chances that their expectations will prove right”) (CHRISTIE, Nils. *Imagens of man...* cit., p. 95).

<sup>35</sup> “Crime is not a ‘thing’. Crime is a concept applicable in certain social situations where it is possible and in the interests of one or several parties to apply it. We can create crime by creating systems that ask for the word. We can extinguish crime by creating the opposite types of systems” (CHRISTIE, Nils. *Limits to Pain...* cit., p. 74).

<sup>36</sup> CHRISTIE, Nils. Conflicts as property. *The British Journal of Criminology*, London, v. 17, n. 1, p. 1-15, 1977, p. 7. Sobre o tema, ver também ACHUTTI, Daniel Silva. *Justiça Restaurativa e...* cit., p. 111.

Este é outro ponto-chave que permeia todos os estudos de Christie: o autor acreditava que a busca de alternativas para solução de conflitos deveria ter como ponto de partida a interação entre as pessoas, bem como um senso de união entre os indivíduos localizados em um determinado contexto social<sup>37</sup> (uma pequena comunidade, um bairro ou um vilarejo, por exemplo). O estreitamento dos laços sociais permitiria a criação e o fortalecimento de valores locais, valores estes essenciais para que os conflitos fossem enfrentados sob a perspectiva daquelas pessoas que vivem na área onde ele ocorreu, o que viabilizaria uma solução mais adequada ao problema, pois seria pautada de acordo com os valores e experiências daquela própria comunidade<sup>38</sup>.

Inexiste, defende o autor, uma verdadeira interação entre as pessoas na sociedade atual. Pelo contrário, o *distanciamento* tomou o lugar da interação entre os indivíduos. Atualmente conhecemos cada vez menos as pessoas que nos cercam, limitamo-nos a interagir com as pessoas unicamente em razão do *papel* que elas desempenham em certo contexto social, como se fôssemos “migrantes movendo-se entre conjuntos de pessoas que não necessariamente têm qualquer ligação”<sup>39</sup>. A divisão da sociedade em “castas” (não somente enquanto classes sociais, mas também por outros atributos como sexo, etnia, limitações físicas e idade, por exemplo), também contribuiria para este afastamento social, na perspectiva de Christie<sup>40</sup>. Inexiste uma efetiva interação entre as pessoas.

Esses seriam fatores que promovem a despersonalização da vida social. O distanciamento e a falta de união acabam impossibilitando que efetivamente conheçamos os nossos pares, como *pessoas* e não atores que cumprem um *papel*.<sup>41</sup>

Outra consequência que a segmentação da sociedade apresenta é a de que certos fatos que poderiam ser encarados como problemáticos

---

<sup>37</sup> CHRISTIE, Nils. *Conflicts as property...* cit., p. 1 *et passim*.

<sup>38</sup> CHRISTIE, Nils. *Conflicts as property...* cit, pp. 5-10.

<sup>39</sup> Tradução nossa. No original: “migrants moving between sets of people which do not need to have any link” (CHRISTIE, Nils. *Conflicts as property...* cit., p. 5).

<sup>40</sup> CHRISTIE, Nils. *Conflicts as property...* cit., p. 5.

<sup>41</sup> CHRISTIE, Nils. *Conflicts as property...* cit., p. 6.

deixam de o ser, a exemplo dos crimes contra a honra, justamente porque as pessoas não interagem entre si, o que evidencia a falta de preocupação com a sua imagem perante o corpo social. Nesse sentido, um terceiro e mais grave resultado que o distanciamento social pode provocar é a tendência a tornar invisíveis os conflitos sérios, impossibilitando que haja uma correta solução para o problema, a exemplo da violência doméstica ou de crimes contra as relações de consumo<sup>42</sup>.

Esse distanciamento social dificulta a criação de valores comunitários e, conseqüentemente, molda a maneira como a sociedade encara o conflito (criminal), distanciando-se do agente, da vítima e dos órgãos de justiça. Christie ressalta, assim, a importância do sentimento de pertença e integração comunitária, a interação em detrimento do isolamento social, para que as pessoas *se conheçam*, para que seja possível prestar auxílio quando perceberem o surgimento de um problema<sup>43</sup>, *fazer justiça* e evitar a automática “tentação de buscar ajuda no Direito Penal”<sup>44</sup>.

### 2.1.2. O “ROUBO DO CONFLITO” PELO ESTADO

Além da ideia de união entre indivíduos de uma determinada localidade, ao sugerir novos meios de solução de conflitos Christie destaca que estes não precisam necessariamente ser resolvidos<sup>45</sup>. Os

---

<sup>42</sup> CHRISTIE, Nils. *Conflicts as property...* cit., pp. 6-7.

<sup>43</sup> CHRISTIE, Nils. *Limits to pain...* cit., pp. 108-116.

<sup>44</sup> Nils Christie, em entrevista ao IBCCrim (cf. OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de; FONSECA, André Isola. Op. cit., p. 21).

<sup>45</sup> “First, it is important not to presuppose that conflict ought to be solved. The quest for solution is a puritan, ethnocentric conception. (...) Conflicts might be solved, but they might also be lived with. ‘Conflict-handling’ is probably a better term. ‘Conflict participation’ might be the best. That term does not direct attention to the outcome, but to the act. *Maybe participation is more important than solutions. Conflicts are not necessarily a ‘bad thing’. They can also be seen as something of value, a commodity not to be wasted. Conflicts are not in abundance in a modern society; they are a scarcity. They are in danger of being lost, or often stolen. The victim in a criminal case is a sort of double loser in our society. First vis-à-vis the offender, secondly vis-à-vis the state. He is excluded from any participation in his own conflict*” (CHRISTIE, Nils. *Limits to pain...* cit., pp. 92-93 — destaques nossos).

conflitos precisam, na verdade, ser manuseados; precisam ser vividos, experienciados. Conflitos *podem* causar prejuízos, mas também podem servir de aprendizado para as pessoas envolvidas na busca de sua solução, como se fossem uma espécie de ritual de aprendizagem, denominado por Christie de “participação no conflito”<sup>46</sup>. Essa possibilidade de participação no conflito é extremamente valiosa para todos os membros da comunidade em que o conflito surgiu, principalmente para a vítima, pelo potencial de aprendizagem que a busca para a solução do problema revela<sup>47</sup>. É neste sentido que a *experiência* de lidar com os mecanismos de solução de conflitos se torna mais importante do que a própria solução do problema.

É a partir desta linha interpretativa que Nils Christie delinear uma de suas mais célebres contribuições para a Criminologia, para o Direito Penal e para o Processo Penal, em seu consagrado artigo intitulado *Conflicts as property*<sup>48</sup>: a ideia de “roubo do conflito” pelo Estado. O grande problema do sistema de justiça penal atual residiria no fato de ter o Estado retirado (*roubado*) a possibilidade de a vítima, a comunidade e o próprio ofensor resolverem o seu conflito, de *participarem no seu conflito*.

Hodiernamente, é o Estado quem representa a vítima e efetua o diálogo com o ofensor, quando na verdade a própria vítima poderia estar interessada no contato com o agente criminoso, por distintas razões (como conhecer o agente para compreender a sua história e as motivações que o levaram a praticar a conduta antijurídica)<sup>49</sup>. O ofensor também perde oportunidades de esclarecimento à vítima. Ademais, a própria

<sup>46</sup> CHRISTIE, Nils. *Limits to pain...* cit., p. 93.

<sup>47</sup> A ideia de que os conflitos são valiosos para a sociedade permeia todos os trabalhos de Nils Christie, mas foi abordada primeiramente em *Conflicts as property* e desenvolvida sob a perspectiva da dor e sofrimento da pena de prisão em *Limits to Pain*.

<sup>48</sup> CHRISTIE, Nils. *Conflicts as property. The British Journal of Criminology*, London, v. 17, n. 1, p. 1-15, 1977.

<sup>49</sup> “Temos relatos de pessoas que, relatando suas experiências de mediação, disseram: ‘No lugar do monstro desconhecido eu vi uma pessoa. Eu tive a chance de mostrar a minha raiva e a minha dor e tive a chance de ouvir as suas razões e suas desculpas’. Com um sistema que possibilite este tipo de contato, você cria um espaço mais amplo de entendimento” (Nils Christie, em entrevista. OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de; FONSECA, André Isola. Op. cit., p. 14).

comunidade perde com o *roubo do conflito*, pois seria a participação na solução do problema que viabilizaria o diálogo sobre a ilicitude do fato, a intensidade do erro do ofensor e as inquietações da vítima, abordando todas as peculiaridades do caso.<sup>50</sup>

Todos, portanto, perdem com o roubo do conflito pelo Estado. Contudo, para Christie a apropriação estatal do conflito é especialmente lesiva à sociedade, pois significa a perda da oportunidade de esclarecimento de normas, regras e valores; uma perda de possibilidades pedagógicas extraídas do processo de solução do conflito.

Desse modo, o foco do Direito Penal — e também de mecanismos alternativos de solução de conflitos — deveria ser a vítima e, subsidiariamente, a sociedade, e não somente o autor do fato criminoso<sup>51</sup>. Nils Christie observa que é preciso desenvolver “um senso crítico em relação ao sistema penal para que [ele] não se torne opressivo. (...) Um sistema penal muito abrangente impede que as pessoas tomem parte nos seus conflitos, nas suas vidas”<sup>52</sup>. Não basta que a vítima seja representada por um profissional ou um advogado, é preciso que a própria vítima faça parte deste processo de solução do conflito, junto a outras pessoas da mesma comunidade em que ela está inserida, para que a partir dos valores de todos os envolvidos seja possível edificar uma solução justa e adequada ao problema. A solução do conflito deveria, portanto, ser encontrada pelos atores diretamente nele envolvidos<sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup> CHRISTIE, Nils. *Conflicts as property...* cit., pp. 7-8.

<sup>51</sup> CHRISTIE, Nils. *Conflicts as property...* cit., p. 7 *et passim*.

<sup>52</sup> Nils Christie, em entrevista realizada por OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de; FONSECA, André Isola. Op. cit., p. 14.

<sup>53</sup> SANTOS, Cláudia. Um crime, dois conflitos (e a questão, revisitada, do ‘roubo do conflito’ pelo Estado). *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, A. 17, n. 3, p. 459-474, 2007, p. 459. Nils Christie sintetiza esta ideia e a sua importância: “Os conflitos sociais são transformados pelos operadores do direito em casos. As chamadas vítimas perdem seus próprios casos para seus advogados. (...) Mas não será que eu e você, se formos as partes interessadas, deveríamos conversar? Eu perguntaria: ‘Por que você tirou isso de mim?’ E você responderia: ‘Eu tirei porque eu precisava muito ou porque você tirou outra coisa de mim alguns anos atrás’. A questão é: você prefere ser um sujeito ou um objeto? Você prefere tomar parte de seu conflito ou deixar alguém tomar parte por você?” (OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de; FONSECA, André Isola. Op. cit., p. 14).

## 2.2. O “TRIBUNAL ORIENTADO PARA A VÍTIMA” DE NILS CHRISTIE COMO UMA NOVA FORMA DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Conforme verificado, Christie defendia a devolução ou a retomada dos conflitos do Estado à vítima e à sociedade. Como meio alternativo à justiça penal tradicional o autor propôs o que classificou como “tribunal orientado para a vítima”<sup>54</sup>, no qual a atenção deve ser voltada à vítima para possibilitar que ela própria, em conjunto aos demais membros da sociedade, participe e solucione o seu conflito. A vítima necessita de ser ouvida, precisa de alguém que a escute com “paciência e simpatia”<sup>55</sup>. Ao justificar esta proposta, o criminólogo afirma que há muito tempo possuímos o mesmo modo de fazer justiça no âmbito penal, embora não tenha o sistema tradicional demonstrado a sua eficácia (pois não cumpre verdadeiramente seus objetivos). Por esta razão, não teríamos muito a perder ao (tentar) aplicar novos métodos de solução de conflitos criminais. Como ainda não encontramos uma cura para o crime, poderíamos começar a aprender a conviver e a reagir com ele de outra forma, de acordo com os valores da sociedade e com o seu senso de justiça<sup>56</sup>.

O tribunal orientado para a vítima seria uma espécie de tribunal comunitário, uma nova maneira de olharmos o problema causado pelo crime, solucionando-o da maneira mais justa para a comunidade local, de acordo com os seus próprios valores. Esse novo mecanismo de solução de conflitos funcionaria em *quatro estágios*, cada qual com suas peculiaridades.<sup>57</sup>

O *primeiro estágio* seria o mais elementar dos quatro. Nele seria verificado se a lei realmente foi contrariada e o responsável por sua violação.<sup>58</sup> Estabelecidas materialidade e autoria, seguir-se-ia ao próximo estágio.

O *segundo estágio* seria o de maior importância, por garantir a participação da vítima na solução do problema. Nesta etapa, em que a

<sup>54</sup> CHRISTIE, Nils. *Conflicts as property...* cit., p. 10 e ss.

<sup>55</sup> Como afirma Sérgio Shecaira (SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 5ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 305).

<sup>56</sup> CHRISTIE, Nils. *Conflicts as property...* cit., p. 9.

<sup>57</sup> CHRISTIE, Nils. *Conflicts as property...* cit., p. 9.

<sup>58</sup> CHRISTIE, Nils. *Conflicts as property...* cit., pp. 9-10; OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de; FONSECA, André Isola. Op. cit., pp. 15-16.

*situação da vítima seria considerada*, realizar-se-ia um relatório no qual a vítima descreveria o fato com todos os seus pormenores. Todos os detalhes deveriam ser narrados, independentemente de sua relevância jurídico-legal. Em seguida, as opções de reparação do dano causado à vítima seriam discutidas. Este momento deveria ser iniciado com a oitiva do ofensor, em seguida a dos membros do bairro ou comunidade, para só então ocorrer a intervenção de um representante do Estado. Embora possa a reparação assumir um caráter patrimonial — pagar o conserto de uma janela quebrada, por exemplo —, ela também poderia ser realizada de outras formas, como a reparação direta do dano pelo ofensor — consertando a janela, por exemplo —, ou então mediante outras vias não necessariamente relacionadas com o fato — como a prestação de serviços à comunidade.<sup>59</sup> Somente após uma séria ponderação sobre as informações obtidas nos estágios anteriores, sem preocupação com lapsos temporais, é que se avançaria ao terceiro estágio.

Apenas no *terceiro estágio* é que os julgadores deliberariam acerca da necessidade de aplicação de uma punição. Contudo, nestes tribunais comunitários a punição assumiria um caráter diferente: ela passa a ser considerada um sofrimento *adicional* àqueles sofrimentos construtivos não-intencionais causados pelas ações restitutivas em favor da vítima. Essa análise sobre a necessidade de uma punição adicional decorre da possibilidade de a comunidade local poder encarar a solução como injusta ou intolerável nos casos em que o dano fosse irreparável, seja pela recusa do ofensor ou em razão de impossibilidade de reparação do dano.<sup>60</sup>

No *quarto estágio*, após a decisão do tribunal comunitário, *a atenção seria voltada ao ofensor*. Nesta etapa todos os aspectos que dizem respeito à sua situação pessoal e à possibilidade de cumprimento dos acordos e/ou da punição cominada seriam analisados e informados ao tribunal. Isso porque, em determinados casos, medidas sociais, educacionais, médicas ou até mesmo religiosas precisariam ser adotadas para viabilizar a solução do conflito. Contudo, Christie ressalta que tais medidas somente deveriam ser analisadas posteriormente à sentença, caso contrário correr-se-ia

---

<sup>59</sup> CHRISTIE, Nils. *Conflicts as property...* cit., pp. 9-10; OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de; FONSECA, André Isola. Op. cit., p. 15-16.

<sup>60</sup> CHRISTIE, Nils. *Conflicts as property...* cit., p. 10.

o risco de fazer ressurgir as chamadas “medidas especiais” do sistema tradicional de justiça penal, as quais deveriam ser evitadas ao máximo.<sup>61</sup>

Através desses quatro estágios, os tribunais comunitários solucionariam os conflitos criminais mediante “uma mistura de elementos de tribunais civis e penais, mas com uma forte ênfase nos aspectos civis”<sup>62</sup>, diferentemente do sistema atual de justiça penal.

Importante destacar que, para Nils Christie, a criação de novos tribunais ou a reordenação dos existentes é insuficiente, a real importância seria voltada à certificação de que os “tribunais orientados para a vítima” fossem operados por pessoas da própria comunidade, bairro ou vilarejo, evitando-se ao máximo a intervenção de pessoas especializadas<sup>63,64</sup> O tipo

<sup>61</sup> CHRISTIE, Nils. *Conflicts as property...* cit., pp. 10-11; OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de; FONSECA, André Isola. Op. cit., p. 16.

<sup>62</sup> Tradução nossa. No original: “a blend of elements from civil and criminal courts, but with a strong emphasis on the civil side” (CHRISTIE, Nils. *Conflicts as property...* cit., p. 11).

<sup>63</sup> De acordo com Christie, a importância de ser composto e operado por pessoas leigas e da própria comunidade decorreria do fato de a especialização, com o tempo, levar à profissionalização, o que acabaria por criar uma falsa ideia àqueles profissionais de que somente eles teriam a capacidade de resolver os conflitos, distanciando-os, em certo grau, da comunidade local. Destarte, advogados e assistentes sociais não seriam necessários, porém nas raras ocasiões em que a sua indispensabilidade fosse verificada a sua atuação deveria ser limitada à organização do conflito, jamais assumindo o seu controle. A atuação secundária de profissionais poderia ocorrer no primeiro estágio, por exemplo, no qual os expertos, de acordo com as suas especializações, poderiam verificar se o ofensor é mesmo o culpado pelo fato-problema ou então assegurar a não violação de seus direitos de defesa (CHRISTIE, Nils. *Conflicts as property...* cit., pp. 11-12. Ver também JOHNSTONE, Gerry; NESS, Daniel W. Van. The meaning of restorative justice. In: JOHNSTONE, Gerry; NESS, Daniel W. Van (eds.). *Handbook of Restorative Justice*. Cullompton: Willan Publishing, 2007, p. 9 e ss.; e SAWIN, Jennifer Larson; ZEHR, Howard. The ideas of engagement and empowerment. In: JOHNSTONE, Gerry; NESS, Daniel W. Van (eds.). *Handbook of Restorative Justice*. Cullompton: Willan Publishing, 2007, p. 42 e ss.). A limitação de terceiros especializados mitiga a “distância neutralizante” de que trata Bordieu (BORDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução: Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989, p. 228), impede o monopólio do conflito e garante que a vítima, o ofensor e a sociedade participem no seu processo de solução.

<sup>64</sup> Verificamos no modelo de Christie um problema acerca da representatividade da comunidade. Seguindo a interpretação de Christie, a participação da comunidade é voluntária. O voluntariado demanda a disponibilidade de

ideal de justiça participativa seria aquele baseado no senso de justiça dos próprios participantes, que utilizariam os seus valores comunitários, o seu “dialeto legal local”<sup>65</sup>, para solucionar o problema.<sup>66</sup> Com isso, além de os participantes lidarem com o conflito de acordo com seu próprio senso de justiça, teriam também conhecimento dos acontecimentos daquela determinada localidade e dos problemas salientes em sua comunidade<sup>67</sup>.

Nessa espécie de justiça participativa os valores sociais não são esclarecidos através da dor, mas através do próprio processo participativo. A atenção do tribunal não se volta mais para o fim, para uma sentença penal, uma punição, mas sim para o próprio processo de solução do conflito. O esclarecimento de valores deixa de ser estabelecido pelo Estado através da intensidade de dor administrada pelo Direito Penal e passa a ser estabelecido pelo processo de busca de resultado na justiça participativa promovida pelos tribunais comunitários.<sup>68</sup>

---

tempo, o que tende a provocar uma distorção na representatividade da comunidade, pois, via de regra, os voluntários seriam membros que poderiam dispor de seu tempo sem se preocupar com responsabilidades e prejuízos diversos (como a ausência no trabalho ou então a necessidade de permanecer em casa para cuidar de filhos ou familiares), os quais podem não representar os membros daquela localidade.

<sup>65</sup> CHRISTIE, Nils. *Limits to pain...* cit., p. 114.

<sup>66</sup> Atualmente, em um contexto social marcado pelo distanciamento, multiculturalidade e fluidez de valores, a aplicabilidade deste modelo de busca por uma solução ao conflito baseado no senso de justiça decorrente de valores comunitários parece se distanciar cada vez mais da realidade. Este modelo aparenta ter eficácia restrita a comunidades pequenas, nas quais as pessoas tendem a conhecer os seus vizinhos e os problemas que ocorrem na localidade. Isso não significa, contudo, afirmar que o modelo de Christie seja utópico. A justiça restaurativa atual precisa, na verdade, trabalhar com uma noção mais concreta e atual de comunidade. Mesmo que compartilhem da ideia de que a participação de profissionais deva ser restrita à organização do conflito (em respeito ao empoderamento das partes), inegável reconhecer que o papel de *experts* ganha mais importância no contexto atual frente ao distanciamento e à pluralidade que marcam a sociedade hodierna. As pessoas especializadas, em virtude de suas atividades profissionais ou acadêmicas, tendem a conhecer mais sobre a realidade do local em que o conflito ocorreu do que as próprias pessoas que nele vivem.

<sup>67</sup> CHRISTIE, Nils. *Conflicts as property...* cit., pp. 9-12. Ver também CHRISTIE, Nils. *Limits to pain...* cit., pp. 98-105.

<sup>68</sup> CHRISTIE, Nils. *Limits to pain...* cit., pp. 92-98.

Ao versar sobre a viabilidade de um sistema organizado nestes parâmetros, Christie afirma que o senso de justiça é inerente ao ser humano e se desenvolve a partir da interação social<sup>69</sup>. Embora em um primeiro momento este método alternativo de solução de conflitos pareça inexecutável, o autor acredita que o desenvolvimento deste senso inerente de justiça e o fortalecimento dos valores locais seriam capazes de garantir a sua execução<sup>70</sup>. Quanto maior for a atuação do Estado, impondo dor sem se preocupar com a interação entre a sociedade e os envolvidos na situação-problema, maiores são as chances de o poder estatal encontrar meios capazes de perpetuar o sofrimento, pois, como afirma o criminólogo norueguês, “quanto mais Estado, mais condições são assentadas para a punição, quanto menos Estado, menos são as condições que encorajam a punição”<sup>71</sup>.

Uma grande crítica a esse sistema de justiça participativa seria a sua eficácia e legitimidade quando a vítima ou o próprio subsistema tendesse a buscar soluções incompatíveis com o ordenamento jurídico estatal, como por exemplo o uso de tortura ou sanções desumanas ou degradantes. Nesses casos, as instituições estatais deveriam intervir para impedir soluções ilegais, o que cria um dilema reconhecido por Christie, pois ao mesmo tempo em que o autor busca alternativas ao poder punitivo estatal ele também reconhece que *em hipóteses excepcionais* a intervenção do Estado (e em certos casos do sistema tradicional penal) ainda é necessária para controlar possíveis crueldades. Contudo, a atuação estatal deveria ser sempre mínima<sup>72</sup>; a atuação penal menor ainda.<sup>73</sup>

<sup>69</sup> CHRISTIE, Nils. *Limits to pain...* cit., p. 114. Em sentido semelhante, Braithwaite defende que a interação social e as disputas diárias contra injustiças permitem que as pessoas desenvolvam um sentido de democracia e civismo (BRAITHWAITE, John. *Restorative Justice: Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts. Crime and Justice*, Chicago, v. 25, pp. 1-127, 1999, p. 77 e ss.).

<sup>70</sup> CHRISTIE, Nils. *Limits to pain...* cit., pp. 109-113.

<sup>71</sup> Tradução nossa. No original: “the more State, the more the conditions are laid down for punishment, and the less State, the less the conditions encourage punishment” (CHRISTIE, Nils. *Limits to pain...* cit., p. 115).

<sup>72</sup> “[S]o little State as we dare. So small systems as we dare. So independent systems as we dare. So egalitarian systems as we dare. So vulnerable participants as we dare” (CHRISTIE, Nils. *Limits to pain...* cit., p. 115).

<sup>73</sup> CHRISTIE, Nils. *Limits to pain...* cit., pp. 92-116.

### 3. CONTRIBUTOS DA TEORIA MINIMALISTA DE NILS CHRISTIE PARA AS PRÁTICAS RESTAURATIVAS PENAIS

#### 3.1. A JUSTIÇA RESTAURATIVA

Além do questionamento acerca da pena de prisão (sua dor e seu sofrimento) e do sistema penal *lato sensu*, a leitura feita por Nils Christie — assim como a de seus colegas abolicionistas — sobre o sistema penal tradicional também permitiu a reflexão sobre a possibilidade de criação e aplicação de meios alternativos de solução de conflitos criminais, fomentando a busca por métodos e procedimentos capazes de contornar as máculas do sistema penal tradicional, como as práticas englobadas na justiça restaurativa<sup>74</sup>.

Estruturando-se sob as ideias de Nils Christie e sob as contribuições do abolicionismo penal, das teorias sociológicas do crime, da criminologia crítica e da Vitimologia<sup>75</sup>, a justiça restaurativa surge como uma nova perspectiva que visa romper<sup>76</sup> com o *doloroso modus operandi* do sistema de justiça criminal tradicional.

Desde a segunda metade do século XX<sup>77</sup>, com especial impulsão a partir dos anos 1990<sup>78</sup>, a justiça restaurativa vem se firmando como uma nova resposta ao conflito criminal, suas consequências e aos indivíduos nele envolvidos. Trata-se de uma perspectiva que busca afastar a tradição penal de monopólio estatal do processo de solução do conflito e devolver à vítima, ao ofensor e aos membros da comunidade o poder de participação direta e concreta na busca pela solução que julgam ser a

---

<sup>74</sup> RUGGIERO, Vincenzo. *The Legacy of...* cit.; RUGGIERO, Vincenzo. *Penal Abolitionism: a celebration*. Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 175-209.

<sup>75</sup> SANTOS, Cláudia Cruz. *A justiça restaurativa...* cit., p. 300.

<sup>76</sup> Ruptura esta analisada pormenorizadamente na paradigmática obra de Howard Zehr intitulada “Changing lenses: a new focus for crime and justice” (cf. ZEHR, Howard. *Changing lenses...* cit., *passim*, especialmente capítulo 5).

<sup>77</sup> GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *O confisco do...* cit., p. 34.

<sup>78</sup> JACCOUD, Mylène. *Innovations pénales et justice réparatrice. Champ pénal/ Penal field*. Disponível em: <<https://journals.openedition.org/champ-penal/1269>>. Acesso em: 03 fev. 2019.

mais justa para dirimir o conflito<sup>79</sup>, através da criação de sistemas dialogais de abordagem da situação-problema<sup>80</sup>.

O termo “justiça restaurativa”, utilizado no contexto ocidental inicialmente por Albert Eglash<sup>81</sup>, reúne diferentes conceitos que variam de acordo com a perspectiva adotada<sup>82</sup>. A premissa fundamental da justiça restaurativa, como destaca Howard Zehr, é de que “o crime é uma violação de pessoas e relacionamentos. Ele cria obrigações de reparação. A justiça [restaurativa] envolve a vítima, o ofensor e a comunidade na busca de soluções que promovam reparação, reconciliação e reafirmação”<sup>83</sup>. A sintética definição conferida por Tony Marshall parece englobar os aspectos elementares da

<sup>79</sup> SANTANA, Selma Pereira de; SANTOS, Carlos Alberto Miranda. A justiça restaurativa como política pública alternativa ao encarceramento em massa. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 227-242, 2018, p. 229; GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *O confisco do...* cit., p. 35; UNITED NATIONS. Office on Drugs and Crime. *Handbook on Restorative Justice Programmes*. New York: United Nations, 2006, p. 5; JACCOUD, Mylène. Op. cit.

<sup>80</sup> ROSENBLATT, Fernanda Fonseca. Lançando um olhar empírico sobre a justiça restaurativa: alguns desafios a partir da experiência inglesa. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 72-82, 2014, p. 73; GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *A construção social...* cit., p. 101.

<sup>81</sup> Como apontado por Mylène Jaccoud e André Giamberardino (JACCOUD, Mylène. Op. cit.; GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *O confisco do...* cit., p. 34). Cf. EGLASH, Albert. Creative Restitution. A Broader Meaning for an Old Term. *The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, Chicago, v. 48, n. 6, p. 619-622, 1958; EGLASH, Albert. Beyond Restitution: Creative Restitution. In: GALAWAY, Burt; HUDSON, Joe (eds.). *Restitution in Criminal Justice*. Lexington: Lexington Books, 1975, p. 91-101.

<sup>82</sup> Sob a *perspectiva minimalista* (ou *pura*), a restauratividade é associada mais à participação das partes direta e indiretamente (comunidade) envolvidas no conflito do que ao acordo ou ao resultado. Esta perspectiva — voltada com especial atenção à reparação simbólica e não apenas à pecuniária — somente reconhece a reparação caso haja ao menos uma tentativa de promoção de encontro entre vítima e ofensor (e membros da comunidade ou familiares interessados), defendendo ainda que o envolvimento do Estado no processo de solução do conflito compromete e perverte os fundamentos da prática restaurativa. Já a *perspectiva maximalista* defende uma função reformista máxima (ou majoritária) da justiça penal (dentro e fora do sistema de justiça criminal) e confere ênfase à reparação dos danos pela via compensatória ou restitutiva, inclusive mediante coerção, preocupando-se mais com a reparação pecuniária (JACCOUD, Mylène. Op. cit.; GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *O confisco do...* cit., p. 32).

<sup>83</sup> Tradução nossa. No original: “Crime is a violation of people and relationships. It creates obligations to make things right. Justice involves the victim, the offender,

justiça restaurativa: “justiça restaurativa é um processo em que todos os participantes envolvidos em uma ofensa específica se reúnem para decidir coletivamente como lidar com as consequências da ofensa e suas implicações para o futuro”<sup>84</sup>. Nas lições de Cláudia Cruz Santos, as finalidades das diferentes faces da intervenção restaurativa estão ligadas à “reparação dos danos originados pelo crime através de uma responsabilização voluntariamente assumida pelo agente”<sup>85</sup>, promovendo “um espaço de encontro”<sup>86</sup> que viabilize a participação e o contato entre os indivíduos envolvidos no conflito *criminal*<sup>87</sup>, respeitando a autonomia da vontade individual das partes em procurar a solução que acreditam ser a mais justa para dirimir o conflito. Definições semelhantes são conferidas pela Organização das Nações Unidas<sup>88</sup> e pelo Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia<sup>89</sup>.

---

and the community in a search for solutions which promote repair, reconciliation, and reassurance” (ZEHR, Howard. *Changing lenses...* cit., p. 181).

<sup>84</sup> Tradução nossa. No original: “Restorative justice is a process whereby all the parties with a stake in a particular offence come together to resolve collectively how to deal with the aftermath of the offence and its implications for the future” (MARSHALL, Tony. Op. cit., p. 37).

<sup>85</sup> SANTOS, Cláudia Cruz. *A justiça restaurativa...* cit., p. 304. Nesse mesmo sentido, KERCHOVE, Michel van de. La justice restauratrice au cœur du conflit des paradigmes de la peine. *Histoire de la justice*, Paris, n. 25, p. 123-133, 2015, pp. 132-133.

<sup>86</sup> SANTOS, Cláudia. *Um crime, dois...* cit., p. 467.

<sup>87</sup> Mesmo que conflitos de outra espécie possam ser solucionados através de práticas semelhantes às adotadas na justiça restaurativa — a exemplo da mediação realizada no âmbito cível —, no conceito e nas práticas de justiça restaurativa apenas há espaço para a solução de conflitos criminais (cf. SANTOS, Cláudia Cruz. *A justiça restaurativa...* cit., pp. 305-309; e FERREIRA, Francisco Amado. Op. cit., pp. 24-26).

<sup>88</sup> “Restorative process’ means any process in which the victim and the offender, and, where appropriate, any other individuals or community members affected by a crime, participate together actively in the resolution of matters arising from the crime, generally with the help of a facilitator. Restorative processes may include mediation, conciliation, conferencing and sentencing circles” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho Econômico e Social. *Resolução 2002/12, de 24 de julho de 2012*. Disponível em: <<http://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf>>. Acesso em: 01 fev. 2019; e UNITED NATIONS. Op. cit., p. 7)

<sup>89</sup> “[U]m processo que permite que a vítima e o autor do crime participem ativamente, se o fizerem com o seu livre consentimento, na resolução de questões decorrentes do crime mediante a ajuda de terceiros imparciais” (artigo

Em que pese polissêmica<sup>90</sup>, em sentido amplo a justiça restaurativa é caracterizada pelo empoderamento das partes diretamente afetadas pelo conflito e pela atenção às necessidades da vítima, à reintegração do ofensor e ao fortalecimento dos valores comunitários através de práticas<sup>91</sup> que visem fazer justiça mediante a restauração do dano provocado por um crime<sup>92</sup>. Tem como uma de suas finalidades romper os paradigmas tradicionais de fundamentação da punição e ampliar os espaços de diálogo, integração e regulação social<sup>93</sup>.

É por isso que autores como Van Ness e Gerry Johnstone<sup>94</sup> compreendem a justiça restaurativa como um movimento social (global) que tem como objetivo maior transformar o modo como as sociedades contemporâneas encaram e respondem ao crime e a outros comportamentos problemáticos a ele relacionados, através da tentativa de substituição

---

2.º, 1, “d” da Diretiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012. UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia. Diretiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32012L0029>>. Acesso em: 01 fev. 2019).

<sup>90</sup> Decorrente da complexidade do paradigma restaurativo, do dissenso doutrinário acerca de sua definição e objetivos, das terminologias utilizadas e do seu desenvolvimento em espaços geográficos distintos (cf. GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *O confisco do...* cit., pp. 34-35 e ss.; UNITED NATIONS. Op. cit., p. 6).

<sup>91</sup> Embora sejam múltiplas as modalidades de práticas restaurativas, as mais comuns são a mediação vítima-ofensor, as conferências e os círculos (RAYE, Barbara E.; ROBERTS, Ann Warner. Restorative processes. In: JOHNSTONE, Gerry; NESS, Daniel W. Van (eds.). *Handbook of Restorative Justice*. Cullompton: Willan Publishing, 2007, pp. 212-216; NESS, Daniel W. Van; STRONG, Karen Heetderks. Op. cit., pp. 26-30; SANTOS, Cláudia Cruz. *A justiça restaurativa...* cit., p. 633 e ss.; UNITED NATIONS. Op. cit., p. 66 e ss.).

<sup>92</sup> PALI, Brunilda. Justiça ativa: Processos de justiça restaurativa como campo fértil para o exercício da cidadania. *Sistema Penal & Violência*, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 31-42, 2014, p. 36; WALGRAVE, Lode. La justice restaurative: à la recherche d'une théorie et d'un programme. *Criminologie*, Montréal, v. 32, n. 1, p. 7-29, 1999, p. 9; UNITED NATIONS. Op. cit., p. 2; ZEHR, Howard. *Changing lenses...* cit., p. 184 e ss.

<sup>93</sup> GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *O confisco do...* cit., p. 35.

<sup>94</sup> JOHNSTONE, Gerry; NESS, Daniel W. Van. Op. cit., p. 5.

do sistema tradicional de justiça penal por outras formas de solução de conflitos orientadas pela comunidade.

A justiça restaurativa é pautada por princípios fundamentais como a voluntariedade, o consentimento informado, a confidencialidade, a informalidade, o respeito mútuo, a honestidade e a pessoalidade<sup>95</sup>. Para Howard Zehr, o movimento restaurador está alicerçado em três pilares: a) atenção e foco ao dano causado; b) ciência de que danos conduzem a determinadas obrigações; e c) promoção do compromisso ou participação na reparação do dano produzido.<sup>96</sup> A partir destes três princípios, Howard Zehr e Harry Mika elencam dez princípios (ou indicadores) a serem observados no planejamento e aplicação de práticas restaurativas.<sup>97</sup>

Walgrave e Bazemore destacam o que chamam de três “valores” a serem observados na justiça restaurativa: a) igualdade no tratamento de todas as partes envolvidas no processo restaurativo; b) busca pela

---

<sup>95</sup> MORÃO, Helena. Justiça restaurativa e crimes patrimoniais. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (orgs.). *Direito Penal econômico e financeiro: conferências do curso pós-graduado de aperfeiçoamento*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 271; LLEWELLYN, Jennifer J.; HOWSE, Robert. *Restorative Justice: A Conceptual Framework*. Ottawa: Law Commission of Canada, 1999, p. 57 e ss.

<sup>96</sup> ZEHR, Howard. *The Little Book of Restorative Justice*. Versão eletrônica. New York: Good Books, 2014, capítulo 2. Ver também ZEHR, Howard. *Changing lenses... cit.*, p. 186 e ss.

<sup>97</sup> São eles: 1) foco nos danos do crime e não nas regras violadas; 2) mostrar igual preocupação e compromisso com vítimas e ofensores, envolvendo ambos no processo de justiça; 3) trabalhar em prol da restauração das vítimas, empoderando-as e respondendo às suas necessidades quando constatadas pelas próprias vítimas; 4) apoio a ofensores, incentivando-os a entender, aceitar e cumprir suas obrigações; 5) reconhecer que, embora as obrigações possam ser difíceis ou pesadas para os ofensores, tais obrigações não devem ser impostas ou consideradas como dano e devem ser passíveis de cumprimento; 6) proporcionar oportunidades de diálogo, direto ou indireto, entre a vítima e o ofensor, conforme apropriado; 7) encontrar maneiras significativas de envolver a comunidade e responder às concepções comunitárias de crime; 8) incentivar a colaboração e a reintegração das vítimas e dos ofensores, ao invés da coerção e do isolamento; 9) dar atenção às consequências não-intencionais das ações e do programa; 10) mostrar respeito a todas as partes — vítimas, ofensores e colegas do sistema de justiça (ZEHR, Howard. *The Little Book... cit.*, capítulo 2).

satisfação da vítima, do ofensor e da comunidade; e c) proteção legal dos indivíduos contra ações estatais injustificadas.<sup>98</sup>

Van Ness e Karen Strong, por sua vez, estabelecem como princípios fundamentais da justiça restaurativa: a) exigência de um trabalho voltado para a *cura* das vítimas, dos ofensores e das comunidades danificadas pelo crime; b) garantia de que as vítimas, os ofensores e a comunidade tenham a oportunidade de se envolver ativamente no processo de solução do conflito o mais cedo que desejarem e de forma plena; e c) necessidade de repensar os papéis e responsabilidades do governo e da comunidade, uma vez que na promoção da justiça o governo é o responsável por preservar uma ordem justa e a comunidade por estabelecer uma paz justa.<sup>99</sup> Van Ness e Karen Strong também identificam quatro valores normativos<sup>100</sup> e dez valores operacionais na justiça restaurativa<sup>101</sup>.

<sup>98</sup> BAZEMORE, Gordon; WALGRAVE, Lode. Restorative juvenile justice: in search of fundamentals and an outline for systemic reform. In: BAZEMORE, Gordon; WALGRAVE, Lode (eds.). *Restorative Juvenile Justice: Repairing the Harm of Youth Crime*. Monsey: Criminal Justice Press, 1999, p. 65.

<sup>99</sup> NESS, Daniel W. Van; STRONG, Karen Heetderks. Op. cit., pp. 43-47.

<sup>100</sup> Os valores normativos são classificados pelos autores como o “modo como o mundo deveria ser”. São eles: 1) responsabilidade ativa (tomar a iniciativa de ajudar a preservar e a promover valores restaurativos e a reparar comportamentos que prejudiquem outras pessoas); 2) vida social pacífica (responder ao crime de forma a promover a harmonia, contentamento, segurança e bem-estar da comunidade); 3) respeito (respeitar e tratar todas as partes envolvidas em um conflito criminoso como pessoas dotadas de dignidade e valor); e 4) solidariedade (experiência de apoio e conectividade mesmo em meio a divergências significativas ou diferenças) (NESS, Daniel W. Van; STRONG, Karen Heetderks. Op. cit., pp. 48-49).

<sup>101</sup> Os valores operacionais são aqueles que deveriam servir como critérios básicos para o correto funcionamento das práticas restaurativas. São eles: 1) reparação (o responsável pelo dano decorrente da ofensa também é responsável por sua reparação); 2) assistência (as partes afetadas são auxiliadas conforme necessário para que possam se tornar membros contribuintes de suas próprias comunidades após o delito); 3) colaboração (as partes são encorajadas a encontrar soluções a partir da tomada de decisão mútua e consensual); 4) *empowerment* (as partes tem de ter uma oportunidade autêntica de participar e influenciar nas deliberações sobre a solução do conflito); 5) encontro (as partes devem poder se encontrar em um ambiente seguro para discutir a ofensa e proceder ao seu processo de solução); 6) inclusão (as partes diretamente afetadas são convidadas a se engajar diretamente nas práticas restaurativas); 7) educação moral (reforço de normas e valores comunitários

A Organização das Nações Unidas estabelece como valores da justiça restaurativa a) o tratamento respeitoso de todos os envolvidos; b) a promoção de participação e empoderamento de todas as partes interessadas; c) clareza e previsibilidade; e d) flexibilidade e responsividade às circunstâncias individuais de cada caso.<sup>102</sup>

Ao contrário do sistema tradicional de justiça criminal que provoca dor e sofrimento, na justiça restaurativa a punição é ressignificada e assume um caráter humanitário e integracionista. Nas práticas restaurativas, a punição pode adotar diferentes formas (compensação, reparação, reconciliação, retratação, prestação de serviços comunitários, entre outras), podendo ser diretas ou indiretas, concretas ou simbólicas, não necessariamente dirigidas à vítima.<sup>103</sup>

### 3.2. A INFLUÊNCIA DOS IDEAIS DE NILS CHRISTIE NO ATUAL PARADIGMA RESTAURATIVO

O estudo da justiça restaurativa precedido da exposição por menorizada do pensamento de Nils Christie permite a verificação da concretização de seus ideais no paradigma restaurativo.

Há na justiça restaurativa a preocupação com a integração social, identificada na tentativa de criação de espaços viáveis de encontro e diálogo que permitam aos envolvidos no conflito que conheçam uns aos outros como *peças* e não em razão do papel que desempenham na sociedade. A aproximação entre vítima, ofensor e comunidade permite que a realidade de cada um seja conhecida (suas crenças, seus valores, seus motivos, seus sofrimentos), diminuindo o distanciamento social observado por Christie. Trata-se, nesta acepção, de uma tentativa de *repersonalização* da vida social.

---

decorrente da interação entre as partes no processo restaurativo); 8) proteção (proteção emocional e física de todas as partes envolvidas no processo); 9) reintegração (às partes são conferidos meios e oportunidades de reintegração social); e 10) solução (os problemas relacionados à ofensa e as suas consequências são devidamente abordados e as pessoas envolvidas são apoiadas) (NESS, Daniel W. Van; STRONG, Karen Heetderks. Op. cit., p. 49).

<sup>102</sup> UNITED NATIONS. Op. cit., p. 9.

<sup>103</sup> WALGRAVE, Lode. Op. cit., pp. 9-11; ZEHR, Howard. *Changing lenses...* cit., p. 210 e ss.; GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *A construção social...* cit., p. 94.

As práticas restaurativas impedem que as pessoas sejam avaliadas a partir de uma dicotomia simplista de que alguém tem de necessariamente perder e alguém necessariamente ganhar, como ocorre no atual sistema de justiça criminal. Através da voluntária participação, do compromisso e do empoderamento das partes, durante o processo de solução do conflito as práticas restaurativas permitem, pela via do diálogo, o reforço dos valores comunitários, a ressocialização e a efetiva reparação do dano, ideias profusamente defendidas por Christie. Reconhece-se a importância das possibilidades pedagógicas extraídas do processo de solução do conflito. Desta forma, sob a perspectiva restaurativa somente existem ganhadores. Essa aproximação entre as partes também rompe com a tendência da justiça criminal hodierna de tratar todos os casos como se iguais fossem, recuperando a singularidade de cada conflito.

A justiça restaurativa se preocupa, portanto, com a (tentativa de) *devolução do conflito* às partes; volta a atenção ao dano causado e à participação das partes no processo de solução do conflito, o qual se torna, por vezes, mais importante do que a sua própria solução, como defendido por Nils Christie. Trata com igualdade e devida preocupação tanto a vítima quanto o ofensor, respondendo às necessidades da vítima ao mesmo tempo em que incentiva o ofensor a compreender o dano provocado e a relevância do cumprimento de suas obrigações reparadoras. Permite a construção de uma solução considerada justa, adequada e satisfatória sob a ótica dos envolvidos e protege os indivíduos contra ações estatais injustificadas, ideais estes defendidos por Christie.

Ao apontar que a pena imposta pelo tradicional sistema de justiça criminal não é mais do que a imposição intencional de dor — e que a discussão sobre a punição é também uma discussão sobre a imposição de uma dor —, Christie abriu caminho para a formulação de métodos alternativos de solução de conflitos criminais. Embora não prescindia da punição, na perspectiva restaurativa a punição ganha um significado humanitário que se distancia da infligência de dor. Abre-se às partes a possibilidade de deliberação de soluções como a compensação, a retratação e a prestação de serviços comunitários como modo de formalizar e materializar o juízo de reprovação. Trata-se de uma tentativa de cura, uma tentativa humana de efetiva reparação do impacto e das consequências (individuais e comunitárias) provocados pelo conflito.

No paradigma restaurativo há, portanto, o reconhecimento de que a pena é um mal (um sofrimento) e de que reagir ao mal representado pelo crime com o mal da pena não significa nada mais que a própria perpetuação do mal<sup>104</sup>, a infligência de mais sofrimento, sem qualquer encerramento verdadeiramente satisfatório e humanitário para o conflito. Isso porque a pena de prisão ou a pena de multa não reparam o dano sofrido pela vítima, por se tratarem, assim como defendido por Christie, de sanções estranhas aos envolvidos na ofensa.

Somente através das práticas restaurativas é que poderiam ser concretizados aqueles objetivos inicialmente prometidos, porém reconhecidamente não cumpridos, pelo sistema penal tradicional. Somente através da justiça restaurativa é que há a possibilidade de conferir uma experiência significativa de justiça para as vítimas e a cura de traumas que elas usualmente sofrem. Somente as práticas restaurativas viabilizam o verdadeiro empoderamento das partes; a reconciliação; a verdadeira responsabilização do infrator; a reintegração do ofensor à sociedade (ressocialização); a efetiva reparação do dano (reparação simbólica, patrimonial, econômica ou social); e a regeneração comunitária.

### 3.3. NOTAS SOBRE A MEDIAÇÃO PENAL DE ADULTOS EM PORTUGAL

A justiça restaurativa tende a ganhar mais legitimidade e produzir os efeitos almejados pelos seus defensores quando amparada por previsão legal.<sup>105</sup> Os exemplos de justiça restaurativa bem-sucedidos que mais se destacam atualmente — inspirados pela matriz da criminologia crítica, do abolicionismo penal e do minimalismo de Nils Christie — são os modelos belga, neozelandês e norueguês<sup>106</sup>.

---

<sup>104</sup> SANTOS, Cláudia. *Um crime, dois...*, cit., p. 463.

<sup>105</sup> ACHUTTI, Daniel Silva. *Justiça Restaurativa e...* cit., pp. 185-186.

<sup>106</sup> Cf. NESS, Daniel W. Van; STRONG, Karen Heetderks. Op. cit., p. 30 e ss. Para mais informações sobre o modelo belga, o modelo neozelandês e o modelo norueguês, cf., respectivamente, SHAPLAND, Joanna; CRAWFORD, Adam; GRAY, Emily; BURN, Daniel. *Learning lessons from Belgium and Northern Ireland*. Sheffield: University of Sheffield, 2017; NEW ZEALAND. Ministry of Justice. *Restorative justice: best practice framework*. Wellington: National Office, 2017; NESS, Daniel W. Van; STRONG, Karen Heetderks. Op. cit., pp. 26-28, 34, 155-156.

No Brasil, embora as práticas restaurativas sejam empregadas há mais de dez anos para a solução de conflitos criminais (em sua maior parte de menor potencial ofensivo)<sup>107</sup>, são tímidos e lentos os passos trilhados para a implementação de práticas restaurativas na ordem jurídica interna. A justiça restaurativa não possui previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro. O Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n.º 7006/2006<sup>108</sup> e as recomendações que constam na Resolução 225 do Conselho Nacional de Justiça, de 31 de maio de 2016<sup>109</sup>, destacam-se como os instrumentos

<sup>107</sup> De acordo com o Conselho Nacional de Justiça (cf. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça Restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ 225*. Brasília: CNJ, 2016, p. 20).

Rafaella Pallamolla aponta que as primeiras experiências oficiais de justiça restaurativa no Brasil ocorreram em 2005, com a criação e implementação do projeto “Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileiro”, organizado pelo Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Direitos Humanos e pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, aplicado nas cidades de Porto Alegre/RS, São Caetano do Sul/SP e Brasília/DF (PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *A mediação penal no Brasil: presente e futuro*. In: MELLO, Kátia Sento Sé; BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti; FILPO, Klever Paulo Leal (orgs.). *Potencialidades e incertezas de formas não violentas de administração de conflitos no Brasil e na Argentina*. Porto Alegre: Evangraf, 2018, p. 143).

No Brasil, os “círculos de pacificação” (ou “círculos de construção de paz”) são as práticas restaurativas penais mais aplicadas atualmente (PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *A mediação penal...* cit., pp. 146-153). Tratam-se de práticas inicialmente desenvolvidas em 1991 por Barry Stuart, juiz do *Yukon Territorial Court* (Canadá), inspiradas nas tradições nativas e aborígenes de tribos da América do Norte e da Oceania de utilização de “círculos” para a solução de diferentes tipos de conflito. Os círculos foram adaptados por Barry Stuart ao sistema de justiça criminal e posteriormente aperfeiçoados por Kay Pranis, hoje considerada referência mundial nesta modalidade de prática restaurativa (NESS, Daniel W. Van; STRONG, Karen Heetderks. Op. cit., pp. 29-30; PARKER, Lynette. *Circles. Centre for Justice & Reconciliation*. Disponível em: <<http://restorativejustice.org/restorative-justice/about-restorative-justice/tutorial-intro-to-restorative-justice/lesson-3-programs/circles/>>. Acesso em: 30 jan. 2019).

<sup>108</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei PL 7006/2006*. Disponível em: <<https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=323785>>. Acesso em: 26 nov. 2018.

<sup>109</sup> Que “dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário” e evidencia a importância e a necessidade de implementação e aplicação de práticas restaurativas no Brasil (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução 225, de 31 de maio de 2016*.

jurídicos mais relevantes na implementação de práticas restaurativas no cenário jurídico brasileiro.

Uma das mais recentes positivamente de justiça restaurativa no contexto mundial é a mediação penal “de adultos” em Portugal. A mediação penal de adultos — apesar de não ser a única prática restaurativa no ordenamento jurídico português<sup>110</sup> — encontra previsão legal na Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho (a qual transpõe a Decisão-Quadro n.º 2001/220/JAI, do Conselho, de 15 de Março para o ordenamento jurídico português).

Nos debates parlamentares da proposta de lei que deu origem à mediação penal de adultos, pontuou-se a pretensão de criar um sistema de mediação penal “assente num processo informal e flexível, conduzido por um terceiro imparcial, o mediador, que promove a aproximação entre o arguido e o ofendido”<sup>111</sup>, com a finalidade de apoiá-los a “encontrar activamente um acordo que permita a reparação — não necessariamente

---

Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/atos\\_normativos/resolucao/resolucao\\_225\\_31052016\\_02062016161414.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf)>. Acesso em: 28 nov. 2018).

<sup>110</sup> Outro exemplo de prática restaurativa no âmbito penal português é aquele voltado à “delinquência juvenil”, regulamentado pela “Lei Tutelar Educativa” (Lei n.º 166/99, de 14 de Setembro).

<sup>111</sup> PORTUGAL. Assembleia da República. *Proposta de Lei n.º 107/X: Relatório, conclusões e parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias*. Disponível em: <<http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/s2a/10/02/047/2007-02-23/30?pgs=30-35&org=PLC>>. Acesso em: 28 jan. 2019, pp. 30-31.

Cumprir destacar que o(a) mediador(a) penal deve preencher os seguintes requisitos previstos no artigo 12.º da Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho: Artigo 12.º: “1 - As listas de mediadores penais são preenchidas mediante um procedimento de selecção, podendo candidatar-se quem satisfizer os seguintes requisitos: a) Ter mais de 25 anos de idade; b) Estar no pleno gozo dos seus direitos civis e políticos; c) Ter licenciatura ou experiência profissional adequadas; d) Estar habilitado com um curso de mediação penal reconhecido pelo Ministério da Justiça; e) Ser pessoa idónea para o exercício da actividade de mediador penal; f) Ter o domínio da língua portuguesa. 2 - Entre outras circunstâncias, é indiciador de falta de idoneidade para inscrição nas listas oficiais o facto de o requerente ter sido condenado por sentença transitada em julgado pela prática de crime doloso”.

A actividade do mediador penal é remunerada (artigo 13.º da Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho) e deve observar os deveres de imparcialidade, independência, confidencialidade e diligência (artigo 10.º da referida lei).

pecuniária — dos danos causados pelo facto ilícito e contribua para a restauração da paz social”<sup>112</sup>.

A mediação penal de adultos tem aplicação em qualquer uma das fases do inquérito<sup>113</sup>, por iniciativa do Ministério Público (sempre que verificados os pressupostos do artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho<sup>114</sup>) ou do ofendido e arguido (réu) (artigo 3.º, n.º 2<sup>115</sup>). Trata-se de uma prática restaurativa restrita aos crimes particulares em sentido estrito e aos crimes semipúblicos<sup>116</sup> contra as pessoas ou contra o patrimônio (artigo 2.º, n.ºs 1 e 2). Independentemente da natureza do crime, não podem ser remetidos para mediação casos em que: “a) o tipo legal de crime preveja pena de prisão superior a 5 anos; b) se trate de processo por crime contra a liberdade ou autodeterminação sexual; c) se trate de processo por crime de peculato, corrupção ou tráfico de influência; d) o ofendido seja menor de 16 anos; e) seja aplicável processo sumário ou sumaríssimo” (artigo 2.º, n.º 3).

Consoante os artigos 3.º e 4.º da Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho, a mediação penal depende do consentimento do ofendido e do réu; é conduzida por um terceiro imparcial (mediador); é caracterizada por sessões de carácter confidencial, “informal e flexível”; e tem como finalidade auxiliar as partes a encontrar um acordo que permita a reparação dos

<sup>112</sup> PORTUGAL. Assembleia da República. *Proposta de Lei...* cit., p. 31.

<sup>113</sup> Em Portugal, o inquérito tem natureza judicial e, com exceção aos casos previstos em lei, é indispensável (cf. artigos 262 e seguintes do Código de Processo Penal Português).

<sup>114</sup> Artigo 2.º: “1 - Para os efeitos previstos no artigo anterior, o Ministério Público, em qualquer momento do inquérito, se tiverem sido *recolhidos indícios de se ter verificado crime e de que o arguido foi o seu agente, e se entender que desse modo se pode responder adequadamente às exigências de prevenção que no caso se façam sentir*, designa um mediador das listas previstas no artigo 11.º e remete-lhe a informação que considere essencial sobre o arguido e o ofendido e uma descrição sumária do objecto do processo” (destaques nossos).

<sup>115</sup> Artigo 2.º: “2 - Se o ofendido e o arguido requererem a mediação, nos casos em que esta é admitida ao abrigo da presente lei, o Ministério Público designa um mediador nos termos do número anterior, independentemente da verificação dos requisitos aí previstos”.

<sup>116</sup> Crimes cuja instauração da ação penal dependem de queixa de pessoa legitimada para prestá-la.

danos causados. Nas sessões de mediação, as partes devem comparecer pessoalmente, podendo ser acompanhadas por advogado (artigo 8.º).

A mediação penal de adultos rege-se, portanto, “pelos princípios fundamentais do *consentimento informado*, da *confidencialidade*, da *informalidade* e da *pessoalidade*”<sup>117</sup>. Depende da verificação da vontade das partes em participar no procedimento de mediação e do comparecimento pessoal dos envolvidos no conflito, sem possibilidade de representação (exceto nos casos em que o ofendido seja pessoa jurídica, não possuir discernimento para compreender o sentido da queixa ou ter morrido sem renunciar à queixa). O processo de mediação não é regulamentado, porém deve obedecer a ética e a deontologia profissional da atividade de mediação em Portugal. Todo o teor das sessões é confidencial, as informações obtidas durante o procedimento não podem ser valoradas como prova em processo judicial (por força do artigo 4.º, n.º 5 e artigo 10.º, n.ºs 3, 4 e 5).<sup>118</sup>

Ao final do encontro restaurativo, as partes têm autonomia para estabelecer a solução do problema através de um acordo, nos moldes que desejarem, desde que celebrado mediante seu expresso consentimento. O acordo não pode possuir natureza de “sanções privativas da liberdade ou deveres que ofendam a dignidade do arguido ou cujo cumprimento se deva prolongar por mais de seis meses” (artigo 6.º). Celebrado o acordo, este é reduzido a termo, assinado pelas partes e remetido pelo mediador ao Ministério Público (artigo 5.º, n.º 3), que verificará a sua adequação com as disposições previstas na Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho e homologará a desistência da queixa no prazo de cinco dias (artigo 5.º, n.ºs 3 e 4). O descumprimento do acordo nos prazos fixados possibilita ao ofendido a renovação da queixa dentro do prazo de um mês, o que resulta na reabertura do inquérito (artigo 5.º, n.º 4).

Apesar de representar um significativo avanço no que tange à tentativa de implementação de práticas restaurativas no sistema de justiça criminal, ao mesmo tempo em que (tenta) se aproxima(r) de muitos dos fundamentos do paradigma restaurativo e dos ideais defendidos por Nils Christie, a mediação penal de adultos também acaba por se afastar

---

<sup>117</sup> MORÃO, Helena. Op. cit., p. 271 (destaques no original).

<sup>118</sup> Para mais informações acerca do funcionamento do procedimento de mediação penal de adultos em Portugal, cf. MORÃO, Helena. Op. cit., pp. 271 e ss.

de premissas básicas da justiça restaurativa, característica que suscita diferentes críticas na doutrina portuguesa.

A primeira grande crítica é a baixa adoção desta prática restaurativa. A título de ilustração, de acordo com os dados do Sistema de Informação das Estatísticas da Justiça do governo português<sup>119</sup>, entre o período de 2017 e o primeiro semestre de 2018 não houve registro de nenhum pedido ou movimento de processos de mediação penal em Portugal. Em 2016 somente foram registrados 6 procedimentos; e em 2015 foram registrados 34 procedimentos. Sem dúvida que a restrição do seu âmbito de aplicação (crimes particulares em sentido estrito e crimes semipúblicos contra as pessoas ou contra o patrimônio), a necessidade de consenso de ambas as partes para remessa à mediação por sua iniciativa e os demais requisitos contidos na Lei n.º 21/2007, de 12 de Junho impactam a quantidade de processos a serem remetidos à mediação, porém mesmo considerando-se todos estas limitações as estatísticas demonstram a sua diminuta aplicabilidade no sistema de justiça criminal português.

A limitação do âmbito de aplicação da mediação penal de adultos aos crimes particulares em sentido estrito e aos crimes semipúblicos contra as pessoas ou contra o patrimônio também não está livre de críticas, seja porque, como defende Cláudia Cruz Santos, nos crimes públicos também há a possibilidade de “existir um conflito com a dimensão pessoal ou interpessoal carecido de uma possibilidade de pacificação”<sup>120</sup>; seja pela atecnia legislativa na redação do artigo 2.<sup>º</sup><sup>121</sup>; ou então por ir contra os

<sup>119</sup> PORTUGAL. Direção-Geral da Política de Justiça. Sistema de Informação das Estatísticas da Justiça. *Estatísticas Oficiais da Justiça*. Disponível em: <<http://www.siej.dgpj.mj.pt>>. Acesso em: 02 fev. 2019.

<sup>120</sup> SANTOS, Cláudia Cruz. *A justiça restaurativa...* cit., p. 675.

<sup>121</sup> “[Q]uando o legislador reportou aos crimes ‘contra a pessoa’, deveria ter antes feito referência a crimes ‘que afectem bens jurídico-penais pessoais’. (...) O problema coloca-se de forma mais evidente, a nosso ver, na última parte do n.º 2 do artigo 2.º, quando é limitada a mediação penal, no que aos crimes semi-públicos diz respeito, aos crimes ‘contra o patrimônio’. De que patrimônio se trata? Estamos em crer que o legislador pretende englobar, sob tal expressão, tanto a propriedade em particular como o patrimônio em geral sendo, portanto, de aceitar a mediação penal por exemplo para os crimes de furto ou de dano. Tratando-se, assim, de uma noção lata de patrimônio, aceitaremos, a título exemplificativo e para além daqueles dois crimes, que a burla ou a emissão de cheque sem provisão possam conduzir à resolução da

fundamentos do paradigma restaurativo e dos ideais de Nils Christie de ampliação do âmbito de aplicação das práticas restaurativas.

Apesar do esforço do legislador português, a *integração*<sup>122</sup> da mediação penal de adultos ao processo penal não permite que esta prática seja considerada uma verdadeira ruptura do monopólio estatal do processo de solução do conflito, como defendia Christie, pois este ainda se encontra submetido ao controle do Ministério Público.

Além de não prever a participação de membros da comunidade ou de profissionais facilitadores na organização do conflito além do próprio mediador penal (como assistentes sociais ou psicólogos)<sup>123</sup>, a legislação dificulta a remessa do conflito à mediação penal por iniciativa do ofendido e do arguido, por neste caso requerer o consenso de *ambas as partes* (artigo 2.º, n.º 2), contrariando os ideais defendidos por Nils Christie e os fundamentos da justiça restaurativa de autonomia da vítima e do ofensor.

Há de se destacar, contudo, o mérito do legislador ao conferir liberdade de fixação do acordo às partes, podendo a punição assumir natureza não somente material mas principalmente simbólica, bem como por impedir a infligção de dor ao proibir punições incompatíveis com o ideal restaurativo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

As teorias desenvolvidas por Nils Christie contribuíram para o questionamento e uma nova visão sobre o funcionamento do sistema de justiça penal tradicional. Se, no início desta investigação, questionávamo-nos

---

questão por via da mediação. Coloca-se, então, a questão de saber o que fica de fora do n.º 2 do artigo 2.º” (ROBALO, Teresa L. Albuquerque e Sousa. Dois modelos de justiça restaurativa: a mediação penal (adultos) e os *family group conferences* (menores e jovens adultos). *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, A. 22, n. 1, p. 79-128, 2012, pp. 92-93. Ver, na mesma obra, p. 91 e ss. para mais críticas referente à atecnia legislativa).

<sup>122</sup> MORÃO, Helena. Op. cit., p. 272.

<sup>123</sup> Embora o artigo 8.º faculte às partes a possibilidade de serem acompanhadas por seus advogados, acreditamos que a atuação destes profissionais deve ser restrita à organização do conflito — para usar a terminologia de Christie —, assegurando a não violação de direitos do seu representado e esclarecendo eventuais questões jurídico-legais, jamais interferindo de maneira direta no processo de solução do conflito.

acerca da exequibilidade de métodos alternativos de solução de conflitos criminais, agora não nos restam mais dúvidas: a partir das ideias de Nils Christie verificamos serem as práticas restaurativas plenamente exequíveis.

Encontramos no minimalismo de Nils Christie a plena possibilidade de desenvolvimento de práticas restaurativas que pretendam romper com a dor e com o sofrimento causados pelo modelo tradicional de justiça penal. O conflito criminal não precisa necessariamente ser solucionado com a aplicação de dor e sofrimento inerentes ao processo penal e à cominação de uma pena de prisão. Diante do manifesto fracasso do sistema penal, premente a necessidade de examinarmos o conflito criminal e os seus meios de solução sob uma ótica diversa, em que as próprias partes participem no processo de solução do *problema*, construindo a solução que julgam mais justa a partir do diálogo e mútua compreensão.

A justiça restaurativa, influenciada por muitos dos ideais de Nils Christie, surge como uma valiosa possibilidade de aprendizado para a vítima, para que ela conheça o seu ofensor e os motivos que o levaram a praticar o injusto. É também uma possibilidade de aprendizado para o ofensor, o qual pode encontrar na prática restaurativa a sua redenção e oportunidades de reabilitação e ressocialização. As práticas restaurativas possibilitam que o ser humano seja visto como uma pessoa complexa que interage com outros indivíduos complexos, criando suas próprias regras e fazendo justiça de acordo com seus valores e experiências de vida.

Compensação, cura, crescimento pessoal, restauração, transformação, hospitalidade, solidariedade, empatia, responsabilidade e empoderamento das partes são noções basilares que devem nortear os meios alternativos para a solução do conflito, de modo a impedir a resposta automática da pena de prisão (ou de qualquer outra forma de sanção retributiva ou afliativa) para os conflitos criminais.

Ainda não conseguimos superar o tradicional modelo de perseguição e punição penal, porém, lentamente e com muito esforço, trilhamos em busca de novos meios de solução de conflitos criminais, como ocorre com as iniciativas de positivação da justiça restaurativa no Brasil e com a mediação penal de adultos em Portugal. Concretizam-se, aos poucos, os legados deixados por Nils Christie, sobretudo a necessidade de procurarmos alternativas à punição e não somente punições alternativas. Já é hora de *trocarmos as lentes* e apostarmos em meios alternativos mais

humanitários para solução dos problemas tradicionalmente submetidos ao sistema penal, de modo a eliminarmos a imposição intencional de dor e permitir a construção de uma solução considerada justa, adequada e satisfatória sob a ótica dos envolvidos.

Os ideais de Nils Christie não devem ser considerados inexecutáveis. Devem, no mínimo, servir como uma bússola que aponta para formas mais humanas de solução do conflito criminal, formas que possibilitem que extirpemos a infligência de dor do sistema de justiça criminal.

## REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel Silva. *Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2014.

ACHUTTI, Daniel. Justiça restaurativa no Brasil: possibilidades a partir da experiência belga. *Civitas*, Porto Alegre, v. 13, n. 1, p. 154-181, 2013. <https://doi.org/10.15448/1984-7289.2013.1.13344>

ALVESALO-KUUSI, Anne; BITTLE, Steven; LÄHTEENMÄKI, Liisa. Corporate Criminal Liability and Abolitionism – An unholy alliance of corporate power and critical criminology?. *Justice, Power and Resistance*, London, v. 1, n. 1, p. 24-46, 2017.

ANDRADE, Manuel da Costa; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Criminologia: O Homem Delinquent e a Sociedade Criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

ÁVILA, Gustavo Noronha de. O debate entre Luigi Ferrajoli e os abolicionistas: entre a sedução pelo discurso do medo e as práticas libertárias. *Revista Jurídica Cesumar*, São Paulo, v. 16, n. 2, p. 543-561, 2016. <https://doi.org/10.17765/2176-9184.2016v16n2p543-561>

BAILONE, Matías. En busca de una sensata cantidad de abolicionismo: de la conciencia política al desarrollo académico. In: POSTAY, Maximiliano E. (comp.). *El abolicionismo penal en América Latina: imaginación no punitiva y militancia*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2012, p. 85-108.

BAZEMORE, Gordon; WALGRAVE, Lode. Restorative juvenile justice: in search of fundamentals and an outline for systemic reform. In: BAZEMORE, Gordon; WALGRAVE, Lode (eds.). *Restorative Juvenile Justice: Repairing the Harm of Youth Crime*. Monsey: Criminal Justice Press, 1999, p. 45-74.

BECKER, Howard Saul. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2008.

BIANCHI, Herman Thomas. Abolitionism in the Past, Present and Future. In: LASOČIK, Zbigniew; PLATEK, Monika; RZEPLIĄNSKA, Irena (Ed.). *Abolitionism in History: On Another Way of Thinking*. Warszawa: Instytut Profilaktyki Społecznej i Resocjalizacji Uniwersytetu Warszawskiego, 1991.

BORDIEU, Pierre. O poder simbólico. Tradução: Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

BRAITHWAITE, John. *Restorative Justice and Responsive Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

BRAITHWAITE, John. Restorative Justice: Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts. *Crime and Justice*, Chicago, v. 25, pp. 1-127, 1999. <https://doi.org/10.1086/449287>

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei PL 7006/2006*. Disponível em: <<https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=323785>>. Acesso em: 26 nov. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça Restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ 225*. Brasília: CNJ, 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução 225, de 31 de maio de 2016*. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/atos\\_normativos/resolucao/resolucao\\_225\\_31052016\\_02062016161414.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf)>. Acesso em: 28 nov. 2018.

BURGH, Richard W. Do the Guilty Deserve Punishment?. *The Journal of Philosophy*, [S. l.], v. 79, n. 4, p. 193-210, 1982. <https://doi.org/10.2307/2026220>

CARRIER, Nicolas; PICHÉ, Justin. The State of Abolitionism. *Champ Pénal/Penal Field*, Paris, v. XXI, 2015. <https://dx.doi.org/10.4000/champpenal.9164>

CHRISTIE, Nils. Conflicts as property. *The British Journal of Criminology*, London, v. 17, n. 1, p. 1-15, 1977. <https://doi.org/10.1093/oxfordjournals.bjc.a046783>

CHRISTIE, Nils. Images of man in modern penal law. *Contemporary Crises*, Dordrecht, v. 10, n. 1, p. 95-106, 1986. <https://doi.org/10.1007/BF00728498>

CHRISTIE, Nils. *Limits to Pain: The Role of Punishment in Penal Policy*. Eugene: Wipf and Stock Publishers, 2007.

CHRISTIE, Nils. Victim Movements at a crossroad. *Punishment & Society*, London, v. 12, n. 2, p. 115-122, 2010. <https://doi.org/10.1177%2F1462474509357978>

CHRISTIE, Nils. *A indústria do Controle do Crime: a caminho dos GULAGs em estilo ocidental*. Tradução: Luís Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade de crime*. Tradução, apresentação e notas: André Nascimento. 1ª reimpr. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2013.

COHEN, Stan. Introducción. In: CIAFARDINI, Mariano Alberto; BONDANZA, Mirta Lilián (orgs.). *Abolicionismo Penal*. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anonima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 1989, p. 13-14.

DEVOTO, Eleonora; JULIANO, Mario Alberto. Un sistema penal alternativo. Hacia la abolición de la violencia institucional. In: POSTAY, Maximiliano E. (comp.). *El abolicionismo penal en América Latina: imaginación no punitiva y militancia*. Buenos Aires: Del Puerto, 2012, p. 109-116.

DIGNAN, James. *Understanding victims and restorative justice*. Maidenhead: Open University Press, 2005.

EGLASH, Albert. Creative Restitution. A Broader Meaning for an Old Term. *The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science, Chicago*, v. 48, n. 6, p. 619-622, 1958. <https://doi.org/10.2307/1140258>

EGLASH, Albert. Beyond Restitution: Creative Restitution. In: GALAWAY, Burt; HUDSON, Joe (eds.). *Restitution in Criminal Justice*. Lexington: Lexington Books, 1975, p. 91-101.

FERREIRA, Francisco Amado. *Justiça Restaurativa: Natureza, Finalidades e Instrumentos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. O confisco do conflito na histografia penal. *Revista Eletrônica Direito e Sociedade, Canoas*, v. 6, n. 2, p. 23-39, 2018. <https://doi.org/10.18316/redes.v6i2.3483>

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. A construção social da censura e a penologia um passo além: reparação criativa e restauração. *Sistema Penal & Violência, Porto Alegre*, v. 6, n. 1, p. 88-102, 2014. <https://doi.org/10.15448/2177-6784.2014.1.16650>

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas: O Sistema Penal em Questão*. Tradução: Maria Lúcia Karam. 2ª ed. Niterói: Luam, 1997.

HULSMAN, Louk. El enfoque abolicionista: políticas criminales alternativas. In: RODENAS, Alejandra; FONT, Enrique Andrés; SAGARDUY, Ramiro A. P. (dirs.). *Criminología Crítica y Control Social*: 1. "El Poder Punitivo del Estado". Rosario: Juris, 1993, p. 75-104.

HULSMAN, Louk H. C. Critical criminology and the concept of crime. *Contemporary Crises, Amsterdam*. v. 10, p. 63-80, 1986. <https://doi.org/10.1007/BF00728496>

JACCOUD, Mylène. Innovations pénales et justice réparatrice. *Champ pénal/Penal field*. Disponível em: <<https://journals.openedition.org/champpenal/1269>>. Acesso em: 03 fev. 2019. <https://doi.org/10.4000/champpenal.1269>

JOHNSTONE, Gerry; NESS, Daniel W. Van. The meaning of restorative justice. In: JOHNSTONE, Gerry; NESS, Daniel W. Van (eds.). *Handbook of Restorative Justice*. Cullompton: Willan Publishing, 2007, p. 5-23.

KERCHOVE, Michel van de. La justice restauratrice au cœur du conflit des paradigmes de la peine. *Histoire de la justice*, Paris, n. 25, p. 123-133, 2015. <https://doi.org/10.3917/rhj.025.0123>

LARRAURI, Elena. *La herencia de la criminología crítica*. 2ª ed. México: Siglo XXI Editores, 1992.

LLEWELLYN, Jennifer J.; HOWSE, Robert. *Restorative Justice: A Conceptual Framework*. Ottawa: Law Commission of Canada, 1999.

MACHADO, Pedro Sá. A mediação penal-restaurativa e o processo penal-consensual: uma discussão acerca da verdade a partir da Lei nº 21/2007, de 12 de Junho. In: ANTUNES, Maria João; SANTOS, Cláudia Cruz; AMARAL, Cláudio do Prado (coords.). *Os Novos Atores da Justiça Penal*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 163-191.

MARSHALL, Tony. The evolution of restorative justice in Britain. *European Journal on Criminal Policy and Research*, The Hague, Amsterdam, New York, v. 4, n. 4, p. 21-43, 1996. <https://doi.org/10.1007/BF02736712>

MATHIESEN, Thomas. *The Politics of Abolition Revisited*. Abingdon: Routledge, 2015.

MATHIESEN, Thomas. The Abolitionist Stance. *Journal of Prisoners on Prisons*, Ottawa, v. 17, n. 2, p. 58-63, 2008.

MATHIESEN, Thomas. *Prison on Trial*. 3rd ed. Winchester: Waterside Press, 2006.

MIERS, David. *An International Review of Restorative Justice*. Crime Reduction Research Series. London: Home Office, 2001.

MORÃO, Helena. Justiça restaurativa e crimes patrimoniais. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (orgs.). *Direito Penal económico e financeiro: conferências do curso pós-graduado de aperfeiçoamento*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 257-279.

NESS, Daniel W. Van; STRONG, Karen Heetderks. *Restoring justice: an introduction to restorative justice*. 4<sup>th</sup> ed. New Providence: LexisNexis, 2010.

NEW ZEALAND. Ministry of Justice. *Restorative justice: best practice framework*. Wellington: National Office, 2017. Disponível em: <<https://www.justice.govt.nz/assets/Documents/Publications/restorative-justice-best-practice-framework-2017.pdf>>. Acesso em: 01 fev. 2019.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de; FONSECA, André Isola. Conversa com um abolicionista minimalista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, A. 6, n. 21, p. 13-22, 1998.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho Econômico e Social. *Resolução 2002/12, de 24 de julho de 2012*. Disponível em: <<http://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf>>. Acesso em: 01 fev. 2019.

PALI, Brunilda. Justiça ativa: Processos de justiça restaurativa como campo fértil para o exercício da cidadania. *Sistema Penal & Violência*, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 31-42, 2014. <https://doi.org/10.15448/2177-6784.2014.1.16721>

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. A mediação penal no Brasil: presente e futuro. In: MELLO, Kátia Sento Sé; BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti; FILPO, Klever Paulo Leal (orgs.). *Potencialidades e incertezas de formas não violentas de administração de conflitos no Brasil e na Argentina*. Porto Alegre: Evangraf, 2018, p. 137-159.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PARKER, Lynette. Circles. *Centre for Justice & Reconciliation*. Disponível em: <<http://restorativejustice.org/restorative-justice/about-restorative-justice/tutorial-intro-to-restorative-justice/lesson-3-programs/circles/>>. Acesso em: 30 jan. 2019.

PAVARINI, Massimo. Strategy for combat: prisoners' rights and abolitionism. *Justice, Power and Resistance*, London, v. 1, n. 1, p. 67-79, 2017.

PORTUGAL. Assembleia da República. *Proposta de Lei n.º 107/X: Relatório, conclusões e parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias*. Disponível em: <<http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/s2a/10/02/047/2007-02-23/30?pgs=30-35&org=PLC>>. Acesso em: 28 jan. 2019.

PORTUGAL. Direção-Geral da Política de Justiça. Sistema de Informação das Estatísticas da Justiça. *Estatísticas Oficiais da Justiça*. Disponível em: <<http://www.siej.dgpj.mj.pt>>. Acesso em: 02 fev. 2019.

RAYE, Barbara E.; ROBERTS, Ann Warner. Restorative processes. In: JOHNSTONE, Gerry; NESS, Daniel W. Van (eds.). *Handbook of Restorative Justice*. Cullompton: Willan Publishing, 2007, p. 211-227.

ROBALO, Teresa L. Albuquerque e Sousa. Dois modelos de justiça restaurativa: a mediação penal (adultos) e os *family group conferences* (menores e jovens adultos). *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, A. 22, n. 1, p. 79-128, 2012.

ROSENBLATT, Fernanda Fonseca. Lançando um olhar empírico sobre a justiça restaurativa: alguns desafios a partir da experiência inglesa. *Revista*

*Brasileira de Sociologia do Direito*, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 72-82, 2014. <https://doi.org/10.21910/rbsd.v1n2.2014.28>

RUGGIERO, Vincenzo. The Legacy of Abolitionism. *Champ Pénal/ Penal Field*, Paris, v. XXI, 2015. <https://dx.doi.org/10.4000/champpenal.9080>.

RUGGIERO, Vincenzo. An abolitionist view of restorative justice. *International Journal of Law, Crime and Justice*, Amsterdam, v. 39, n. 2, p. 100-110, 2011, pp. 100-101. <http://dx.doi.org/10.1016/j.ijlcrj.2011.03.001>.

RUGGIERO, Vincenzo. *Penal Abolitionism: a celebration*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

RUIVO, Marcelo Almeida. O fundamento da pena criminal: para além da classificação dicotômica das finalidades. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, A. 22, n. 2, p. 175-199, 2012.

SANTANA, Selma Pereira de; SANTOS, Carlos Alberto Miranda. A justiça restaurativa como política pública alternativa ao encarceramento em massa. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 227-242, 2018. <https://doi.org/10.5102/rbpp.v8i1.5059>

SANTOS, Cláudia Cruz. *A justiça restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

SANTOS, Cláudia. Um crime, dois conflitos (e a questão, revisitada, do 'roubo do conflito' pelo Estado). *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, A. 17, n. 3, p. 459-474, 2007.

SAWIN, Jennifer Larson; ZEHR, Howard. The ideas of engagement and empowerment. In: JOHNSTONE, Gerry; NESS, Daniel W. Van (eds.). *Handbook of Restorative Justice*. Cullompton: Willan Publishing, 2007, p. 41-58.

SCHEERER, Sebastian. Hacia el Abolicionismo. In: CIAFARDINI, Mariano Alberto; BONDANZA, Mirta Lilián (orgs.). *Abolicionismo Penal*. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anonima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 1989, p. 15-34.

SHAPLAND, Joanna; CRAWFORD, Adam; GRAY, Emily; BURN, Daniel. *Learning lessons from Belgium and Northern Ireland*. Sheffield: University of Sheffield, 2017.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 5ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SULLIVAN, Dennis; TIFFT, Larry (Ed.). *Handbook of Restorative Justice: A Global Perspective*. London, New York: Routledge, 2006.

TIEGHI, Osvaldo Nelo. El abolicionismo radical y el abolicionismo institucional. *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, v. 22, n. 2, p. 309-319, 1995.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia. Diretiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32012L0029>>. Acesso em: 01 fev. 2019.

UNITED NATIONS. Office on Drugs and Crime. *Handbook on Restorative Justice Programmes*. New York: United Nations, 2006.

WALGRAVE, Lode. La justice restaurative: à la recherche d'une théorie et d'un programme. *Criminologie*, Montréal, v. 32, n. 1, p. 7–29, 1999. <https://doi.org/10.7202/004751ar>.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução: Vania Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZEHR, Howard. *The Little Book of Restorative Justice*. Versão eletrônica. New York: Good Books, 2014.

ZEHR, Howard. *Changing lenses: a new focus for crime and justice*. Scottsdale: Herald Press, 1990.

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

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

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

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

### Dados do processo editorial

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

- Recebido em: 10/12/2018
- Controle preliminar e verificação de plágio: 15/12/2018
- Avaliação 1: 21/12/2018
- Avaliação 2: 28/12/2018
- Avaliação 3: 08/01/2019
- Avaliação 4: 11/01/2019
- Decisão editorial preliminar: 20/01/2019
- Retorno rodada de correções: 10/02/2019
- Decisão editorial final: 15/02/2019

### Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-associado: 1 (ELL)
- Revisores: 4

### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

RIBOLI, Eduardo Bolsoni. Um “tribunal orientado para a vítima”: o minimalismo de Nils Christie e as suas contribuições à justiça restaurativa. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 253-298, jan./abr. 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.203>



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

# O perdão do ofendido na cultura jurídico-penal brasileira do século XIX: negociação no século da justiça pública?<sup>1</sup>

*The victim's remission in Brazilian legal penal culture in the  
XIX century: negotiation in the century of public justice?*

**Arley Fernandes Teixeira<sup>2</sup>**

Universidade Federal de Minas Gerais – Belo Horizonte/MG

arleyft96@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/6578378872619308>

 <https://orcid.org/0000-0002-0964-5011>

---

**RESUMO:** O presente trabalho tem como objetivo principal o estudo do perdão do ofendido, um instituto penal presente em ambos os códigos penais brasileiros do século XIX, o Código Criminal de 1830 e o Código Penal de 1890. A análise parte, sobretudo, dos livros jurídicos de direito penal e direito processual penal do Brasil no século XIX e procura, primeiramente, compreender o funcionamento legal desse instituto, quais seus critérios de aplicação e como funciona processualmente a capacidade destinada à parte em perdoar e, portanto, encerrar o processo em andamento e, a partir disso, adentrar nas mais importantes discussões doutrinárias sobre o perdão, das quais destacamos o problema dos miseráveis e a questão das ofensas físicas leves. Todas essas discussões tem o intuito geral de compreender o papel destinado às negociações penais no Brasil desse período, que, apesar de presentes ao longo de todo o século XIX,

---

<sup>1</sup> Este artigo é resultado de uma pesquisa, orientada pelo prof. Ricardo Sontag, que foi financiada pela Fundação de Amparo à Pesquisa de Minas Gerais – FAPEMIG e faz parte do projeto, também financiado pela FAPEMIG, intitulado “História do direito penal brasileiro em perspectiva comparada”, edital Demanda Universal n. 1/2017.

<sup>2</sup> Graduando em Direito pela UFMG. Bolsista de Iniciação Científica FAPEMIG.

passam por um momento de transformação no final desse século. Por fim, procurou-se posicionar essas discussões e conclusões no contexto de formação do Direito Penal Contemporâneo no Brasil, principalmente a partir da década de 1890, uma década fundamental nessa mudança.

**PALAVRAS-CHAVE:** História do direito penal; perdão do ofendido; Brasil; Século XIX.

**ABSTRACT:** *The present work has as its main objective the study of the victim's remission, a criminal institute present in both Brazilian penal codes of the nineteenth century, Criminal Code of 1830 and Penal Code of 1890. The analysis is based, above all, on the legal books on criminal law and criminal procedural law of Brazil in the nineteenth century and seeks, firstly, to understand the legal functioning of this institute, the criteria of application and how works the part's capacity to forgive and, therefore, to close the process in progress and, from there, to enter into the most important doctrinal discussions on forgiveness, from which we highlight the problem of the miserable and the issue of slight physical offenses. All these discussions have the general purpose of understanding the role of criminal negotiations in Brazil during this period, which, although present throughout the nineteenth century, suffered a transformation in the end of this century. Finally, we sought to position these discussions and conclusions in the context of the formation of contemporary criminal law in Brazil, especially since the 1890s, a fundamental decade in this change.*

**KEYWORDS:** *History of Criminal Law; Victim's remission; Brazil; Nineteenth century.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. A afirmação da justiça hegemônica de aparato e a negociação penal: elementos inseparáveis de um longo processo; 2. O perdão do ofendido no Código Criminal de 1830: a internalização da negociação penal; 2.1 O perdão do ofendido no crime de ofensas físicas leves; 2.2 A polêmica questão do perdão do ofendido miserável; 3. O Código Penal de 1890 e o perdão do ofendido: “um produto anachronico de idéas metaphisicas”; Considerações Finais; Referências Bibliográficas.

---

## INTRODUÇÃO

Em análise das discussões na Câmara dos Deputados referentes ao Código Criminal do Brasil, aprovado em 22 de outubro de 1830, Rafael Mafei<sup>3</sup> conclui que durante o processo de criação dessa lei, o critério prático foi mais importante do que discussões teóricas e ideológicas de direito penal. Esse critério girava em torno de dois pontos centrais, a necessidade de substituição do Livro V das Ordenações, então considerado uma “legislação bárbara”, atrasada, e a pacificação social através de legislação repressiva. Algumas questões penais que já ganhavam força na Europa<sup>4</sup> e nos Estados Unidos não foram sequer discutidas pelos legisladores brasileiros, não por desconhecimento, mas pela necessidade de apressar e viabilizar a “modernização” da legislação penal brasileira.

Esse senso prático que guiava as discussões sobre a criação do código, no entanto, não impede de defini-lo como um importante marco, apesar de não o definitivo, na formação do direito penal contemporâneo no Brasil. Mafei<sup>5</sup> explica que diversos elementos centrais para o que se entende atualmente por direito penal ainda não estavam presentes, ou completamente formados, no direito penal oitocentista brasileiro, como a divisão entre parte geral e parte especial, a independência do direito penal enquanto disciplina teórica, bem como a sua colocação no binômio direito público e privado e, ainda, a divisão teórica entre o que é direito processual e o que é direito material. Apesar disso, é possível dizer que os temas centrais do que se entende por direito penal contemporâneo, isto é, eficiência da punição, centralização política do poder punitivo e controle

---

<sup>3</sup> QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *A teoria penal de P. J. A. Feuerbach e os juristas brasileiros do século XIX: a construção do direito penal contemporâneo na obra de P. J. A. Feuerbach e sua consolidação entre os penalistas no Brasil*. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 243.

<sup>4</sup> Sobre o tema recomendo: TARELLO, Giovanni. O problema penal no século XVIII. In: DAL RI JÚNIOR, Arno; SONTAG, Ricardo. *História do direito penal entre medievo e modernidade*, Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 219-231.

<sup>5</sup> QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *A teoria penal de P. J. A. Feuerbach e os juristas brasileiros do século XIX: a construção do direito penal contemporâneo na obra de P. J. A. Feuerbach e sua consolidação entre os penalistas no Brasil*. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 248.

de arbitrariedades não apenas estavam presentes no nosso primeiro código criminal, como são centrais para a sua compreensão. São esses os três elementos que Mafei chama de macrotemas do direito penal contemporâneo.

Para a proposta desse artigo, dois desses pontos são essenciais para a compreensão do porquê se estudar o perdão do ofendido: a eficiência da punição e a centralização política do poder punitivo. O primeiro deles refere-se à estratégia do chamado direito penal moderno, que desde o século XVIII com Beccaria e, posteriormente, com Bentham, entende a importância do efetivo cumprimento da pena, seja por motivos de exemplaridade e, portanto, como uma forma de desestimular a prática do crime, quanto como uma maneira de retribuição ao mal do delito. Em ambas funções a certeza e eficiência da punição é essencial, mesmo que, para tanto, o rigor das leis penais presentes nas ordenações, entre elas o Livro V das Ordenações Filipinas, seja duramente criticado e suprimido em prol de uma legislação mais branda abstratamente, mas que efetivamente possa ser cumprida.

Sobre o segundo ponto, convém citar Mario Sbriccoli, ao escrever sobre a formação da penalística italiana, afirma que o século XIX é um período em que a questão penal ganha uma forte conotação política. Na Itália isso é ainda mais evidente, visto a clara relação entre o processo de unificação política nos anos 1860 e a forma com que os juristas deveriam pensar um Código Penal unitário e centralizador<sup>6</sup>, porém, o Brasil também segue uma lógica similar sobre esse aspecto. Com a independência política em relação a Portugal, em 1822, e a elaboração da Constituição do Império de 1824, o Código Criminal e o Código Civil são os dois alicerces faltantes da formação político-jurídico do Brasil. Nesse mesmo período, o país ainda vivia um período tenso politicamente, marcado pela fragilidade institucional, tanto que apenas um ano após a promulgação do Código Criminal de 1830, inicia-se uma série de revoltas populares no Brasil, chamadas de revoltas regenciais. Nesse contexto, portanto, o Código Criminal tem um forte apelo centralizador e isso reflete, tendencialmente, nos institutos nele presentes.

---

<sup>6</sup> SBRICCOLI, Mario. La penalística civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita. In: SBRICCOLI, Mario. *Storia del diritto penale e della giustizia*, Milão: Giuffrè, v. 2, 2009, p. 515.

O objetivo desse trabalho é compreender e analisar as disposições legais e discussões doutrinárias acerca do perdão do ofendido, um instituto com características bastante particulares, tanto pelo seu caráter negocial e privado, em um contexto de centralização política e eficiência punitiva, quanto, como se verá, pela maneira como essa lógica foi incorporada ao direito penal contemporâneo, processo que chamei de internalização. Com isso, segui uma linha um pouco diferente do habitual, na medida em que busquei, em um instituto que não corresponde exatamente às características gerais do direito penal do período, algumas respostas que ajudassem a desvendar a maneira como se processam esses macrotemas do direito penal contemporâneo no Brasil oitocentista.

A ideia, portanto, é esclarecer questões-chaves, tais como: em quais crimes o perdão poderia ser aceito como meio de extinguir o processo? Qual o critério utilizado para a escolha desses crimes? Em que momento do processo isso poderia ser feito? Quem pode perdoar? Existe diferença entre a aplicação do perdão do ofendido nos códigos de 1830 e de 1890? E, então, propor uma interpretação desses dados extraídos, que auxilie na compreensão do direito penal e direito processual penal brasileiro do século XIX, em especial no que se refere ao seu caráter ainda negocial e privado.

Para tanto, nos ocuparemos, sobretudo, dos livros de doutrina de direito penal material e processual, além, é claro, das fontes legislativas, em especial o Código Criminal de 1830, o Código de Processo Criminal de 1832, o Código Penal de 1890 e, eventualmente, a Constituição Imperial de 1830 e a Constituição Republicana de 1891. Além disso, serão utilizados dados extraídos da Hemeroteca Digital da Biblioteca Nacional, pesquisados em diversas revistas do período.

Dessa forma, estudar o perdão do ofendido no século XIX é conduzido por dois motivos fundamentais: trata-se de um instituto penal sobre o qual há ainda uma importante lacuna historiográfica a ser preenchida, panorama bastante diferente de países como Espanha, Itália e França, nos quais há escritos historiográficos relevantes especificamente sobre o perdão da vítima<sup>7</sup>; estudar esse instituto vai além de compreender o

---

<sup>7</sup> PADOA-SCHIOPPA, Antonio. *Delitto e pace privata*. In: *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna: Il Mulino, 2008. p. 209-229; TOMÁS Y VALIENTE,

seu mecanismo de funcionamento e extensão, trata-se de compreender uma lógica penal diversa da atual, de forma a desnaturalizar determinados paradigmas que parecem imutáveis aos olhos contemporâneos<sup>8</sup>, o que pode lançar um olhar diferente sobre problemas atuais, como por exemplo sobre a discussão geral acerca do papel da vítima no processo penal, ou mesmo em casos mais pragmáticos, como a disponibilidade ou não da ação penal na lei Maria da Penha.

## **1. A AFIRMAÇÃO DA JUSTIÇA HEGEMÔNICA DE APARATO E A NEGOCIAÇÃO PENAL: ELEMENTOS INSEPARÁVEIS DE UM LONGO PROCESSO**

Antes de iniciar propriamente o estudo sobre o perdão do ofendido, convém fazermos uma pequena análise de algumas premissas fundamentais que são chave para a interpretação proposta neste artigo. Por mais que o objeto de estudo em questão esteja localizado no século XIX, esse período não pode ser analisado de forma isolada dos demais, visto que é um ponto em uma linha de processos contínuos e descontínuos, de forma que o que ocorre antes e o que acontece depois são parte desse movimento.

A formação do direito penal moderno pode ser analisada, segundo Mario Sbriccoli<sup>9</sup>, como um movimento de fuga da vingança privada, de consolidação do monopólio estatal da violência. Se durante o período pré-moderno, em especial antes do século XIII, a solução dos conflitos penais era realizada, sobretudo, de forma consensual entre as partes,

---

Francisco. El perdón de la parte ofendida en el derecho penal castellano (Siglos XVI, XVII e XVIII). In: *Anuario de historia del derecho español*, n. 31, 1961; D'AMELIO, G., *Indagini sulla transazione nella dottrina medievale*, Roma, 1971; NICCOLI, Ottavia., *Perdonare. Idee, pratiche, rituali in Italia tra Cinque e Seicento*, Roma, Bari, 2007; ALESSI, Giorgia. I patti della giustizia. L'instirpabile vocazione transattiva del Regno di Napoli, in CAVINA, M. *La giustizia criminale nell'Italia moderna*, Bologna, 2012.

<sup>8</sup> HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*, Coimbra, 2012, p. 48.

<sup>9</sup> SBRICCOLI, Mario. *Justiça Criminal. Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro: Revan, n. 17/18, 2011, p. 459.

utilizando-se de práticas privadas de solução de conflitos, no fim da Idade Média e, especialmente após o século XVI, o poder público percebe a importância do controle estatal da violência e da necessidade de intervenção do Estado, a fim de garantir um processo penal mais efetivo e tutelador da ordem pública. A violência e a criminalidade não são mais entendidas como um problema de ordem privada, o delito é também uma ofensa à comunidade e, como tal, deve ser combatido de forma sistêmica, sem depender da vontade, ou mesmo da ação da vítima. Nesse contexto, Estado e sociedade são as grandes vítimas do crime.

Massimo Meccarelli<sup>10</sup> escreve como esse processo de publicização do direito penal, a partir da segunda metade do século XIII, é baseado em um paradigma diferente do sistema comunitário anterior. A coincidência entre a formação dos contornos desse modo de justiça penal pública e da própria figura do Estado Moderno permite dizer que é, a partir desse momento que se começa a construir um sistema de princípios e garantias na ordem penal, no qual o Estado é um ponto central dessa mudança.

Nesse processo, o século XIX é um período bastante importante. Entre as características mais relevantes desse modelo novo de justiça estão a lei, criada por um representante estatal e o único critério de justiça a ser utilizado, a ação e a prova, elementos intrínsecos do processo penal, a pena, que é a afirmação da justiça e os aparatos, ou seja, a forma como aquele modelo vai se desenvolver, com suas estruturas e instituições públicas. Esse seria o ponto alto de um processo que se iniciou no final do medievo, que Sbriccoli<sup>11</sup> chama de justiça hegemônica de aparato.

Durante a Idade Média e o Antigo Regime, as práticas de transação penal (como o perdão do ofendido, as negociações de paz, as tréguas, concórdias, ou ainda a chamada *pace privata*, que incluía toda uma série de contratos extrajudiciais, em que, geralmente, uma parte perdoa a outra pela prática de um crime) tinham uma relevância muito grande na

---

<sup>10</sup> MECCARELLI, Massimo. Regimes jurídicos de exceção e sistema penal: mudanças de paradigma entre Idade Moderna e Contemporânea. In: DAL RI JÚNIOR, Arno; SONTAG, Ricardo (org.). *História do direito penal entre medievo e modernidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 87-110.

<sup>11</sup> SBRICCOLI, Mario. *Justiça Criminal. Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro: Revan, n. 17/18, 2011, p. 461.

estrutura penal.<sup>12</sup> Influenciada pelas ideias de pensadores como Bentham e Beccaria, as legislações penais modernas tendem a restringir fortemente os espaços de influência privada no processo criminal. Não por acaso, Beccaria separa um capítulo do seu livro para tratar das graças, no qual critica a possibilidade do perdão da vítima como meio de extinção do processo penal, afirmando que:

Às vezes, abstenho-nos de punir um crime pouco importante, quando o ofendido perdoa. É um ato benevolente, sem dúvidas, porém contrário ao interesse público. Um particular pode perfeitamente não exigir que seja reparado o mal que se lhe causou; porém o perdão que ele dá não pode destruir a necessidade do exemplo.<sup>13</sup>

O autor prossegue afirmando que o direito de punir não pertence especificamente a nenhum cidadão, mas à coletividade, de forma que um indivíduo não pode, através de uma escolha solitária, impedir que a sociedade, representada pelo Estado, puna o agressor. De acordo com Beccaria, a partir do momento em que as penas forem abrandadas, de forma que possam ser efetivamente cumpridas, o perdão e a graça são desnecessários, visto que só são úteis em vista da injustiça das penas pré-modernas.

A mudança de papel da transação penal do final do século XVIII e, sobretudo no século XIX, época das codificações penais, vai além de uma mudança quantitativa, é uma alteração na sua estrutura.

Essa é a premissa fundamental para se entender o papel do instituto do perdão do ofendido, na forma como foi pensado para o Código Criminal de 1830. Apesar das intensas mudanças teóricas pelo qual passou o direito penal no século XVIII, com o início do que pode ser chamado de direito penal moderno e a recusa cada vez mais intensa às práticas de transação penal, que possui na figura dos códigos a sua máxima expressão, a tensão entre a esfera privada e pública do direito penal ainda sobrevive. Em relação à chamada “prestação de contas dos códigos em

<sup>12</sup> PADOA-SCHIOPPA, Antonio. Delitto e pace privata. In: PADOA-SCHIOPPA, Antonio. *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna: Il Mulino, 2008. p. 209-229.

<sup>13</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*, São Paulo: Martin Claret, 2014, p. 59.

relação às práticas sociais”, descrita por Sbriccoli, eu preferiria chamar de internalização das negociações penais. Visto que não se podia ignorar muitas dessas práticas, a estratégia do poder público foi de internalizá-las, controlá-las. Não por acaso, a Constituição do Império de 1824, seguindo o modelo da Constituição Francesa de 1814, prevê nos art. 161 e art. 162 a necessidade de que em todas as causas, cíveis ou criminais, haja uma tentativa anterior de reconciliação, realizada pelo então Juiz de Paz.<sup>14</sup>

Nesse mesmo contexto, o perdão do ofendido também pode ser entendido como parte dessa estratégia. Tómas y Valiente estudou o perdão na Espanha nos séculos XVI ao XVIII, e as suas conclusões são de suma importância para a nossa análise. O primeiro ponto levantado pela sua pesquisa diz respeito à amplitude do perdão, que era aceito em diversos crimes, incluindo homicídios, estupro, rapto, lesões corporais, dentre outros, o que nos leva a crer que há uma forte interferência privada da vítima no processo penal. Porém, essa impressão é compensada pelos efeitos jurídicos restritos concedidos ao perdão da vítima, que nem sempre eximia o réu de cumprir as penas ou encerrava um processo penal em curso. Valiente<sup>15</sup> cita casos em que o perdão até mesmo servia de modo contrário ao desejado pelas partes, como prova de confissão do crime pelo réu. Pelos casos analisados pelo autor, a consequência mais comum advinda do perdão da vítima era a não imposição de penas corporais, o que corresponde a boa parte das penas previstas para os delitos na legislação espanhola em vigor no período, e como requisito para a análise de graça, isto é, o perdão real. Apenas em poucas situações, nas quais se destaca o delito de adultério, o perdão do ofendido tinha eficácia plena.<sup>16</sup>

Valiente identifica mesmo uma tentativa do poder público espanhol de controlar as práticas de transação penal, mesmo que, porventura,

---

<sup>14</sup> “Art. 161. Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum. Art. 162. Para este fim haverá juizes de Paz, os quaes serão electivos pelo mesmo tempo, e maneira, por que se elegem os Vereadores das Camaras. Suas attribuições, e Districtos serão regulados por Lei.”

<sup>15</sup> TOMAS Y VALIENTE, Francisco. El perdón de la parte ofendida en el Derecho penal castellano (siglos XVI, XVII y XVIII). In: *Anuario de historia del derecho español*, n. 31, 1961, p. 93.

<sup>16</sup> TOMAS Y VALIENTE, Francisco. El perdón de la parte ofendida en el Derecho penal castellano (siglos XVI, XVII y XVIII). In: *Anuario de historia del derecho español*, n. 31, 1961, p. 92-93.

algumas dessas tentativas tenham sido fracassadas, como no caso do controle do perdão por preço. Interessa observar também que, mesmo em um período de consolidação do que Sbriccoli chama de justiça hegemônica de aparato, é possível identificar ainda forte presença de práticas transacionais, de interferência privada no processo penal e o papel forte da vítima em matéria criminal.

Porém, resta saber como essa relação se desenvolve no século XIX, um período marcado pelos códigos penais e pelo seu caráter centralizador e absoluto. Valiente faz uma interessante ressalva sobre isso:

[...] en general estos três siglos constituyen una época en que las líneas y las ideas básicas del Derecho Penal permanecen sin modificación sustancial; habrá que esperar a los primeros decenios del XIX para que una nueva mentalidad (ciertamente latente desde la segunda mitad del siglo XVIII en algunos sectores y ambientes) salga a luz e imponga nuevos enfoques y nuevas bases del Derecho Penal. Entonces será cuando la institución que aquí nos ha ocupado sufrirá alteraciones importantes.<sup>17</sup>

Ainda que Valiente tenha escrito esse trecho para o contexto espanhol, nada nos impede de pensar as diferenças entre a instituição do perdão do ofendido no século XIX no Brasil e as descritas pelo autor, com a devida contextualização. Além de pontuar essas diferenças, a análise desse instituto nas páginas seguintes nos ajudará a compreender um pouco da maneira como o direito penal se desenvolveu no Brasil Imperial e início da República, e na relação entre código e práticas sociais, sobretudo no que diz respeito às transações penais.

## **2. O PERDÃO DO OFENDIDO NO CÓDIGO CRIMINAL DE 1830: A INTERNALIZAÇÃO DA NEGOCIAÇÃO PENAL**

Diferente da legislação francesa, do projeto de código penal da Lombardia e do Código Leopoldino, três grandes referências em termos

---

<sup>17</sup> TOMAS Y VALIENTE, Francisco. El perdón de la parte ofendida en el Derecho penal castellano (siglos XVI, XVII y XVIII). In: *Anuario de historia del derecho español*, n. 31, 1961, p. 94.

de legislação penal do final do século XVIII e início do século XIX, o primeiro código criminal brasileiro, em 1830, tem um artigo específico para regular o perdão da vítima, o art. 67: “O perdão do offendido antes, ou depois da sentença, não eximirá das penas em que tiverem, ou possam ter incorrido, aos réos de crimes publicos, ou dos particulares, em que tiver lugar a accusação por parte da Justiça”<sup>18</sup>. Um dispositivo que, à primeira vista, parece perfeitamente de acordo com o esperado, isto é, de proibição de que o perdão da vítima impeça a punição estatal, mas que, através dessa conceituação negativa, ou seja, definindo quais as possibilidades de não aplicação do perdão, estabelece também, por exclusão, quais os crimes em que a vítima pode perdoar o réu, extinguindo, portanto, o processo penal, ou até mesmo a aplicação da pena em caso de condenação.

O art. 67 faz referência a duas classes de delitos, crimes públicos e crimes particulares com acusação por parte da Justiça, que são parte da classificação dos crimes adotada pela nossa lei. O Código de 1830 prevê três grandes espécies de crimes, públicos, *policiaes* e particulares. Os dois primeiros são denunciados diretamente pelo promotor público e não podem ser perdoados.

Já os crimes particulares são aqueles que, em regra, dependem da queixa da parte ofendida para a punição, ou seja, são aqueles crimes que afetam mais a esfera privada do que a pública e que, por isso, em regra não poderiam ser denunciados diretamente pelo promotor público, dependendo da manifestação da parte ofendida<sup>19</sup>. Mas, aqui, já um primeiro elemento que causa estranheza aos olhos contemporâneos: as espécies de delitos classificados como particulares. Nessa parte do código estão previstos crimes como o homicídio, roubo, furto e diversos outros que, atualmente, são classificados, sem maiores problemas, como públicos. Mesmo à época, essa classificação não passou despercebida. Thomaz Alves Junior, ao comentar sobre isso, afirmou que:

---

<sup>18</sup> BRASIL. *Código criminal do Império do Brazil de 16 de dezembro de 1830*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm)> Acesso em: 07/08/2018.

<sup>19</sup> SOUZA, Braz Florentino Henriques de. *Código criminal do Imperio do Brasil: anotado com as leis, decretos, avisos e portarias*, Recife: Typ. Universal, 1858, p. 74.

Acreditamos que esta divisão não é tão completa e frisante que possa ficar isenta de toda e qualquer imputação ou defeito; principalmente quando encontramos na parte *analytica* dos crimes, vemos que sem razão se vêm qualificados de crimes particulares crimes que sem dúvida atacam a vida e segurança pública.<sup>20</sup>

E logo em seguida prosseguiu, afirmando: “E qual é o crime que não ataca a ordem e segurança pública? Todo o crime tem esse ataque, e por isso esse rigor da expressão – todo o crime é público – porque ofende a ordem e segurança pública.”<sup>21</sup> O autor estranha que determinados delitos no código sejam considerados particulares, provavelmente se referindo aos citados anteriormente e, complementa, afirmando que, em última análise, todos os crimes são públicos, por ofenderem a ordem e a segurança pública.

Entretanto, apesar da nomenclatura e da estranheza proporcionada pela presença de determinadas espécies de crimes na categoria de particulares, era possível que, em determinados delitos particulares, o promotor público denunciasse. Esses são os chamados delitos particulares com acusação por parte da Justiça, sobre o qual o art. 67 faz referência.

Ou seja, a ação pública e a ação privada, diferente do que possa parecer a princípio, não são os instrumentos exclusivos para o início do processo penal nos crimes públicos e crimes particulares, respectivamente. Isso porque é possível que a parte acuse em crimes públicos, chamado por Pimenta Bueno de ação popular, prevista no art. 157<sup>22</sup> da Constituição Política Imperial de 1824, bem como também é possível que o promotor público acuse em determinados delitos privados. Em relação ao perdão da vítima, entender essa lógica é fundamental, visto que a penalização ou o processo penal só serão extintos nos casos em que a parte acuse e o crime seja particular. Isto é, mesmo quando a parte acuse (ação popular)

---

<sup>20</sup> ALVES JUNIOR, Thomaz. *Anotações teóricas e práticas ao Código Criminal*, Rio de Janeiro: Francisco Luiz Pinto & C. editores, 1864, p. 49.

<sup>21</sup> ALVES JUNIOR, Thomaz. *Anotações teóricas e práticas ao Código Criminal*, Rio de Janeiro: Francisco Luiz Pinto & C. editores, 1864, p. 49.

<sup>22</sup> Art. 157. Por suborno, peita, peculato, e concussão haverá contra elles *ação popular, que poderá ser intentada dentro de anno, e dia pelo proprio queixoso, ou por qualquer do Povo*, guardada a ordem do Processo estabelecida na Lei. (Grifos meus)

nos crimes públicos, o perdão da vítima não tem qualquer efeito, da mesma forma que nas situações em que há acusação pública em crimes particulares, o perdão do ofendido não extingue a penalização.<sup>23</sup>

Em síntese, portanto, quando se fala em crimes particulares, são esses os cenários possíveis de acusação: a) quando se trata de crime particular com acusação oficial, o processo pode iniciar-se pela denúncia do promotor público ou popular (ação pública em ambos os casos) ou pela queixa da parte (ação privada), de forma que se a parte optar pela acusação nessa classe de delitos, a ela não será concedido, posteriormente, o direito de perdoar o ofensor, pois, tal como explicado por Pimenta Bueno<sup>24</sup>, o Ministério Público tem igual direito de propor a acusação nessa classe de delitos; b) no caso de crime particular sem acusação oficial, desde que não se encaixe nas outras circunstâncias analisadas a seguir, como flagrante delito ou miserabilidade da parte, o processo somente iniciará mediante queixa, sob a forma da ação privada, a qual, nesse caso, admite o perdão do ofendido como extintor do processo ou da pena.

Além disso, é importante observar aqui como a queixa não era restrita aos casos de crimes puramente privados, tal como se verá a partir do Código Penal de 1890, mas se estendia também aos crimes particulares com acusação oficial, como homicídio, roubo, entre outros. Nesse sentido, portanto, a lógica presente no século XIX era a da acusação privada em todos os crimes particulares, a parte terceira do Código Criminal de

---

<sup>23</sup> Montenegro defende a tese de que o perdão da vítima nos delitos particulares com acusação pública diz respeito somente à satisfação do dano (MONTE-NEGRO, Manoel Januário Bezerra. *Lições acadêmicas sobre artigos do código criminal*. Recife: Typographia Universal, 1860, p. 450). Da mesma forma, Alves Junior afirma que: “Nestes casos de acusação pelo ministério público o perdão do ofendido não faz desaparecer o efeito da pena, e só a obrigação da satisfação do damno causado, porque a justiça tem acção, e não lhe é lícito transigir”. O mesmo Alves Junior afirma que o efeito de extinguir a necessidade de satisfação do dano ocorre nas situações de delito particular sem acusação oficial, o que faz, de acordo com o autor, que o perdão da vítima seja mais amplo do que o perdão do Imperador (Graça), visto que nesse último, não há extinção da obrigação de ressarcir o dano causado (ALVES JUNIOR, Thomaz. *Anotações teóricas e práticas ao Código Criminal*. Rio de Janeiro: Francisco Luiz Pinto & C. editores, 1864, p. 660-661).

<sup>24</sup> PIMENTA BUENO, José Antônio. *Apontamentos sobre o processo criminal*, Rio de Janeiro: Empreza Nacional do Diario, 1857, p. 78.

1830, com exceções em que há também possibilidade de denúncia, caso dos crimes particulares com acusação oficial.

Pois bem, para se compreender os casos em que é possível o perdão do ofendido basta se entender os critérios de diferenciação entre os delitos particulares sem acusação particular e os com acusação oficial. O art. 74 do Código de Processo Criminal de 1832 ajuda a responder essa pergunta. Esse artigo prevê seis hipóteses legais em que a acusação é feita pelo Promotor Público:

Art. 74. A denuncia compete ao Promotor Publico, e a qualquer do povo:

§ 1º Nos crimes, que não admittem fiança.

§ 2º Nos crimes de peculato, peita, concussão, suborno, ou qualquer outro de responsabilidade.

§ 3º Nos crimes contra o Imperador, Imperatriz, ou algum dos Principes, ou Princezas da Imperial Familia, Regente, ou Regencia.

§ 4º Em todos os crimes publicos.

§ 5º Nos crimes de resistencia ás autoridades, e seus officiaes no exercicio de suas funcções.

§ 6º Nos crimes em que o delinquente fôr preso em flagrante, não havendo parte que o accuse.<sup>25</sup>

A primeira delas diz respeito aos delitos que não admitem fiança, instituto regulado pelo capítulo VIII do Título II, Parte Segunda do Código de Processo Criminal, modificado posteriormente pela Lei n. 261, de 3 de dezembro de 1841. De acordo com o art. 101 do Código de Processo Criminal: “Art. 101. A fiança não terá lugar nos crimes, cujo maximo da pena fôr: 1º morte natural: 2º galés: 3º seis annos de prisão com trabalho: 4º oito annos de prisão simples: 5º vinte annos de degredo.”<sup>26</sup>

<sup>25</sup> BRASIL. *Código de processo criminal de primeira instância de 29 de novembro de 1832*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm)> Acesso em: 07/08/2018.

<sup>26</sup> BRASIL. *Código de processo criminal de primeira instância de 29 de novembro de 1832*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm)> Acesso em: 07/08/2018.

A segunda, terceira e quarta hipóteses previstas no art. 74 se referem a uma mesma classe de delitos, os crimes públicos e poderiam ser resumidos pelo §4º, isto é, em todos os crimes públicos há acusação pelo promotor público. A quinta possibilidade de denúncia pública refere-se aos delitos de resistência à autoridade no exercício das suas funções, classe em que o perdão da vítima não tem qualquer efeito jurídico.

A última das situações previstas nesse dispositivo diz respeito à situação de flagrante delito. De acordo com esse artigo, nos crimes em que o delinquente é preso em flagrante, não havendo parte que o acuse, a denúncia é feita pelo promotor público e o perdão do ofendido não teria qualquer efeito legal, independente do tipo de crime cometido. Azevedo<sup>27</sup> elenca algumas complicações na prática criminal derivadas dessa disposição. A primeira questão refere-se à seguinte situação: um réu, preso em flagrante pela prática de um crime particular, é acusado pelo ofendido. Porém, durante a acusação, o ofendido decide perdoar o ofensor, desistindo, portanto, da ação penal; nesse caso, o promotor público pode prosseguir com a acusação pública ou o processo deve ser encerrado? O autor defende a tese de que, sendo o crime particular passível de acusação pública, isto é, enquadrado em alguma das outras hipóteses do art. 74, o promotor público tem o dever de acusar. Da mesma forma, mesmo que seja um crime puramente particular, também chamado de delito particular sem acusação pública, o promotor público ainda assim deve acusar, visto que a desistência do ofendido não muda a circunstância no momento do crime, ou seja, o flagrante delito.

Todavia, Azevedo completa que não é isso o que decidem os práticos dos tribunais brasileiros, que, de acordo com o autor, optam pela interpretação literal da norma, visto que na parte final do §6º há a seguinte redação: “não havendo parte que o accuse”. Dessa forma, entendem os tribunais que, por ter ocorrido a acusação privada, está revogada a permissão do promotor público em acusar, retornando o crime ao estado inicial de delito puramente particular, já que a lei permite atuação do promotor público apenas nas situações em que não há

---

<sup>27</sup> AZEVEDO, Manoel Mendes da Cunha. *Observações sobre vários artigos do código de processo criminal e outros da lei de 3 de dezembro de 1841*, Pernambuco: Typographia da Viuva Roma, 1852, p. 59.

parte que acuse. De acordo com esse entendimento, o perdão da vítima encerraria o processo penal.

Porém, para Azevedo, o que parece apenas uma interpretação literal da norma penal é, na verdade, uma escolha com fundamento teórico mais profundo, oriunda do que ele chama dos *Tratadistas*, que estudam a jurisprudência criminal inglesa. O autor não desenvolve melhor essa ideia, mas essa referência à Inglaterra pode ser explicada pela diferença do processo criminal nos países de *Common Law*, nos quais predomina a lógica de disputa entre as partes, defesa e acusação, sendo, portanto, maior a influência e poder das partes. Mais adiante no mesmo livro, Azevedo<sup>28</sup> ao comentar o art. 259 do Código de Processo Criminal<sup>29</sup>, afirma que esse dispositivo é uma “imitação cega e irrefletida” do sistema inglês, pois permite às partes transigir sobre quais fatos podem ser levados a exame pelos jurados. Isso por que no Júri Inglês as partes poderiam transigir sobre tudo, inclusive sobre a quantidade de pena, mas no sistema adotado no Brasil não, de forma que se os jurados devem decidir a pena a ser aplicada, a eles não podem faltar todos os fatos necessários para tal. Completa o autor que:

Em Inglaterra, a excepção de tres, todos os mais crimes são de simples acusação particular, e as partes transigindo, renunciação até certo ponto hum direito, que he seu, não obstante ser submettido á acção da Justiça publica; mas entre nós quasi todos os crimes hoje, a excepção de poucos, pertencem á accusação do ministerio publico, que representa o direito punitivo da sociedade, contra cujos interesses as partes não podem transigir.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> AZEVEDO, Manoel Mendes da Cunha. *Observações sobre vários artigos do código de processo criminal e outros da lei de 3 de dezembro de 1841*, Pernambuco: Typographia da Viuva Roma, 1852, p. 163.

<sup>29</sup> “Art. 259. Formado o segundo Conselho, que deve ser de doze Jurados, guardadas todas as formalidades que estão prescriptas para a formação do primeiro, e prestado o mesmo juramento, o Juiz de Direito fará ao accusado as perguntas, que julgar convenientes sobre os artigos do libello, ou contrariedade; e *aquelles factos sobre que as partes concordarem assignando os artigos, que lhes forem relativos, não serão submettidos ao exame dos Jurados.* (Grifos nossos)”

<sup>30</sup> AZEVEDO, Manoel Mendes da Cunha. *Observações sobre vários artigos do código de processo criminal e outros da lei de 3 de dezembro de 1841*, Pernambuco: Typographia da Viuva Roma, 1852, p. 164-165.

Isso ajuda a entender o porquê de Azevedo mencionar que os práticos dos tribunais brasileiros, ao permitir o perdão do ofendido no caso de flagrante delito, são influenciados pelo pensamento criminal inglês. O sistema inglês fornece maior poder às partes<sup>31</sup>, é um sistema mais acusatório e menos inquisitório, adotando a clássica divisão entre os modos processuais penais<sup>32</sup> e, de acordo com o pensamento do autor, apenas em um sistema em que a maioria dos crimes é de acusação particular é que seria possível a escolha por permitir à vítima perdoar ofensor em uma situação de flagrante delito. Nesse sentido, o pensamento dos práticos brasileiros nesse caso não é, pelo que pode ser interpretado do que Azevedo escreve, uma simples interpretação literal da norma, mas a adoção de elementos de um sistema processual diferente.

Essa preocupação de Azevedo, de fato, faz todo sentido. Dantas<sup>33</sup> faz uma interessante análise da influência da obra de Edward Livingston, em especial do *System of Penal Law for the State of Louisiana*, no processo de elaboração dos códigos Criminal de 1830 e de Processo Criminal de 1832. Entre as claras influências descritas pela autora destaca-se o júri, uma novidade para a época, advindo do sistema inglês e estadunidense. Não à toa o trecho discutido por Azevedo, acerca da capacidade de transigir das partes, está inserido no capítulo do júri, então considerado pelo autor como uma cópia de um modelo processual distinto.

E, claro, isso também é um reflexo do que vimos anteriormente sobre a tensão entre a esfera pública e privada no direito criminal no século XIX no Brasil. A adoção pelos tribunais da aceitação do perdão do ofendido na situação de flagrante delito que, de acordo com Azevedo, é oriunda de uma influência teórica inglesa, é um reflexo

---

<sup>31</sup> HOSTETTLER, John. *A history of Criminal Justice in England and Wales*, UK: Waterside Press, 2009, p. 121.

<sup>32</sup> Sobre essa dialética entre modo processual acusatório e inquisitório recomendando: MECCARELLI, Massimo. El proceso penal como lugar de determinación de la justicia. Algunas aproximaciones teóricas en la época del ius commune. In: MADERO, Marta. *Procesos, inquisiciones, pruebas: homenaje a Mario Sbriccoli*, Buenos Aires: Manantial, 2009. p. 307-323.

<sup>33</sup> DANTAS, Monica Duarte. Da Luisiana para o Brasil: Edward Livingston e o primeiro movimento codificador no Império (o Código Criminal de 1830 e o Código de Processo Criminal de 1832). In: *Jahrbuch fur Geschichte Lateinamerikas (1998) / Anuario de Historia de América Latina*, v. 52, p. 117-205, 2015.

de uma visão de processo criminal em que as partes, especialmente a vítima, possuem uma importância e uma atuação muito extensa, em um contexto, século XIX, em que o direito penal e, conseqüentemente, o processo penal se distancia cada vez mais das partes, tornando-se cada vez mais público.

Mas essa tensão ocorre apenas na ordem prática, nos tribunais?

Não, e a explicação para tanto está nos outros problemas elencados por Azevedo. Na situação de um processo de flagrante delito de crime puramente particular, em que a parte acusa durante todo o processo, o réu é condenado e, após a sentença condenatória, o ofendido o perdoo, esse perdão exime o réu do cumprimento da pena? Azevedo entende que sim, pois a acusação do promotor público na situação anterior se deve não à necessidade de punição, mas sim a uma espécie de resposta ao público que testemunhou um flagrante delito. Porém, e esse é o argumento central do autor, essa satisfação externa é inteiramente completa com a acusação, não necessita da punição, de forma que não se pode extrair disso a conclusão de que quem desiste do direito de acusar, perde o direito de perdoar.

Azevedo entende que são direitos diferentes e independentes, de forma que mesmo aquele que optou por não promover a acusação, gerando, portanto, a acusação pública, pode perdoar após sentença condenatória, visto que a especificidade do flagrante, para o pensamento do autor, exige somente a acusação, como uma forma de resposta pública àquela violação da lei estatal. O autor completa afirmando que:

[...] o perdão do offendido he sempre valioso; porque o perdão sendo hum acto todo de clemencia, e nascido dos instinctos piedosos da natureza humana, não pôde, sem se desconhecer a sua fonte, ficar dependente do direito de accusar, cujo exercicio pôde muitas vezes ser hum effeito de sentimentos reprovados. A doutrina opposta serviria para contrariar as vantagens da reflexão, e da emenda, se for promovida a accusação pelo desejo da vingança. Ella seria fatal ao offensor, e ao offendido: a este por ficar privado de reparar pelo perdão o mal, que fizera pelo odio, ou outro motivo semelhante; áquelle, a quem se nega o meio mais conducente de reconciliar-se com este, agradecido ao beneficio do perdão. Ella seria fatal á sociedade inteira, que

tanto interessa na prática das ações generosas, e benevolas, e na harmonia de seus membros dissidentes.<sup>34</sup>

Direito de perdoar e direito de acusar, portanto, são diferentes e independentes. Enquanto o primeiro tem origem nos melhores sentimentos humanos, o segundo pode estar atrelado a sentimentos ruins, como o desejo de vingança, de forma que aquele que acusa influenciado por esses sentimentos deve ter a possibilidade de renunciar à punição do réu, como uma forma de reparar o mal da acusação puramente vingativa. O perdão da vítima, para Azevedo, é importante para reparação de um possível desvio no sistema processual penal, a acusação vingativa. Mas não apenas por isso.

O autor faz questão de utilizar termos como “clemência”, “instintos piedosos da natureza humana”, em uma espécie de relação entre o instituto técnico de direito penal, perdão do ofendido, e o perdão, enquanto ato benéfico de origem cristã. Essa relação, ainda que pouco explorada pelos juristas do período, ajuda a entender a forma como esses autores pensavam esse instituto, não somente pelo seu aspecto técnico, mas também e, por vezes, tal como nesse trecho de Azevedo, sobretudo por esse caráter cristão.

Já no final do século XIX, com a consolidação do que Mafei chama de direito penal contemporâneo, Aurelino Leal<sup>35</sup>, um dos expoentes da Escola Positiva no Brasil, escreve que o perdão do ofendido é um “favor mal” e que a “a Lei não deve ser generosa, nem deve distribuir misericórdia; deve ser sensata e sempre relativa”. Esse autor entende que a valorização moral do perdão, como um ato misericordioso e benéfico, não deve influenciar a avaliação técnica do instituto do perdão do ofendido. “A Lei não deve ser generosa”, por mais que o perdão sob a ótica cristã seja uma atitude positiva, quando se trata de direito penal é um “favor mal”. Essa diferença de pensamento é um reflexo de uma mudança de postura em relação ao perdão do ofendido no final do século XIX, uma

---

<sup>34</sup> AZEVEDO, Manoel Mendes da Cunha. *Observações sobre vários artigos do código de processo criminal e outros da lei de 3 de dezembro de 1841*, Pernambuco: Typographia da Viuva Roma, 1852, p. 63-64.

<sup>35</sup> LEAL, Aurelino. *Germens do crime*, Bahia: Livraria Magalhães, 1896, p. 182.

visão mais restrita em relação aos espaços de transação penal e uma preocupação ainda maior com a efetividade das leis penais.

## 2.1 O PERDÃO DO OFENDIDO NO CRIME DE OFENSAS FÍSICAS LEVES

Thomaz Alves Junior<sup>36</sup> elenca alguns outros critérios para determinar se há ou não possibilidade de acusação oficial nos delitos particulares. O primeiro deles é o art. 37 do Código de Processo Criminal de 1832, que estabelece algumas atribuições dos promotores públicos.

Art. 37. Ao Promotor pertencem as attribuições seguintes:

1º Denunciar os crimes publicos, e policiaes, e accusar os delinquentes perante os Jurados, assim como os crimes de reduzir á escravidão pessoas livres, carcere privado, homicidio, ou a tentativa delle, ou ferimentos com as qualificações dos artigos 202, 203, 204 do Codigo Criminal; e roubos, calumnias, e injurias contra o Imperador, e membros da Familia Imperial, contra a Regencia, e cada um de seus membros, contra a Assembléa Geral, e contra cada uma das Camaras.<sup>37</sup>

A primeira parte desse artigo faz referência a já explicada competência dos promotores públicos de denunciar em todos os crimes públicos e *policiaes*. Porém, o artigo prevê também outros delitos que, de acordo com a classificação do código, são delitos particulares, são eles: escravização de pessoas livres, cárcere privado, homicídio e tentativa dele, além de determinadas qualificações de lesões físicas. Isto é, o que esse artigo faz é delimitar alguns delitos particulares em que é possível a denúncia pelo promotor público, ou seja, é uma das possibilidades de crimes particulares processados por meio de ação penal pública, chamados, portanto, de delitos particulares com acusação oficial, casos nos quais o perdão da vítima não encerra a ação penal.

<sup>36</sup> ALVES JUNIOR, Thomaz. *Anotações teóricas e práticas ao Código Criminal*, Rio de Janeiro: Francisco Luiz Pinto & C. editores, 1864, p. 660-661.

<sup>37</sup> BRASIL. *Código de processo criminal de primeira instância de 29 de novembro de 1832*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm)> Acesso em: 07/08/2018.

Apesar dessa aparente clareza do art. 37, Manoel Mendes da Cunha Azevedo<sup>38</sup>, em livro de comentários ao Código de Processo Criminal de 1832, chama a atenção para um problema muito recorrente na prática judiciária, que o autor se propõe a discutir. A redação do art. 37 exclui o delito geral de ofensas físicas, art. 201<sup>39</sup> do Código Criminal, do rol de delitos particulares com acusação oficial, prevendo somente as qualificações dos art. 202<sup>40</sup>, art. 203<sup>41</sup> e art. 204<sup>42</sup>, fato que levou a maioria dos tribunais do período, de acordo com Azevedo, a tratar o delito do art. 201 como delito particular sem acusação oficial, dependente, portanto, da queixa da vítima para a sua perseguição. Azevedo, porém, discorda dessa postura dos tribunais, e sustenta a sua ideia com base em três argumentos, sendo dois deles de ordem legal e outro, que nos interessa mais, de ordem política-criminal.

Em relação aos dois primeiros, Azevedo argumenta que, meses antes da publicação do Código de Processo Criminal, entrou em vigor a Lei de 26 de outubro de 1831, que estabelece no seu art. 5 que: “Art. 5º As ofensas physicas leves, as injurias, e calumnias não impressas, e as ameaças, reputar-se-hão crimes policiaes, e como taes serão processados.”<sup>43</sup> O autor argumenta que as *offensas physicas leves* a que esse artigo faz referência é exatamente o mesmo crime previsto no art. 201

---

<sup>38</sup> AZEVEDO, Manoel Mendes da Cunha. *Observações sobre vários artigos do código de processo criminal e outros da lei de 3 de dezembro de 1841*, Pernambuco: Typographia da Viuva Roma, 1852, p. 25.

<sup>39</sup> “Art. 201. Ferir ou cortar qualquer parte do corpo humano, ou fazer qualquer outra offensa physica, com que se cause dôr ao offendido. Penas - de prisão por um mez a um anno, e multa correspondente á metade do tempo.”

<sup>40</sup> “Art. 202. Se houver, ou resultar mutilação, ou destruição de algum membro, ou órgão, dotado de um movimento distincto, ou de uma função especifica, que se pôde perder, sem perder a vida. Penas - de prisão com trabalho por um a seis annos, e de multa correspondente á metade do tempo.”

<sup>41</sup> “Art. 203. A mesma pena se imporá no caso, em que houver, ou resultar inhabilitação de membro, ou órgão, sem que comtudo fique destruido.”

<sup>42</sup> “Art. 204. Quando do ferimento, ou outra offensa physica resultar deformidade. Penas - de prisão com trabalho por um a tres annos, e multa correspondente á metade do tempo.”

<sup>43</sup> BRASIL. *Codigo criminal do Império do Brazil de 16 de dezembro de 1830*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm)> Acesso em: 07/08/2018.

do Código Criminal, que havia entrado em vigor um ano antes. Nesse sentido, a previsão do art. 37, que excluiu esse delito, em nada interfere na vigência dessa norma anterior, que prevê as *offensas physicas leves* como um tipo especial de delito, que deve ser processado como crime *policia*, isto é, entre aqueles passíveis de denúncia pelo promotor público. Além disso, Azevedo ainda faz referência ao aviso imperial de 30 de julho de 1844<sup>44</sup>, que reafirma a vigência da Lei de 26 de outubro de 1831, mesmo após a entrada em vigor do Código de Processo Criminal de 1832. Porém, apesar desses argumentos e dessas disposições legais, Azevedo afirma que os tribunais, de forma geral, adotam uma postura inexplicável, não admitindo a denúncia pública nessa classe de delitos, promovendo, assim, a impunidade.

Nesse ponto, o autor utiliza-se do seu outro argumento, de natureza política, para defender a possibilidade de denúncia pública no delito previsto no art. 201:

Quanto ao fundamento juridico desta sabia providencia, basta reflectir, que estes são os crimes, a que dão materia as paixões mais frequentes, e os interesses mais disputados do homem nas situações mais ordinarias da vida, d'onde muitas vezes se tem seguido os delictos mais horrorosos, e que mais facilmente perturbão a paz, e a segurança individual dos Cidadãos, dignos por consequencia de serem prevenidos pelas leis repressivas em toda estensão das attribuições policiaes, que o §. 5.º prescreve para os crimes, que são muitas vezes a sua causa immediata, ou predisponente. Em vez de os corrigir, a impunidade lhes hiria dar vigor, animando a causa occasional de outros, que ellas punem com penas mais severas. Por esta razão não devêra a repressão dos crimes, *por assim dizer*, occasionaes ficar ao arbitrio do queixoso, que os poderia accusar,

---

<sup>44</sup> “ [...] Houve o Mesmo Augusto Senhor por bem, Conformando-se com o parecer do Conselheiro d’ Estado, Procurador da Coroa, e Soberania Nacional, mandar declarar a V. Ex., para que o faça constar ao referido Juiz, o seguinte: 1º, que a Lei de 26 de Outubro de 1831, sendo hum verdadeiro additamento ao Codigo Criminal, ainda não foi revogada nas suas disposições penaes (...) 2º, que as *offensas physicas leves* de que trata o Artigo 5º da referida Lei de 26 de Outubro de 1831, se poderão bem classificar, quando for preciso para a imposição das penas, sob as disposições do Artigo 201, na segunda parte, e do Artigo 206 do Codigo Criminal.” BRASIL. Aviso de 30 de julho de 1844. In: *Collecção das decisões do governo do império do Brasil*, v. VII, 1844.

ou deixar de acusar, como melhor lhe parecesse, por indulgência, ou malicioso projecto de lhes oppôr os excessos da vindicta privada. Cumpria pois que o Promotor publico fosse legalmente encarregado de os denunciar, e promover a sua accusação.<sup>45</sup>

Aqui, o argumento de Azevedo funda-se na necessidade de repressão estatal em relação a delitos muito comuns e que “facilmente perturbão a paz, e a segurança individual dos Cidadãos”. Nesse trecho, o autor sustenta que a função da pena e, portanto, a necessidade da punição é fundada não na restituição do mal cometido a um indivíduo, visto que esse delito (art. 201) é, dentre aqueles previstos no código, um dos com menor potencial lesivo, mas na necessidade de desencorajar outros potenciais criminosos a praticá-lo. A penalização fundada na ideia de prevenção geral é o argumento principal para a negativa do autor em permitir que esse delito seja classificado dentre aqueles que dependem de queixa da vítima para o início do processo penal. Se a pena não é fundada na retribuição do dano, e sim no desincentivo à prática de novos delitos, não há espaço para a clemência privada no pensamento de Azevedo, visto que, por mais que não haja mais um desejo de vingança por parte do ofendido, a sociedade ainda reclama por proteção.

E, confirmando a preocupação de Azevedo com esse delito, foi possível extrair algumas informações dos principais periódicos do país nesse período. A pesquisa foi feita através da Hemeroteca Digital e a metodologia foi a seguinte: a busca foi feita através da palavra chave “ofensas físicas leves” em todos os jornais disponíveis online referentes ao período pesquisado, dentre eles destaco a Gazeta dos Tribunaes, o Correio Oficial e o Diário do Rio de Janeiro. Além disso, a pesquisa foi dividida em três períodos, 1830-1839, 1840-1849 e 1850-1859. Como os resultados encontrados não foram tão extensos, foi possível analisar cada um individualmente, retirando os dados eventualmente duplicados.

De forma geral, foi possível extrair algumas conclusões. Houve um aumento no número de referências a esse crime nos jornais a partir da década de 1850 em comparação com a década de 1830 e 1840. Enquanto

---

<sup>45</sup> AZEVEDO, Manoel Mendes da Cunha. *Observações sobre vários artigos do código de processo criminal e outros da lei de 3 de dezembro de 1841*, Pernambuco: Typographia da Viuva Roma, 1852, p. 29-30.

nas duas primeiras décadas de vigência do Código de 1830, encontramos, somadas, quinze referências à prática desse delito (cinco na década de 1830 e dez na década de 1840), esse número aumenta para trinta e um na década de 1850, período no qual Azevedo escreveu sobre a necessidade de punição das “ofensas físicas”. Mas não é somente isso. Há uma grande diferença na forma de acusação desse delito. Dos cinco casos encontrados na década de 1830, todos foram acusados por particular, geralmente o ofendido fisicamente, mas esse cenário se altera nas décadas seguintes, visto que no período de 1840-1849, dos dez casos encontrados, cinco foram acusados pelo promotor público e quatro por particulares (um desses casos não tem referência à acusação), enquanto, na década seguinte, das trinta e uma referências, vinte e cinco eram acusações pela Justiça Pública, e apenas cinco foram movidas por particulares (novamente um caso não tinha referência à acusação).

Outro dado interessante diz respeito ao número de condenações. Na década de 1830, dos casos que apareceram nos jornais, nenhum réu foi condenado, quatro foram absolvidos, sendo que desses quatro, dois foram perdoados pela vítima e um outro não aparece informação sobre o resultado do processo. No entanto, mesmo nesse em que faltam informações, há um pequeno trecho no qual reclamava-se sobre a falta de novidades no processo, que provavelmente foi paralisado devido à inatividade da vítima na acusação. Na década seguinte, esse quadro de falta de condenações não se altera muito, de forma que foi encontrada somente uma condenação, quatro absolvições e outros cinco processos sem informações sobre o resultado. No período de 1850-1859, aumenta o número de condenações (nove em trinta e um casos), porém a quantidade de absolvições (vinte dos trinta e um) ainda é muito superior.

Dessa forma, podemos chegar a algumas conclusões: a) é evidente que não podemos desconsiderar uma possível mudança de perfil das revistas<sup>46</sup>, com o aumento do número de relatos de decisões, mas ainda assim, esse aumento tão grande certamente não pode ficar à cargo

---

<sup>46</sup> Sobre o tema destaque: SILVEIRA, Mariana de Moraes. Revistas jurídicas brasileiras: “cartografia histórica” de um gênero de impressos (anos 1840 a 1940). *Caderno de Informação Jurídica*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 98-114, 2014.

apenas disso, de forma que, certamente, houve, pelo menos, uma maior repercussão desses crimes, o que explica a afirmação de Azevedo de que são delitos que estão incomodando a paz e a segurança individual; b) a partir da década de 1840, há um maior interesse da justiça pública por esses casos, de forma que mais da metade dos casos foram acusados pelo promotor público, mas apenas no final da década de 1850 a acusação pública se torna regra nesse tipo de delito, com o que podemos levantar a hipótese de que, apesar da publicação da lei de 26 de outubro de 1831, a aplicação do art. 5 sobre a possibilidade de denúncia dos crimes de ofensa pública leve pelo promotor público talvez não tenha sido aplicada, ao menos até a década de 1850; c) o aumento do número de condenações caminha conjuntamente com o movimento de acusação pública desse delito.

Disso é possível perceber como a negação do perdão do ofendido, tal como defendido por Azevedo, provavelmente se alinha ao aumento de eficácia e controle da impunidade a determinados delitos, especialmente àqueles mais leves, como a agressão física. Dessa forma, parece claro que a acusação pública e, portanto, a exclusão da interferência privada, através do perdão, do processo penal, caminha paralelamente com o aumento do número de condenações.

## 2.2 A POLÊMICA QUESTÃO DO PERDÃO DO OFENDIDO MISERÁVEL

Além das previsões de denúncia pública do art. 74 e do art. 37, ambos do Código de Processo Criminal de 1832, há outra possibilidade de denúncia pelo promotor público, o art. 73 do mesmo código: “Art. 73. Sendo o ofendido pessoa miserável, que pelas circunstancias, em que se achar, não possa perseguir o ofensor, o Promotor Publico deve, ou qualquer do povo pôde intentar a queixa, e proseguir nos termos ulteriores do processo.”<sup>47</sup> O que esse artigo faz é atribuir ao promotor público a possibilidade de denunciar o crime cometido contra ofendido miserável, independente da natureza do delito, particular com acusação oficial ou

---

<sup>47</sup> BRASIL. *Código de processo criminal de primeira instância de 29 de novembro de 1832*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm)> Acesso em: 07/08/2018.

sem acusação oficial. Vicente Alves de Paula Pessoa<sup>48</sup> enxerga nisso uma espécie de assistência judiciária e afirma que o miserável é aquele que não tem condições materiais de perseguir o ofensor em juízo, de forma que se exige a atuação pública para a acusação.

A dúvida suscitada por esse dispositivo, e que será bastante discutida nesse período, diz respeito à possibilidade de o ofendido miserável perdoar o ofensor e desistir do processo, mesmo após a acusação pública.

Manoel Mendes da Cunha Azevedo é um dos primeiros autores a discutir sobre o tema, sendo a sua opinião a mais citada entre os outros juristas do período, tal como Pessoa e Barroso. Escreve Azevedo que:

Nos termos da lei a competencia do Promotor para accusar as offensas feitas ás pessoas, em quem concorrão as circumstancias mencionadas neste artigo, he absoluta, e independente da vontade do offendido; porque a lei não diz: não accusando, ou não querendo accusar a pessoa miseravel, como no caso flagrante do §. 6 do art. 74: *não havendo parte que o accuse*; antes pelo contrario o art. 73 incumbe imperativamente ao Promotor a effectividade da denuncia — *O Promotor deve* — ; logo huma deliberação contradictoria com as disposições reguladoras da materia não pôde prevalecer para dispensar o Promotor da accusação, ainda que razoavel fosse. Na razão da lei o officio do Promotor he reclamado por huma necessidade geralmente sentida.<sup>49</sup>

O autor é contrário a que o perdão do ofendido miserável ponha fim ao processo acusado pelo promotor público e a primeira parte do seu argumento diz respeito à literalidade da norma. Diferente da situação do flagrante, explicada no item anterior, em que Azevedo entende que a acusação pública na situação ocorre somente nas situações em que não há acusação privada, no caso de miserabilidade a lei exige a denúncia

---

<sup>48</sup> PESSOA, Vicente Alves de Paula. *Código criminal do imperio do Brazil*: annotado com leis, decretos, jurisprudencia dos tribunaes do paiz e avisos do governo até o fim de 1876: contém além disso muita materia de doutrina, com esclarecimentos e um índice alfabético, Rio de Janeiro: Typografia Perseverança, 1877, p. 135.

<sup>49</sup> AZEVEDO, Manoel Mendes da Cunha. *Observações sobre vários artigos do código de processo criminal e outros da lei de 3 de dezembro de 1841*, Pernambuco: Typographia da Viuva Roma, 1852, p. 54-55.

pelo promotor público, sendo essa independente e absoluta em relação à vontade das partes.

O autor completa ainda que essa garantia tem origem em uma necessidade geral da sociedade de proteger os seus membros mais frágeis que, por motivos diversos, reclamam a vigilância e os socorros da autoridade pública. Azevedo faz então uma importante analogia, que ajuda a entender a lógica do seu pensamento. Afirma o autor que, assim como o pai realizar a queixa em uma situação de crime puramente particular perdoado pelo filho, visto que a família também é vítima desse tipo de delito, a sociedade também pode acusar quando o ofendido miserável perdoa. No primeiro caso, por que a família ofendida, direta ou indiretamente, pelo crime, como na situação do delito de injúria ou calúnia, e no segundo caso pelo fato de que a sociedade também sofre consequência pelo cometimento de um delito contra um dos seus membros mais fracos, o miserável.

Azevedo vai além e afirma que um crime cometido contra um miserável não só não pode ficar impune, mesmo se aquele que sofreu diretamente as ofensas assim o desejar, mas deve ser mais fortemente punido, visto que:

A offensa feita a huma pessoa miserál he tanto mais aggravante da justiça, e da tranquillidade publica, quanto ella revela da parte do offensor huma disposição mais perigosa para o mal. He barbara; porque offende a hum infeliz, que tem direito á commiseração de todos: he atroz; porque agrava a situação daquelle, a quem a sorte já condemnou á miseria: he insidiosa; porque acommette hum desgraçado, que de ninguem podendo esperar, senão socorros, e consolação, não pôde prevenir os meios de a evitar: he finalmente covarde; porque fere a hum individuo, cuja fraqueza não pôde repellir o golpe. O concurso destas circunstancias tornão o offensor hum homem execravel, e recommendão hum castigo exemplar.<sup>50</sup>

O autor entende que aqueles que cometem delitos nesse sentido são mais perigosos para a ordem social, de forma que a sua punição não

---

<sup>50</sup> AZEVEDO, Manoel Mendes da Cunha. *Observações sobre vários artigos do código de processo criminal e outros da lei de 3 de dezembro de 1841*, Pernambuco: Typographia da Viuva Roma, 1852, p. 56.

pode ficar sob o arbítrio da parte ofendida, já que a sociedade é também interessada na devida correção desse tipo de desvio. O argumento utilizado aqui é muito próximo daquele empregado pelo mesmo autor na situação da denúncia das ofensas físicas leves: o da necessidade da eficácia da punição pelo exemplo, para evitar a propagação desse tipo de delito. A negativa do perdão para Azevedo é, então, uma forma de a sociedade se defender nesses dois sentidos, tanto por ser uma forma de reparar o mal cometido pelo crime, visto que ela é também ofendida, em uma visão retributivista da pena, quanto uma maneira de a sociedade se proteger do possível perigoso inimigo, em uma lógica de prevenção.

Mas, nem todos pensavam como Azevedo. Diferente da grande maioria dos autores do período, que escreviam livros de comentários aos artigos do Código Criminal e do Código de Processo Criminal, Liberato Barroso escreve as “Questões práticas de direito criminal”, um livro em que ele discute dez importantes temas para os advogados do período. Apesar de um modelo bastante diferente daquele geralmente adotado pelos juristas na época, o livro de Barroso era também destinado aos advogados e juízes, à prática criminal, como ele faz questão de deixar claro na introdução, em que afirma a preocupação em dar a sua interpretação para essas questões, como uma forma de auxiliar na aplicação das leis. A questão terceira era a seguinte: “Quaes os efeitos do perdão do offendido nos casos, em que o Promotor Publico accusa por ser aquella pessoa miserável?” A dúvida aqui é a mesma discutida por Azevedo, isto é, sobre a possibilidade de o ofendido miserável perdoar o réu, eximindo-o das penas, na situação de acusação pelo promotor público. Mas a resposta dada por Barroso é bastante diferente daquela proposta por Azevedo.

Barroso explica que o propósito do art. 73 do Código de Processo Criminal de 1832 é oferecer uma proteção maior àqueles que não possuem meios suficientes para promover a acusação, de forma que qualquer do povo, através da ação popular, ou o promotor público, através da ação pública, acusem o ofensor e impeçam a impunidade do delito. Porém, eis o argumento principal apresentado pelo autor, esse dever da acusação pública, previsto na legislação, não altera a natureza do delito, isto é, o seu caráter privado, não mudando também, conseqüentemente, a natureza da ação derivada dele. Explica Barroso que:

Estabelecendo a acção privada, como meio exclusivo de perseguir em juízo uma certa classe de crimes, não quiz o legislador deixar sem proteção aquelles, que pela sua miséria não podem accusar os offensores: consagrou o auxilio de qualquer pessoa do povo, dando-lhe o direito de promover a accusação; e prescreveu ao Promotor Publico o dever de prestar este auxilio. Mudou porem a natureza da acção? A acção privada, que compete ao offendido pelos crimes, em que não tem lugar o procedimento official, assume o character de acção publica, quando a *queixa* é intentada pelo Promotor Publico ou por qualquer pessoa do povo? Muda também de natureza o delicto; e torna-se a sua punição uma necessidade de ordem social, independente da vontade do offendido, só porque este é pessoa miserável? Parece-nos, que a negativa não pôde soffrer a menor hesitação.<sup>51</sup>

O autor defende que a natureza do crime e, portanto, da acção penal, é derivada, em última análise, da importância e gravidade dos delitos, e isso não se altera pela situação de miserabilidade do ofendido. De acordo com Azevedo, a atuação do promotor público na situação de miserabilidade é fundada em um sentimento social de defender os mais fracos, através da perseguição e punição do delito cometido. Para Barroso, a intervenção da Justiça Pública nessas circunstâncias não se dá por uma necessidade de ordem pública, é somente um benefício concedido ao ofendido, em uma lógica de assistência judiciária, mas que não muda a natureza do delito inicialmente cometido.

Barroso destaca também que o art. 73 refere-se à queixa do Promotor Público, não denúncia, instrumento típico da acção penal pública: “Art. 73. Sendo o offendido pessoa miseravel, que pelas circunstancias, em que se achar, não possa perseguir o offensor, o Promotor Publico deve, ou qualquer do povo pôde intentar a queixa, e proseguir nos termos ulteriores do processo.”<sup>52</sup> Para o autor não se trata de um erro do legislador, mas uma disposição pensada, com a intenção de

---

<sup>51</sup> BARROSO, José Liberato. *Questões práticas de direito criminal*, Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1866, p. 41.

<sup>52</sup> BRASIL. *Codigo de processo criminal de primeira instância de 29 de novembro de 1832*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm)> Acesso em: 07/08/2018.

demonstrar que a natureza do delito e da ação penal não se altera com a miserabilidade da parte ofendida.

Barroso ainda utiliza um terceiro argumento para defender a possibilidade de perdão do ofendido miserável, a situação de acusação puramente vingativa. O autor afirma que o art. 73 possibilita também a ação popular, isto é, a possibilidade de denúncia por qualquer do povo, de forma que um terceiro, mesmo que não envolvido diretamente no delito, denuncie e acuse o réu. O autor afirma que a permissão concedida através da ação popular de denúncia e acusação de terceiros não envolvidos no delito penal é forma de permitir-se uma acusação com desejos puramente vingativos, em que a vítima não deseja a reparação e a sociedade não a pode exigir, visto a natureza do delito. O perdão do ofendido é, então, uma maneira de corrigir essa falha do sistema, afinal, a vítima miserável, por mais que não seja parte acusadora no processo, pode encerrá-lo através do instrumento do art. 67.

### **3. O CÓDIGO PENAL DE 1890 E O PERDÃO DO OFENDIDO: “UM PRODUTO ANACHRONICO DE IDÉAS METAPHYSICAS”**

Durante a vigência do Código Criminal de 1830 o perdão do ofendido tinha um tratamento bastante bipolar, tal como visto nas páginas anteriores. Havia juristas, como Manuel Mendes da Cunha Azevedo, que o criticavam e defendiam o aumento do número de acusações públicas no âmbito penal, e outros, como Barroso, que ainda enxergavam a sua importância na correção de falhas do sistema e em determinados delitos com características privadas. Apesar dessas posições diferentes, é interessante observar como a presença e a relativa centralidade do perdão nos debates penais no Brasil oitocentista representam um traço da estratégia do poder público no que diz respeito às questões de transação penal no século XIX, uma clara tentativa de internalizar as práticas de negociação, de controla-las, manejando-as de acordo com o interesse público.<sup>53</sup>

---

<sup>53</sup> O que não quer dizer que práticas extrajudiciais não sejam comuns no Brasil desse período. Não são poucas as referências a isso, seja na literatura, com, por exemplo, a peça teatral “O juiz de paz na roça”, escrita por Martins Pena na década de 1830, ou ainda em estudos científicos como os feitos por

Com a aprovação do Código Penal de 1890, é facilmente perceptível uma postura mais rígida em relação às práticas de transação, aqui analisadas pela figura do perdão do ofendido. O que até esse período poderia ser interpretado como uma estratégia de internalização, a partir de então se mostra como uma postura muito mais agressiva dos legisladores e juristas frente a essas práticas. Como exemplo do que estamos querendo demonstrar, escolhemos dois juristas, Aurelino Leal e Viveiros de Castro, para uma pequena análise de como o instituto do perdão se modifica ao longo do século e de como essas mudanças são reflexos de uma alteração de ordem mais geral.

Antes, porém, de tratar desses dois autores, convém fazermos uma pequena análise das importantes mudanças legislativas em torno do perdão do ofendido. Diferente do Código Criminal de 1830 que condicionava esse instituto aos requisitos explicados anteriormente, o Código Penal de 1890 mudou completamente esse panorama, simplificando-o. Em se tratando das ações penais, a ação penal popular deixou de existir, de forma que apenas duas classes se mantivessem, a ação penal privada e a ação penal pública. Nesse sentido, o art. 407 do novo código disciplina que o promotor público deve denunciar, dando lugar a ação penal pública, em todos os crimes previstos no código, com exceção em duas hipóteses, nos crimes de furto<sup>54</sup> e dano, quando há flagrante delito e nos crimes de violência carnal, rapto, adultério, parto suposto, calúnia e injúria, esses seis últimos exclusivamente privados.<sup>55</sup>

---

Thomas Flory, “El juez de paz y el jurado en el Brasil imperial”, 1986, Ivan de Andrade Vellasco, “As seduções da ordem: violência, criminalidade e administração da justiça: Minas Gerais – século 19.”, 2004, ou ainda em um período um pouco posterior, João Paulo Mansur, em sua dissertação de mestrado, “Aos amigos o direito; aos inimigos a lei: modernismo, coronelismo, júri e cangaço na literatura de José Lins do Rego, 2017”.

<sup>54</sup> A situação do furto é mais complexa. Apesar da previsão genérica do código acerca da exclusividade da ação penal privada, com exceção nos casos de flagrante delito, ao longo do século XIX com a organização dos códigos de processo penal estaduais, um grande número de estados optou por alterar a ação penal do crime de furto, tornando-a pública. Além disso, há também a situação específica do furto de gado, sobre a qual ressaltou o seguinte estudo: LOURENÇO, Lucas Ribeiro Garro. *Furto de gado e justiça não estatal: sobre o nascimento da ação penal pública condicionada à representação no Brasil (1860-1899)*. No prelo.

<sup>55</sup> No caso do delito de violência carnal, o art. 274 do Código Penal de 1890 abre três algumas à regra da acusação privada, nas situações em que haja perigo

Isso reflete diretamente no perdão do ofendido, visto que o art. 77, dispositivo que regula esse instituto no código de 1890, prevê que o perdão do ofendido só terá efeitos jurídicos, extinguindo a ação penal ou a execução da sentença, nos delitos em que haja acusação pelo ofendido, isto é, nos casos em que só terá lugar a ação penal privada.

O que fica evidente, desde já, é uma tentativa de restringir o espaço do perdão do ofendido, com a inversão da lógica da acusação no processo penal. Enquanto, na legislação imperial, a regra era a acusação privada em todos os crimes particulares, parte terceira do Código de 1830, com as devidas exceções em que havia acusação pública pelo promotor (art. 37, art. 73 e art. 74, do Código de Processo Criminal de 1832), no nosso primeiro código penal republicano a regra passa a ser a de acusação pública para todos os delitos, com apenas oito exceções, em que há exclusividade da ação penal privada: furto, dano, violência carnal, rapto, parto suposto, adultério, calúnia e injúria.

Essa grande mudança legislativa é acompanhada também de uma mudança de postura sobre o perdão do ofendido na doutrina jurídica, exemplificadas aqui com os já citados Aurelino Leal e Viveiros de Castro, dois dos autores mais críticos em relação a esse instituto. Leal publica o livro “Gérmens do Crime” seis anos após a promulgação do código penal republicano. Um livro que, como define o autor, tem por objetivo combater determinados institutos de direito material e processual penal adotados por legisladores “não iluminados”. O que o autor chama de gérmens do crime são, portanto, institutos considerados atrasados e, sobretudo, auxílios da criminalidade, ou como o próprio autor os define: “espessas capas em que se embuçam os malfeitores para fugirem da punição legal”.<sup>56</sup>

O perdão do ofendido é, portanto, na concepção de Leal, um desses gérmens, um incentivo à criminalidade. A sua explicação merece ser replicada:

---

de vida, morte ou grave alteração da saúde da ofendida, quando a ofendida for pessoa miserável ou, ainda, quando o crime for cometido com abuso de pátrio poder, autoridade do tutor, curador ou preceptor. Nessas hipóteses, a acusação poderia ser feita pelo Ministério Público.

<sup>56</sup> LEAL, Aurelino. *Germens do crime*, Bahia: Livraria Magalhães, 1896, p. 18

A Lei diz, por exemplo, que é crime matar-se alguém. A escola penal estuda e dá toda a consideração á intenção criminosa. Pois bem. A resolução do crime uma vez provada, equivale a manifestação clara de que o individuo quer violar uma Lei. E, desde que elle armado dirige-se á sua victima, quem é o primeiro a ser lesado?<sup>57</sup>

A sociedade é, nessa visão, a vítima primeira do crime e contra o autor tem o direito de se mover. Completa Leal que:

Na consideração, portanto, de que a repressão é da exclusiva competencia da sociedade, e que só pôde exercer esse direito o individuo para defender-se legitimamente contra os seus aggressores ou de terceiros, por medida de excepção, não podemos concordar com esta disposição da Lei, que concorre secundariamente para o enfraquecimento da repressão criminal [...]. O Art. 77 do Coligo Penal Brasileiro (artigo que regula o perdão do ofendido no Còdigo Penal de 1890) dispoz isto, mas é uma disposição que não merece ser commentada.<sup>58</sup>

Poucas páginas depois, Leal escreve que:

Quanto ao perdão, é que não ha razão, em absoluto, para existir. O individuo não pôde ter a larga attribuição de perdoar a offensa que recebeu. Existindo a graça com as modificações que estabelecemos não ha necessidade nenhuma de existir o perdão, que é um produto anachronico de idéas metaphysicas. Elimene-se-o do direito positivo, pois.<sup>59</sup>

Viveiros de Castro, um dos mais importantes juristas brasileiros do século XIX e primeira metade do XX, em especial no que se refere aos crimes sexuais, é outro a tratar do tema. A obra dele pode ser sintetizada em três principais livros: a “Nova Escola Penal” (1ª ed, 1894), “Atentados ao Pudor” (1895) e “Delictos contra a Honra da Mulher” (1ª ed, 1897). Tanto no primeiro quanto no último desses livros, o autor discute o perdão da vítima e, principalmente, a divisão entre ação penal pública e privada.

---

<sup>57</sup> LEAL, Aurelino. *Germens do crime*, Bahia: Livraria Magalhães, 1896, p. 180-181

<sup>58</sup> LEAL, Aurelino. *Germens do crime*, Bahia: Livraria Magalhães, 1896, p. 181.

<sup>59</sup> LEAL, Aurelino. *Germens do crime*, Bahia: Livraria Magalhães, 1896, p. 183.

Convém concentrarmos nos argumentos referentes à questão das ações, no qual Castro desenvolve melhor seu pensamento.

Em “A Nova Escola Penal”, o autor pretende instituir as bases da sua teoria, como ele mesmo define, bastante antenada com o que se escrevia no período na França e na Itália, no campo da antropologia criminal e da sociologia criminal. Nesse sentido, esse livro é, de acordo com Castro, um resumo das ideias dos principais expoentes dessas escolas, adaptados à realidade brasileira. Um desses pontos centrais diz respeito à clássica divisão, adotada pela legislação brasileira, entre ação penal pública e privada, da qual o autor discorda:

Instituindo o ministério publico, o fim da lei foi dar á sociedade um representante que zelasse pelos seus direitos, mas calmo, frio, imparcial, sem ódios e sem paixões, inflexível, severo no cumprimento de seus deveres. A pena na moderna concepção jurídica deste século não é mais uma vingança do offendido, mas urna necessidade de defeza social. A lesão ao direito individual é também uma lesão ao direito collectivo. Não deve, portanto, caber ao particular a reparação dessa offensa; mas sim ao promotor publico, que falla em nome dos interesses sociaes. Deixar ao particular o direito de queixa, de punir ao seu aggressor, é dar logar a duas consequências bem perigosas, offensiva uma do direito individual, outra do interesse social. Offensiva do direito individual porque se cada cidadão pôde por uma queixa iniciar um processo contra outro, comprehende-se quantas vinganças, quantas especulações, quanta *chantage*, não podem ser exercidas á sombra deste direito de queixa. [...] Offensiva do direito social, porque se a victima não quizer procurar seu aggressor, fica impune um indivíduo perigoso, animado por essa mesma impunidade a commetter novos crimes. O ladrão continua a furtar, o seductor a deshonnar moças, o calumniador a manchar reputações immaculadas. Não, mil vezes não. É tempo de abandonar semelhante systema desacreditado e seguir o caminho mais seguro que nos ensina a nova escola penal. Não ha motivo que justifique a divisão da acção penal em publica e privada. A iniciativa do processo deve sempre caber ao representante do ministério publico.<sup>60</sup>

<sup>60</sup> CASTRO. Francisco José Viveiros de. *A nova escola penal*, Rio de Janeiro: J.R. dos Santos, 1913., p. 261-263.

No livro “Delictos contra a Honra da Mulher”, Castro retoma essa ideia e escreve sobre as ações penais nos delitos de adultério, violência carnal e rapto. Apesar da tendência da época em considerar esses tipos de delitos como essencialmente privados, lembremos que eles estão entre aqueles em que a acusação é exclusivamente privada (art. 74 do Código Penal de 1890)<sup>61</sup>, Viveiros de Castro mantém sua posição contrária à ação penal privada, rechaçando o que ele chama de quatro argumentos básicos daqueles que defendem a posição contrária, isto é, defensores da exclusividade da acusação privada em determinados crimes: 1) a preservação do interesse familiar e da privacidade da vítima; 2) dificuldade no colhimento de provas; 3) correção de possíveis injustiças na condenação através do perdão do ofendido; 4) recurso contra a inação do Ministério Público.<sup>62</sup>

Para nós, interessa mais o terceiro ponto, em que Castro não reconhece no perdão a única válvula de escape para o reconhecimento de possíveis erros na condenação nesses tipos de crimes. Para o autor, há outros instrumentos possíveis e mais viáveis, tais como o direito de graça e o recurso de revisão ao Superior Tribunal de Justiça, ambos criados com esse intuito de reconhecer possíveis injustiças e corrigi-las, mas que não comprometeriam a paz social e nem favoreceriam a impunidade, fatores característicos do perdão do ofendido.

Essa concepção de delito como algo público e da necessidade de repressão para evitar a propagação da criminalidade, expressos nos escritos anteriores, não é algo exatamente novo na doutrina jurídico-penal brasileira, como visto anteriormente com o pensamento de Azevedo na década de 1850. Porém, chama a atenção a intensidade como isso se coloca no final do século XIX. Se durante o Império reclamava-se sobre a necessidade de acusação pública em delitos menores, como as lesões físicas

---

<sup>61</sup> Vale citar que no Código Penal de 1940 manteve-se a ação penal privada, conforme art. 225 desse dispositivo, sendo prevista ainda duas hipóteses em que há ação pública incondicionada, incisos I e II do mesmo artigo. Em 2009, através da Lei n. 12.015 foi acrescentado previsão de ação pública condicionada e de mais uma hipótese de ação pública incondicionada. Apenas através da Lei n. 13.718/2018 o art. 225 foi amplamente modificado, sendo previsto ação pública incondicionada para todos os crimes contra a dignidade sexual.

<sup>62</sup> CASTRO, Francisco José Viveiros de. *Os delictos contra a honra da mulher: adultério, defloração, estupro, a sedução no direito civil*, Rio de Janeiro: João Lopes da Cunha, 1897, p. 183.

leves e de como isso seria importante para a repressão desses delitos, no final do século, mesmo com as intensas mudanças legislativas e a feroz restrição ao perdão do ofendido no código de 1890, a doutrina jurídica ainda demanda mais repressão, dessa vez com a proposta de exclusão do perdão da legislação penal e do monopólio da ação penal pública.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Um instituto jurídico passa por diversas transformações ao longo da história, algumas muito claras e óbvias e outras que exigem um olhar mais apurado do investigador. A proposta desse artigo era analisar as transformações que o perdão do ofendido passou ao longo do século XIX no Brasil, sob o ponto de vista legislativo, teórico e, eventualmente, prático e os resultados se mostraram condizentes com outras pesquisas histórico-científicas paralelas. Tal como escreve, Tomas y Valiente<sup>63</sup>, era de se esperar que o perdão da vítima sofresse alterações significativas no seu modo de funcionamento no século XIX, devido aos códigos penais e seu caráter centralizador, e isso foi de fato verificado, se comparado com os resultados da própria pesquisa do historiador do direito espanhol.

Mafei<sup>64</sup> escreve como a consolidação do que ele chama de Direito Penal Contemporâneo no Brasil, ocorre apenas no final do século XIX, sobretudo na década de 1890, na qual os três macrotemas básicos, eficiência da punição, centralização política do poder criminal e controle de arbitrariedades, se solidificam como pilares desse modo de se fazer justiça penal no país. Nesse mesmo período, observamos uma substancial diferença legislativa e teórica no instituto do perdão do ofendido, com o aumento das críticas e afirmações sobre a necessidade de se excluir esse elemento da legislação nacional.

<sup>63</sup> TOMAS Y VALIENTE, Francisco. El perdón de la parte ofendida en el Derecho penal castellano (siglos XVI, XVII y XVIII). In: *Anuario de historia del derecho español*, n. 31, 1961, p. 94.

<sup>64</sup> QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *A teoria penal de P. J. A. Feuerbach e os juristas brasileiros do século XIX: a construção do direito penal contemporâneo na obra de P. J. A. Feuerbach e sua consolidação entre os penalistas no Brasil*. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 248.

Durante a vigência do Código Criminal de 1830, o perdão da vítima era uma resposta possível somente aos crimes particulares sem acusação oficial que não se enquadrassem nas hipóteses do art. 74 do Código de Processo Criminal. Além disso, era possível que o perdão ocorresse antes ou depois da sentença condenatória, o que significa dizer que mesmo após o início do cumprimento da pena era possível que a vítima encerrasse o poder punitivo estatal.

O que pode parecer, à princípio, uma ampla fonte de interferência privada no processo penal, pode ser entendido, na verdade, como o contrário. Pelos estudos de Tomas y Valiente vê-se que o perdão da vítima até o final do século XVIII era amplamente negociado, com pouco e difícil controle estatal. O que se propõe aqui é mostrar essa primeira fase, a partir do Código Criminal de 1830 como um momento de internalização, de controle por parte do Estado dessas práticas de negociação.

Em um segundo momento, marcado pelo Código Penal de 1890, a estratégia é diferente. Restringe-se o perdão da vítima a somente oito crimes, enquanto que todos os demais agora passam a ser de competência pública. Essa mudança tão drástica não pode ser resultado de simples vontade legislativa, mas parte desse percurso teórico do direito processual penal ao longo do século XIX no Brasil, um caminho em que os macrotemas básicos, definidos por Mafei, são os guias principais.

Importa perceber aqui, por fim, como o perdão do ofendido foi perdendo relevância ao longo do século XIX, a ponto de na década de 1890 a sua simples previsão na legislação ser alvo de críticas pelos principais juristas do período, e de como isso reflete uma mudança maior, de maior presença estatal nas questões criminais e do pouco espaço dado às soluções negociadas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES JUNIOR, Thomaz. *Anotações teóricas e práticas ao Código Criminal*, Rio de Janeiro: Francisco Luiz Pinto & C. editores, 1864.

AZEVEDO, Manoel Mendes da Cunha. *Observações sobre vários artigos do código de processo criminal e outros da lei de 3 de dezembro de 1841*, Pernambuco: Typographia da Viuva Roma, 1852.

BARROSO, José Liberato. *Questões práticas de direito criminal*, Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1866.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*, São Paulo: Martin Claret, 2014.

CASTRO, Francisco José Viveiros de. *Os delictos contra a honra da mulher: adultério, defloramento, estupro, a sedução no direito civil*, Rio de Janeiro: João Lopes da Cunha, 1897.

CASTRO, Francisco José Viveiros de. *A nova escola penal*, Rio de Janeiro: J.R. dos Santos, 1913.

DANTAS, Monica Duarte. Da Luisiana para o Brasil: Edward Livingston e o primeiro movimento codificador no Império (o Código Criminal de 1830 e o Código de Processo Criminal de 1832). In: *Jahrbuch fur Geschichte Lateinamerikas (1998) / Anuario de Historia de América Latina*, v. 52, 2015, p. 117-205.

HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*, Coimbra, 2012.

HOSTETTLER, John. *A history of Criminal Justice in England and Wales*, UK: Waterside Press, 2009.

LEAL, Aurelino. *Germens do crime*, Salvador: Livraria Magalhães, 1896.

MECCARELLI, Massimo. Regimes jurídicos de exceção e sistema penal: mudanças de paradigma entre Idade Moderna e Contemporânea. In: DAL RI JÚNIOR, Arno; SONTAG, Ricardo. *História do direito penal entre medievo e modernidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 87-110.

MONTENEGRO, Manoel Januário Bezerra. *Lições acadêmicas sobre artigos do código criminal*, Recife: Typographia Universal, 1860.

PADOA-SCHIOPPA, Antonio. Delitto e pace privata. In: PADOA-SCHIOPPA, Antonio. *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna: Il Mulino, 2008. p. 209-229.

PESSOA, Vicente Alves de Paula. *Código criminal do imperio do Brazil*: anotado com leis, decretos, jurisprudencia dos tribunaes do paiz e avisos do governo até o fim de 1876: contém além disso muita materia de doutrina, com esclarecimentos e um indice alfabético, Rio de Janeiro: Typografia Perseverança, 1877.

PIMENTA BUENO, José Antônio. *Apontamentos sobre o processo criminal*, Rio de Janeiro: Empreza Nacional do Diario, 1857.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *A teoria penal de P. J. A. Feuerbach e os juristas brasileiros do século XIX*: a construção do direito penal contemporâneo na obra de

P. J. A. Feuerbach e sua consolidação entre os penalistas no Brasil. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

RAMALHO, Joaquim Ignácio. *Elementos do processo criminal para uso das Faculdades de direito do império*, São Paulo: Typographia Dous de Dezembro, 1856.

SBRICCOLI, Mario. La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita. In: SBRICCOLI, Mario. *Storia del diritto penale e della giustizia*, Milão: Giuffrè, v. 2, p. 493-590, 2009.

SBRICCOLI, Mario. Justiça Criminal. *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro: Revan, n. 17/18, p. 459-486, 2011.

SOUZA, Braz Florentino Henriques de. Código criminal do Imperio do Brasil: anotado com as leis, decretos, avisos e portarias, Recife: Typ. Universal, 1858.

TOMAS Y VALIENTE, Francisco. El perdón de la parte ofendida en el Derecho penal castellano (siglos XVI, XVII y XVIII). In: *Anuario de historia del derecho español*, n. 31, p. 55-114, 1961.

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

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

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

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

### Dados do processo editorial

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

- Recebido em: 29/12/2018
- Controle preliminar e verificação de plágio: 08/01/2019
- Avaliação 1: 09/01/2019
- Avaliação 2: 09/01/2019
- Avaliação 3: 21/01/2019
- Decisão editorial preliminar: 22/01/2019
- Retorno rodada de correções: 01/02/2019
- Decisão editorial final: 05/02/2019

### Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editor-assistente: 1 (ELL)
- Revisores: 3

### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

TEIXEIRA, Arley F. O perdão do ofendido na cultura jurídico-penal brasileira do século XIX: negociação no século da justiça pública? *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 299-338, jan./abr. 2019.  
<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.213>



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

**Fundamentos de  
Direito Processual Penal**

---

*Fundamentals  
of Criminal Procedure*

---



# Un invito a compiere una scelta di civiltà: la Corte europea dei diritti dell'uomo rinunci all'uso della testimonianza anonima come prova decisiva su cui fondare una sentenza di condanna

*An invitation to make a choice of civilization: the European  
Court of Human Rights renounces the use of anonymous testimony  
as a decisive proof to motive a conviction*

*Um convite a realizar uma escolha virtuosa: o Tribunal Europeu de  
Direitos Humanos renuncie ao uso da testemunha anônima como  
prova decisiva para fundamentar uma condenação*

**Simone Lonati<sup>1</sup>**

Department of Law, Bocconi University, Milano, Italy

simone.lonati@unibocconi.it

 <http://lattes.cnpq.br/6609456544742413>

 <https://orcid.org/0000-0003-2091-1373>

---

**RIASSUNTO:** Il presente lavoro propone una riflessione sull'utilizzo della testimonianza anonima da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo. L'analisi dei principali *leading cases*, risolti dai giudici di Strasburgo, permetterà di cogliere l'evoluzione della giurisprudenza europea su un tema così delicato a causa della grave menomazione che subisce il diritto di difesa dell'accusato quando sono impiegate all'interno del processo le testimonianze anonime. Le ultime sentenze intervenute su questo specifico tema preoccupano perché confermano il progressivo arretramento da parte della Corte europea sulla fondamentale garanzia del contraddittorio. Se, da un lato, si condivide la necessità di tutelare, all'interno del processo penale, diritti di soggetti diversi dall'imputato e si riconosce l'urgenza, a fronte di una situazione di pericolo per il testimone,

---

<sup>1</sup> Assistant Professor of Italian and European Criminal Procedure Law - Law Department - Università Bocconi.

di salvaguardarne l'incolumità e di preservare la fonte di prova, dall'altro, tuttavia, non si comprende, infatti, quale "counterbalancing procedures" possa restituire all'imputato ciò che gli viene tolto in termini di difesa non comunicandogli l'identità del testimone. Si tratta, allora, di compiere una scelta di civiltà domandandosi se in un processo che vuole continuare a definirsi «equo» l'accusa anonima possa essere tollerata.

**PAROLE CHIAVE:** testimonianza; prova penale; equo processo; diritto di difesa; diritti fondamentali.

**ABSTRACT:** *The purpose of this paper is to encourage a reflection on the use of anonymous witness evidence by the European Court of Human Rights. An analysis of the leading cases solved by the Strasbourg judges will provide an overview of the European case law developments on such a delicate topic, considering how the accused's right of defence is seriously impaired when anonymous depositions are admitted in proceedings. The Court's most recent decisions on this topic do create some concern. They represent a considerable step backward in the guaranteed right to confrontation, which, especially when dealing with anonymity, does not seem acceptable. While there is no question on the need to protect persons other than the accused in criminal proceedings and on the urgency to safeguard the safety of witnesses, when in danger, and preserve the source of evidence, on the other hand, it is hard to imagine what "counterbalancing procedures" could compensate for all that the accused is denied when the identity of the person making incriminating statements against him/her is concealed. It is, therefore, a matter of making a civilised choice, and of asking ourselves whether in a trial that still aspires to be defined as "fair", anonymous incriminations may be tolerated.*

**KEYWORDS:** witness evidence; criminal evidence; fair trial; right of defence; fundamental rights.

**RESUMO:** *O presente trabalho propõe uma reflexão sobre a utilização da testemunha anônima por parte do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. A análise dos principais leading cases, resolvidos pelos juízes de Estrasburgo, permitirá compreender a evolução da jurisprudência europeia sobre essa temática delicada em razão de graves violações ao direito de defesa do acusado quando são empregadas no processo as testemunhas anônimas. As últimas sentenças pronunciadas sobre esse específico ponto preocupam porque confirmam o progressivo regresso por parte do Tribunal europeu em relação à fundamental garantia do contraditório. Se, por um lado, reconhece-se a necessidade de tutelar, dentro do processo penal, direitos de sujeitos além do imputado e percebe-se a urgência, diante de uma*

*situação de perigo para a testemunha, de tutelar a sua incolumidade e de preservar a fonte de prova, por outro, todavia, não se compreende quais “counterbalancing procedures” podem devolver ao imputado aquilo que lhe é tirado em termos de defesa ao não lhe revelar a identidade da testemunha. Trata-se, então, de realizar uma escolha de civilidade questionando-se se em um processo que queira continuar a sse definir “equitativo” a acusação anônima pode ser tolerada.*

**PALAVRAS-CHAVE:** *testemunha anônima; prova penal; processo equitativo; direito de defesa; direitos fundamentais.*

**SOMMARIO:** Introduzione. 1. La nozione “elastica” di testimone adottata dalla Corte europea dei diritti dell’uomo. 2. I testimoni «anonimi»: il difficile bilanciamento tra esigenze di tutela della collettività e diritti della difesa. 3. Segue: le soluzioni proposte dal Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa. 4. Segue: sulla compatibilità delle dichiarazioni anonime con la Convenzione europea (Kostovski c. Paesi Bassi). 5. Segue: l’utilizzabilità delle dichiarazioni anonime ai fini delle indagini e come prova in una sentenza di condanna (Windisch c. Austria). 6. Segue: sui criteri di valutazione delle dichiarazioni anonime (Doorson c. Paesi Bassi). 7. Segue: le dichiarazioni anonime rese da agenti di polizia (Van Mechelen e altri c. Paesi Bassi). 8. Segue: le dichiarazioni anonime provenienti da «agenti infiltrati» (Lüdi c. Svizzera). 9. L’«editto pretorio» in tema di ammissibilità e utilizzabilità della testimonianza anonima. 10. La valutazione della testimonianza anonima dopo le sentenze Al-Khawaja c. Regno Unito e Schatschaschwili c. Germania. 11. Conclusioni.

---

## INTRODUZIONE

Il presente lavoro<sup>2</sup> propone una riflessione sul tema della testimonianza anonima con particolare riguardo alle soluzioni individuate dalla Corte europea dei diritti dell’uomo spesso richiamate per giustificare il ricorso all’istituto in questione nei singoli ordinamenti nazionali<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Il presente articolo costituisce la versione aggiornata e ampliata di un precedente lavoro pubblicato in lingua inglese su *European Criminal Law Review*, n.1/2018.

<sup>3</sup> Tale misura protettiva, espressamente richiamata dall’art. 24, par. 2, lett. a), della Convenzione di Palermo, è oramai prevista, seppur con specifici limiti,

L'esame dei principali *leading cases* affrontati dalla Corte di Strasburgo permetterà di comprendere i principi di diritto enunciati in quelle sentenze<sup>4</sup> e di cogliere l'evoluzione della giurisprudenza europea<sup>5</sup>

---

dalla maggior parte degli ordinamenti giuridici. Tale possibilità è ad esempio ammessa nell'ordinamento tedesco (art. 68 c.p.p.), in quello austriaco (artt. 166, 258 comma 3 e 323 comma 2 c.p.p.) e nei Paesi Bassi (artt. 136c, 226° e 226b). Altri Paesi stanno esaminando la possibilità di introdurre la figura del testimone anonimo, come ad esempio la Lituania e l'Ungheria. In Gran Bretagna la testimonianza anonima è stata esplicitamente ammessa in via legislativa dal *Criminal Evidence Act* del 2008, poi sostituito dal *Coroners and Justice Act* del 2009: sul punto v. HOWARTH, David, *The Criminal Evidence (Witness Anonymity) Act*, in *Archbold News*, 2008, p. 1; HOYANO, Laura C. H., *Coroners and Justice Act 2009: special measures directions take two: entrenching unequal access to justice?*, in *Criminal Law Review*, 2010, p. 345; ORMEROD, Daniel, *Blackstone's Criminal Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 1709 s.; ORMEROD, Daniel; CHOO, Andrew; EASTER, Rachel L., *Coroners and Justice Act 2009: the "witness anonymity" and "investigation anonymity" provisions*, in *Criminal Law Review*, 2010, p. 368; WARD, Alan Georgy, *The Evidence of Anonymous Witnesses in Criminal Courts: now and into the future*, in *The Denning Law Journal*, 2009, vol. 21, pp. 67-92. Con legge n. 136 del 2010 è stata espressamente contemplata per la prima volta nel sistema processuale italiano un'ipotesi di testimonianza anonima. Introducendo un nuovo comma 2-bis all'art. 479 c.p.p., è stato previsto che gli agenti e altri soggetti che abbiano agito sotto copertura siano sentiti con le forme dell'esame a distanza, rafforzato dall'adozione di cautele idonee a evitare che il volto dell'esaminando sia visibile e dalla possibilità di declinare le generalità impiegate nelle operazioni *undercover*. Le generalità indicate sono perciò fittizie e in alcun modo ricollegabili tanto alla vita passata del testimone.

<sup>4</sup> Come è stato autorevolmente sottolineato, le decisioni della Corte europea devono essere considerate, in quanto al loro valore di precedente, proprio in relazione al fatto che riguardano casi concreti e, quindi, la portata dei principi in esse enunciati deve essere necessariamente valutata tenendo in considerazione questa caratteristica (cfr. ZAGREBELSKY, Vladimiro, *Relazione svolta al convegno "Processo penale e giustizia europea"* (Torino, 26-27 settembre 2008), in AA. VV., *Processo penale e giustizia europea. Omaggio a Giovanni Conso*. Atti del Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, Torino, 26-27 settembre, Giuffrè, 2010, p. 14, dove l'A. parla di «giurisprudenza casistica»).

<sup>5</sup> Per l'esame della giurisprudenza europea intervenuta sul tema vedi BARTOLE, Sergio; DE SENA, Pasquale; ZAGREBELSKY, Vladimiro, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, Cedam, 2012; BERGER, Vincent, *Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, XII ed., Paris, Sirey, 2014; BERG, Leif, *Cohérence et impact de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme: liber amicorum Vincent*

su un tema così delicato a causa della grave menomazione che subisce il diritto di difesa quando sono impiegate all'interno del processo le testimonianze anonime. In questi casi, infatti, all'accusato viene preclusa (o comunque fortemente compromessa) la possibilità di indagare sulla credibilità e l'attendibilità del dichiarante.

L'analisi si concluderà verificando come il recente l'overruling della Grande Camera in tema di testimoni assenti (a partire dalla sentenza *Al-Khawaja c. Regno Unito* del 2011), abbia condizionato anche la giurisprudenza relativa all'uso delle dichiarazioni provenienti da fonti anonime. Gli ultimi approdi della giurisprudenza della Corte europea su questo tema preoccupano perché, di fatto, consentono che una sentenza di condanna possa fondarsi in maniera determinante su dichiarazioni rilasciate da un soggetto che l'accusato non solo non ha mai potuto direttamente interrogare ma non ne conosce nemmeno l'identità e il suo passato. Ci troviamo di fronte a un ulteriore ennesimo arretramento sulla garanzia del contraddittorio da parte della Corte europea. Si tratta, allora, di compiere una scelta di civiltà domandandosi se in un processo che vuole continuare a definirsi «equo» l'accusa anonima possa essere tollerata.

---

Berger, Oisterwijk, Wolf Legal Publishers, 2013; DI STASI, Angela (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano*, Padova, Cedam, 2016, pp. 303 s.; DOURNEAU-JOSETTE, Pascal, *Convention européenne des droits de l'homme: jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière pénale*, in *Rubrique de l'Encyclopédie Dalloz, Répertoire de Droit Pénal et de Procédure Pénale*, Paris, 2013; HARRIS, David John; O'BOYLE, Michael; WARBRICK, Colin (edited by) *Law of the European Convention on Human Rights*, III ed., Oxford-New York, Oxford University Press, 2014; KLIP, André, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, III ed., Antwerp, Intersentia, 2016; LEACH, Philip, *Taking a case to the European Court of Human Rights*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2011; MARINGELE, Sarah, *European Human Rights Law. The work of European Court of Human Rights*, Hamburg, Anchor Academic Publishing, 2014; SUDRE, Frédéric; MARGUÉNAUD, Jean Pierre; ANDRIANTSIMBAZOVINA, Joël; GOUTTENOIRE, Adeline; GONZALES, Gèrarde; MILANO, Laure; SURREL, Hélène, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, VII ed., Paris, Presses Universitaires de France, 2015; SUDRE Frédéric, *Les conflits de droits dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Anthemis 2014; TONAMI, Koji, *Yoroppa Jinken saibansho no hanrei* (Essential Cases of the European Court of Human Rights), Tokyo, Shinzan-sha, 2008.

## 1. LA NOZIONE “ELASTICA” DI TESTIMONE ADOTTATA DALLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL’UOMO.

Com'è noto, la lett. d dell'art. 6 par. 3 Cedu garantisce il diritto dell'accusato di «interrogare o fare interrogare» i testimoni<sup>6</sup>.

La giurisprudenza della Corte europea ha formulato nel corso degli anni una nozione autonoma di «testimone» chiarendo che, ai sensi della Convenzione, sono qualificate come testimoni tutte le persone che, «indipendentemente dal proprio status processuale, così come

---

<sup>6</sup> Per un'analisi dell'art. 6 par. 3 lett. d) Cedu si rinvia, senza pretesa di completezza, a BIRAL, Marianna, *The Right to Examine or Have Examined Witnesses as a Minimum Right for a Fair Trial*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2014, pp. 330 s.; CHIAVARIO, Mario, Commento all'art. 6, in BARTOLE, Sergio; CONFORTI, Benedetto; RAIMONDI, Guido (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali*, Padova, Cedam, 2001, pp. 198-199; CHOO, Andrew, *Hearsay and Confrontation in Criminal Trial*, Oxford, Clarendon Press, 1996; DCAUX, Emmanuel; IMBERT, Pierre Henri; PETTITI, Louis Edmond (edited by), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, pp. 145 s.; JACOBS, Francis; WHITE, Robin; OVEY, Clare (edited by), *The European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 65 s. e pp. 282 s.; FOCARELLI, Carlo, *Equo processo e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, Cedam, 2001, p. 150 s.; LONATI, Simone, *Il diritto dell'accusato a “interrogare o fare interrogare” le fonti di prova a carico*, Torino, Giappichelli, 2008; KOSTORIS, Roberto E., *Manuale di procedura penale europea*, Milano, Giuffrè, 2017, pp. 146 s.; MAFFEI, Stefano, *The European Right to Confrontation in Criminal Proceedings – Absent, Anonymous and Vulnerable Witnesses*, Groningen, Europa Law Pub Netherlands, 2006; RENUCCI, Jean François, *Droit européen des droits de l'homme – Contentieux européen*, Paris, Lgdj, 2010, p. 475; SATZGER, Helmut, *International and European Criminal Law*, München, Hart Pub Ltd, 2012, pp. 161 s.; SPENCER, Jhon R., *Hearsay Evidence in Criminal Proceedings*, Oxford, Hart Publishing, 2008, chapters 1-2; UBERTIS, Giulio, *Principi di procedura penale europea*, Milano, Raffaello Cortina, 2000, p. 58; UBERTIS, Giulio; VIGANÒ, Francesco; (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 229 s.; ZACCHÈ, Francesco, *Gli effetti della giurisprudenza europea in tema di privilegio contro le autoincriminazioni e diritto al silenzio*, in BALSAMO, Antonio; KOSTORIS, Roberto E. (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 180; ZACCHÈ, Francesco, *Il diritto al confronto nella giurisprudenza europea*, in GAITO, Alfredo; CHINNICI, Daniela (a cura di), *Regole europee e processo penale*, Padova, Cedam, 2016, pp. 207 s.

regolato dalla legge nazionale, dispongono di informazioni riguardanti un processo penale»<sup>7</sup>.

Tale nozione risponde alla scelta interpretativa<sup>8</sup> adottata dalla Corte europea di considerare in generale la terminologia giuridica

<sup>7</sup> La definizione è tratta dalla Raccomandazione del Comitato dei Ministri agli Stati membri n. R(97)13, § 2 ed è ribadita nella Raccomandazione del Comitato dei Ministri n. R (2005) 9, *Appendix*, § 1. V., in giurisprudenza, ad esempio, *Corte Eur. Dir. Uomo*, 19 febbraio 1991, *Isgrò c. Italia*, serie A n. 194-A, § 33; *Corte Eur. Dir. Uomo*, 20 novembre 1989, *Kostovski c. Paesi Bassi*, ric. n. 11454/85, § 40. Tale definizione è richiamata anche da LONATI, Simone, *Il diritto dell'accusato a "interrogare o fare interrogare" le fonti di prova a carico*, op. cit. p.180; DACAUX, Emmanuel; IMBERT, Pierre Henri; PETTITI, Louis Edmond (edited by), *La Convention européenne des droits de l'homme*, op.cit., p. 275; UBERTIS, Giulio, *Principi di procedura penale europea*, op.cit., p. 53; UBERTIS, Giulio; VIGANÒ, Francesco; (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, op.cit., pp. 229 s

<sup>8</sup> On the methods of interpretation adopted by the Court of Strasbourg, see, with no claim to exhaustiveness, DELMAS-MARTY, Mareille, *Pour un droit commun*, Paris, Le Seuil, 1994; DI STASI, Angela, (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano*, op.cit, pp. 34 s.; FOCARELLI, Carlo, *Equo processo e Convenzione europea*, op.cit., pag. 253; GANSHOF VAN DER MEERSCH, Walter J., *Quelques aperçus de la méthode d'interprétation de la Convention de Rome du 4 novembre 1950 par la Cour européenne des droits de l'homme*, in AA.VV., *Mélanges offerts à Robert Legros*, Brussels, Editions de l'Université del Bruxelles, 1985, p. 207; Id., *Les méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme*, in TURP, Daniel; BEAUDOIN, Gerald, *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1986, p. 189; GOSS, Ryan, *Criminal Fair Trial Rights*, Portland, Hart Publishing 2014; GREER, Steven, *The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, ch. 4; JACOBS, Francis; WHITE, Robin; OVEY, Clare (edited by), *The European Convention on Human Rights*, op. cit. pp. 65 s.; JACOT-GUILLARMOUD, Olivier, *Règles, méthodes et principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in DACAUX, Emmanuel; IMBERT, Pierre Henri; PETTITI, Louis Edmond; (edited by), *La Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 41 s.; LONATI, Simone, *Fair Trial and the Interpretation Approach Adopted by the Strasbourg Court*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2017, pp. 52-75; MATSCHER, Franz, 'Methods of Interpretation of the Convention', in MCDONALD, Ronald St. J.; MATSCHER, Franz; PETZOLD, Herbert (edited by), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht, Boston, London, Kluwer Law Intl, 1993, pp. 63 s.; MCINERNEY-LANKFORD, Siobhan, *Fragmentation of International Law Redux: the Case of Strasbourg*, in *Oxford Journal Legal Studies*, 2012, 32, (3), p. 624; MOSLER, Hermann, *Problems of Interpretation in the Case Law of the European*

contenuta nella Convenzione come dotata di un significato autonomo, indipendente e non necessariamente corrispondente a quello assunto da termini simili o identici negli ordinamenti degli Stati contraenti<sup>9</sup>.

Per garantire un'interpretazione uniforme, non è infatti possibile attribuire a determinati concetti il significato che essi rivestono in un singolo diritto nazionale, ma occorre elaborare una nozione che potremmo definire "elastica" capace, cioè, di "adattare" le esigenze sottese dalla Convenzione al singolo caso concreto che via via viene preso in considerazione<sup>10</sup>.

L'importanza dell'attribuzione di un significato autonomo per la nozione di testimone è stata chiarita per la prima volta nella sentenza *Engel e altri c. Paesi Bassi*. In quell'occasione, i giudici hanno spiegato che, se gli Stati membri potessero, a loro discrezione, classificare un

Court of Human Rights, in KALSHOVEN, Frits, *Essay on the Development of the International Legal Order*, Leyden, Springer, 1980, p. 149 s.; OST, François *Les directives d'interprétation adoptées par la Cour européenne des droits de l'homme; l'esprit plutôt que la lettre?*, in PERRIN, Jean François (edited by), *Les règles d'interprétation*, Freiburg, Ed. Universitaires, 1989, p. 90; Id., Originalità dei metodi di interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo, in DELMAS-MARTY, Mareille (a cura di), *Verso un'Europa dei diritti dell'uomo*, Padova, Cedam 1994, cit., p. 277 s.; SUDRE, Frédéric, A propos du dynamisme interpretative de la Cour européenne des droit de l'homme', in *La Semaine Juridique, Edition Générale*, 11 Juillet 2001, I, no. 335, pp. 1365 s.; Id. (edited by), *L'interprétation de la Convention européenne des droit de l'homme*, Brussels, Nemesis-Bruylant, coll. « *Droit et justice* », n. 21, Bruxelles, 1998; VIGANÒ, Francesco, Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali, in CORSO, Pier Maria; ZANETTI, Elena (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, II, Rimini, La Tribuna, 2010, pp. 634 s.

<sup>9</sup> Un esempio dell'idea di autonomia dei concetti utilizzati dalla Convenzione si rinviene fin dalla lontana sentenza *König c. Germania* del 28 giugno 1978, serie A, n. 27. Cfr., anche, *Corte Eur. Dir. Uomo*, Sez. III, 20 giugno 2000, *Maner c. Austria*, ric. n. 35401/97; *Corte Eur. Dir. Uomo*, 22 ottobre 1996, *Stubbings e altri c. Regno Unito*, serie A, 1996, n. 1487, § 50; *Corte Eur. Dir. Uomo*, 28 maggio 1995, *Ashingolone c. Regno Unito*, serie A, n. 93, § 57; *Corte Eur. Dir. Uomo*, 21 novembre 1994, *Fayed c. Regno Unito*, serie A, n. 294-B, § 65; *Corte Eur. Dir. Uomo*, 27 febbraio 1990, *Deweere c. Belgio*, cit., § 49.

<sup>10</sup> Sulla formulazione "per principi" delle norme costituzionali sui diritti fondamentali e sulle implicazioni di carattere interpretativo, oltre alle classiche analisi di DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press., 1977; ZAGREBELSKY, Gustavo, *Il diritto mite*, Torino, Feltrinelli, 1992, pp. 148, 149 e pp. 199-203.

individuo come «testimone», l'applicazione delle previsioni dell'art. 6 Conv. eur. risulterebbe subordinata alla loro volontà sovrana. Una sfera di discrezionalità tanto estesa rischierebbe di condurre a risultati incompatibili con gli obiettivi e l'oggetto della Convenzione<sup>11</sup>.

D'altra parte, una definizione "restrittiva" di testimone imporrebbe, in primo luogo, un arbitrario confine al diritto al confronto, limitando soggettivamente la garanzia di «esaminare o far esaminare i testimoni a carico». In secondo luogo, porterebbe parimenti ad un'iniqua restrizione del diritto a richiedere ed ottenere la convocazione dei testimoni a discarico, come stabilito dalla seconda parte dell'articolo stesso<sup>12</sup>.

La giurisprudenza successiva della Corte ha poi contribuito a definire ulteriormente l'istituto, qualificando come «testimoniali» le dichiarazioni che, lette o meno in udienza, comparivano di fatto nel fascicolo dibattimentale<sup>13</sup>. La definizione di «testimone» acquista in questo caso una particolare ampiezza: l'unico requisito essenziale per includere un individuo nella "categoria" in esame è che le sue dichiarazioni testimoniali siano pervenute alla conoscenza del giudice (o della giuria), nulla contando che siano state lette o meno in udienza. Sufficiente è che le dichiarazioni stesse possano concretamente incidere sulla formazione del convincimento di chi deve esprimere il giudizio definitivo in ordine alla responsabilità dell'accusato.

La nozione autonoma elaborata dagli organi di Strasburgo è inoltre in grado di "assorbire" le molteplici e distinte categorie concettuali valorizzate dalla tradizione giuridica degli Stati. Così, ad esempio, dopo un orientamento restrittivo volto a interpretare l'alinea *d* del par. 3 dell'art. 6 Conv. eur. con riferimento ai soli testimoni e non anche ai «periti»<sup>14</sup>, è stata accolta in ambito europeo la "categoria" del

---

<sup>11</sup> Così, parafrasando, *Corte Eur. Dir. Uomo*, 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, cit., § 81.

<sup>12</sup> VAN DIJK, Pietr; VAN HOFF, Fried; VAN RIJIN, Arjen; ZWAAK, Leo (edited by), *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, p. 474.

<sup>13</sup> *Corte Eur. Dir. Uomo*, 20 novembre 1989, *Kostovski c. Paesi Bassi*, serie A, n. 166, § 40.

<sup>14</sup> Cfr. *Corte Eur. Dir. Uomo*, 28 agosto 1991, *Brandstetter c. Austria*, serie A, n. 211, § 20.

«testimone esperto»<sup>15</sup>, ossia di colui che, in ragione della sua competenza in una particolare materia, è stato designato dal tribunale o dalle parti affinché esponga il proprio parere su alcuni aspetti del caso<sup>16</sup>. In questo modo, i giudici europei hanno riconosciuto che ai soggetti cui si chiedono pareri tecnici<sup>17</sup> – periti e consulenti di parte<sup>18</sup> – la riferibilità delle regole qui considerate risulta, per loro, se non direttamente dalla lettera dell'art. 6 par. 3 lett. d Conv. eur., dal collegamento con la nozione di «*procès équitable*»<sup>19</sup>.

Nella medesima prospettiva, per quanto non «testimone» in senso tecnico, il «coimputato» può essere considerato tale ai sensi dell'art. 6 par. 3 lett. d Conv. eur.<sup>20</sup>. La nozione ampia di testimone ha permesso infatti alla Corte europea di considerare «non pertinente», con riferimento alle garanzie previste dal par. 3 dell'art. 6 Conv. eur., la circostanza, avanzata dallo Stato italiano, che le dichiarazioni provenivano

<sup>15</sup> Sulla nozione cfr. REYNOLDS, Michael; KING, Philip S.D., *The Expert Witness and His Evidence*, 2 ed., Oxford, Blackwell Scientific Publications, 1992, p. 21 ss.

<sup>16</sup> Il Comitato dei Ministri con la Raccomandazione, 10 settembre 1997, R(97)13, cit., ha esplicitamente incluso i periti nella categoria dei testimoni. Al § 1 del provvedimento si chiarisce infatti che con il termine «testimone» si intende «*taute persone qui, indépendamment de sa situation au regard des textes régissant la procédure pénale nationale, dispose d'informations en rapport avec une affaire pénale. Cette définition s'applique également aux experts et aux intèrprètes*». Con riferimento al sistema processuale penale italiano parlano di «testimone esperto» come categoria capace di ricomprendere la figura del consulente tecnico di parte e del perito, tra gli altri, DE CATALDO NEUBURGER, Luisella, *Esame e controesame nel processo penale*, Padova, Cedam, 2000, p. 251; KOSTORIS, Roberto E., *I consulenti tecnici nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 1993.

<sup>17</sup> *Corte Eur. Dir. Uomo*, 6 maggio 1985, *Bönisch c. Austria*, cit., § 32. Cfr. anche, *mutatis mutandis*, *Corte Eur. Dir. Uomo*, 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, cit., § 91; *Corte Eur. Dir. Uomo*, 17 gennaio 1970, *Delcourt c. Francia*, cit., § 28.

<sup>18</sup> Cfr. il Rapporto della Commissione del 12 marzo 1984 nel caso *Bönisch c. Austria*, cit., § 88.

<sup>19</sup> Cfr. *Corte Eur. Dir. Uomo*, 20 novembre 1989, *Kostovski c. Paesi Bassi*, cit., § 25.

<sup>20</sup> Cfr., *inter alia*, *Corte Eur. Dir. Uomo*, 28 agosto 1992, *Artner c. Austria*, cit., § 19; *Corte Eur. Dir. Uomo*, 26 aprile 1991, *Asch c. Austria*, cit., § 25; *Corte Eur. Dir. Uomo*, 19 febbraio 1991, *Isgrò c. Italia*, cit., § 33.

da un coimputato e non da un testimone *stricto sensu*<sup>21</sup>. In altre parole, la qualità di coimputato o imputato in procedimento connesso o collegato del soggetto che ha reso dichiarazioni *erga alios* non può in alcun modo incidere sulla sua riconducibilità alla nozione europea di testimone, nella misura in cui tali dichiarazioni vertano sulla responsabilità di altri. In proposito, nel caso *Lucà c. Italia* la Corte ha chiarito che allorché una dichiarazione, resa o da un testimone *stricto sensu* o da un coimputato, sia idonea a fondare, in modo determinante, la condanna del prevenuto, la stessa deve essere considerata una testimonianza a carico con conseguente applicazione delle garanzie previste dall'art. 6 par. 1 e 3 lett. d Conv. eur.<sup>22</sup>.

## 2. I TESTIMONI «ANONIMI»: IL DIFFICILE BILANCIAMENTO TRA ESIGENZE DI TUTELA DELLA COLLETTIVITÀ E DIRITTI DELLA DIFESA

Definita la nozione di testimone coniata dalla giurisprudenza europea, la Corte di Strasburgo ha dedicato particolare attenzione all'impiego delle testimonianze anonime, a causa della forte compressione

---

<sup>21</sup> Cfr. le decisioni di irricevibilità *Corte Eur. Dir. Uomo*, 30 novembre 2000, *Vella c. Italia*, cit.; *Corte Eur. Dir. Uomo*, Sez. III, 8 marzo 2001, *P.M. c. Italia*, cit.

<sup>22</sup> *Corte Eur. Dir. Uomo*, Sez. III, 27 febbraio 2001, *Lucà c. Italia*, cit., § 13 (per un commento alla sentenza della Corte europea GREVI, Vittorio, Principi e garanzie del "giusto processo" penale nel quadro europeo, in AA.VV., LANFRANCHI, Lucio (a cura di), *La Costituzione europea tra Stati nazionali e globalizzazione*, Ist. enc. it., Roma, 2004, p. 96; MAFFEI, Stefano, Prove d'accusa e dichiarazioni di testimoni «assenti» in una recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, in *Cassazione penale*, 2001, p. 2836). Cfr., *mutatis mutandis*, *Corte Eur. Dir. Uomo*, 7 agosto 1996, *Ferrantelli e Santangelo c. Italia*, cit., §§ 51 e 52; *Corte Eur. Dir. Uomo*, 22 aprile 1992, *Vidal c. Belgio*, cit., § 33. Pertanto, in tale ottica, il coimputato, nonostante non sia «testimone» in senso tecnico, può essere considerato tale ai sensi dell'art. 6 par. 3 lett. d Conv. eur. Cfr. MATSCHER, Franz, Le principe du contradictoire, in *Documentação e direito comparado*, 1998, n. 75/76, p. 126, secondo cui: «soulignons que le mot "temoin" ne se limite pas à la notion technique de ce terme; en effet, il vaut pour tous les moyens de preuve, y compris les experts, les dépositions de la partie privé qui a porté plainte ou une descente sur les lieux». Per la giurisprudenza della Corte europea v., tra le tante, *Corte Eur. Dir. Uomo*, 26 aprile 1991, *Asch c. Austria*, cit., § 27 e *Corte Eur. Dir. Uomo*, 6 maggio 1985, *Bönisch c. Austria*, cit., § 29.

che subisce il diritto di difesa<sup>23</sup>. Testimoni anonimi sono infatti quei soggetti la cui reale identità anagrafica non è resa nota all'accusato e al suo difensore.

La garanzia dell'anonimato è stata considerata dalla Corte di Strasburgo come una misura che, in determinate situazioni, può rivelarsi necessaria e si giustifica, di norma, per ragioni di tutela e al fine di evitare possibili pressioni esterne. Per quanto sia configurabile come un dovere civico di ogni cittadino, la testimonianza non implica, infatti, quello di sacrificare la propria incolumità o di esporsi a dei rischi al fine di adempiere tale obbligazione.

Benché non riconosciuti in termini espressi dall'art. 6 Conv. eur., gli interessi dei testimoni e delle vittime<sup>24</sup> del reato alla vita, alla sicurezza

<sup>23</sup> V., in dottrina, BALSAMO, Antonio, Testimonianze anonime ed effettività delle garanzie sul terreno del diritto vivente nel processo di integrazione giuridica europea, in *Cassazione penale*, 2006, pp. 3008 s.; BEERNAERT, Marie-Aude, *Témoignage anonyme: un vent nouveau de Strasbourg*, in *Revue de droit penal et de criminology*, 1997, pp. 1229 s.; BURNS, Seamus, *Blind Shots at a Hidden Target*, in *New Law Journal*, 2008, p. 1091; CALLEWAERT, Johan, *Témoignages anonymes et droits de la défense*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1990, pp. 270 s.; CHOO, Andrew, *Hearsay and Confrontation in Criminal Trial*, op. cit.; DOAK, Jonathan; HUXLEY-BINNS, Rebecca, *Anonymous Witnesses in England and Wales: Charting a Course from Strasbourg?*, in *The Journal of Crime Law*, 2009, v. 73, n. 6., pp. 508-529; OMEROD, David, *Evidence: Witnesses Anonymity*, in *Criminal Law Review*, 2007, p. 70; FRIEDMAN, Richard, *Face to Face: Rediscovering the Right to Confront Prosecution Witnesses*, in *The International Journal of Evidence & Proof*, 2004, 8, pp. 1-30; LONATI, Simone, *Il diritto dell'accusato a "interrogare o fare interrogare" le fonti di prova a carico*, op. cit., p. 180; MAFFEI, Stefano, *Il diritto al confronto con l'accusatore*, Piacenza, La Tribuna, 2003, p. 363; O'BRIAN, William, *The Right of Confrontation: Us and European Prospective*, in *Law Quarterly Review*, 2005, vol. 121, p. 481; SALVADEGO, Laura, *La normativa internazionale sulla protezione dei testimoni nel contrasto alla criminalità organizzata transnazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2014, pp. 159 s.; UBERTIS, Giulio; VIGANÒ, Francesco; (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, op. cit., p. 229 s.; VOGLIOTTI, Massimo, *La logica floue della Corte europea dei diritti dell'uomo tra tutela del testimone e salvaguardia del contraddittorio: il caso delle "testimonianze anonime"*, in *Giurisprudenza italiana*, 1997, pp. 851 s.

<sup>24</sup> Tra i temi più delicati della giustizia penale sovranazionale non privi di rilevanza anche per i singoli contesti ordinamentali, vi è certamente quello della protezione delle vittime (v., a tale proposito, la decisione quadro del Consiglio Europeo del 15 marzo 2001 relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, 2001/220/GAI, in *G.U.C.E.* 22 marzo 2001, n. L082

ed alla libertà sono protetti da altre disposizioni della Convenzione e non possono essere ignorati. A tale proposito i giudici europei hanno osservato che «it is true that Article 6 does not explicitly require the interests of witnesses in general, and those of victim called upon to testify in particular, to be taken into consideration. However, their life, liberty or security of person may be at stake, as may interests coming generally within the ambit of Article 8 of the Convention»<sup>25</sup>.

Anche se la tutela della sicurezza dei testimoni e della persona offesa trova fondamento in disposizioni diverse dall'art. 6 Cedu, è comunque indubbio che «principles of fair trial also require that in appropriate cases the interests of the defence are balanced against those of the witnesses or victims called upon to testify».

In particolare, l'eminente importanza del principio della «fair administration of justice» impone che ogni misura volta a comprimere i diritti della difesa sia strettamente necessaria e che eventuali misure meno restrittive siano preferite qualora si rivelino sufficienti rispetto all'obiettivo perseguito<sup>26</sup>. E', infatti, evidente che un'efficace disciplina che miri a tutelare la protezione del testimone e la genuinità delle sue dichiarazioni da pressioni che intendono inquinarla potrebbe tradursi in una deviazione, più o meno marcata, dalle «normali» regole di assunzione della prova testimoniale, vuoi in relazione al principio del contraddittorio, vuoi con riferimento ai caratteri del sistema accusatorio.

---

adottata nell'ambito del "Terzo pilastro" dell'Unione europea, sulla scorta delle determinazioni assunte nel vertice di Tampere attraverso la quale gli Stati membri si sono dotati di una regolamentazione quadro relativa al trattamento da riservare alle vittime del reato. Vale la pena ricordare che la vittima del reato, in quanto tale, non è considerata dalla Convenzione europea dei diritti umani. Quando si parla di «vittime» nell'art. 34 Conv. eur., questo, invero, si riferisce generalmente ai soggetti che, a torto o a ragione, pretendono di aver subito una violazione dei propri diritti garantiti dalla Convenzione stessa ad opera di una delle Parti contraenti: sono, insomma, coloro che si rivolgono agli organi di Strasburgo per ottenere il riconoscimento dei loro diritti, che essi affermano lesi nell'ambito in cui gli Stati aderenti alla Convenzione si sono impegnati a rispettarli.

<sup>25</sup> *Corte Eur. Dir. Uomo*, 23 aprile 1997, *Van Mechelen e altri c. Paesi Bassi*, cit., § 54.

<sup>26</sup> *Corte Eur. Dir. Uomo*, 23 aprile 1997, *Van Mechelen e altri c. Paesi Bassi*, cit., § 58; v. pure *Corte Eur. Dir. Uomo*, 17 gennaio 1970, *Delcourt c. Francia*, serie A, n. 11, § 25.

### 3. SEGUE: LE SOLUZIONI PROPOSTE DAL COMITATO DEI MINISTRI DEL CONSIGLIO D'EUROPA

A tale proposito, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, nell'indicare i binari attraverso cui raggiungere una politica criminale comune, segnala alcune misure che si rendono necessarie in materia di protezione dei testimoni<sup>27</sup>.

In capo agli Stati membri vi è l'obbligo di garantire un'adeguata protezione ai soggetti chiamati a deporre. E' necessario che le misure adottate siano adeguate alle diverse circostanze e pertanto si dovrà procedere a una classificazione delle categorie di testimoni vulnerabili al fine di calibrare le soluzioni sul caso concreto. In particolare, il Comitato dei Ministri precisa che, se esistono fattispecie in cui la necessità di protezione si impone con «assoluta evidenza», come ad esempio i processi di criminalità organizzata, le misure speciali non devono essere necessariamente limitate ad esse, dal momento che possono presentarsi casi che, pur non rientrando nella categoria, contengono aspetti di sicura rilevanza.

E' opportuno inoltre bilanciare i diritti della difesa con quelli del testimone per trovare una soluzione più equilibrata possibile. Sul primo piano, è vero che la difesa può proporre, oralmente o per iscritto, delle domande alla persona da esaminare, ma la natura e lo scopo di tali domande risultano inevitabilmente limitati. Infatti, se non si conosce l'identità della persona cui porre le domande, si è privi di quei particolari elementi grazie ai quali si potrebbe dimostrare che il teste è prevenuto, ostile ovvero inaffidabile. Inoltre, poiché di norma il testimone rende in questi casi la propria deposizione a volto coperto o comunque non visibile, la difesa e il giudice non possono osservarne il comportamento

---

<sup>27</sup> Cfr. *Comitato dei Ministri*, 10 settembre 1997, Raccomandazione R(97)13, *Intimidazione dei testimoni e diritto di difesa*, § III, 8. A seguito della adozione della Raccomandazione del Consiglio d'Europa, molti Paesi membri hanno previsto una disciplina relativa alla garanzia dell'anonimato nei processi di criminalità organizzata. Cfr. l'art. 130 c.p.p. norvegese, come modificato dalla legge n. 98/01; gli artt. 75-bis, 155-ter, 315-bis del code d'instruction criminelle belga, inseriti nel 2002; gli artt. 706/57-706/63 del code de procédure pénale francese, introdotti dalla legge n. 1062/01 e, con riferimento al Regno Unito, House of Lords, dec. 17 dicembre 2001, *regina (Al-Fawwaz et al.) v. Governor of Brixton Prison*, in *Archivio nuova procedura penale*, 2003, p. 88.

e l'espressione del viso nel corso dell'esame, né fondare su tali elementi il proprio convincimento in merito alla credibilità della persona esaminata<sup>28</sup>. Ne consegue, per l'accusato, una situazione di handicap processuale incompatibile con la Convenzione se non adeguatamente compensata da altre garanzie sostanziali<sup>29</sup>.

Sul piano della tutela del testimone, è evidente che il testimone deve poter deporre liberamente senza essere sottoposto a intimidazione alcuna<sup>30</sup>. Per «intimidazione»<sup>31</sup> si intendono tutte le minacce dirette, indirette o potenziali esercitate su un testimone, che possano interferire con il suo dovere di rendere una deposizione veritiera. Rientrano in tale concetto, la paura che sorge dalla consapevolezza dell'esistenza di un'organizzazione criminale ritenuta capace di atti di violenza o di rappresaglia, nonché il timore derivante dall'appartenenza ad un gruppo sociale chiuso, nel quale il teste si trovi in una posizione di debolezza.

Le soluzioni proposte sia dal Comitato che dalla Corte di Strasburgo sono articolate e spaziano dalla garanzia di anonimato del testimone, alla assunzione della deposizione al di fuori dell'aula di tribunale, ovvero alla valorizzazione probatoria delle dichiarazioni rilasciate dal teste nella fase preliminare<sup>32</sup>. Più specificatamente, si suggerisce l'adozione di

---

<sup>28</sup> Cfr. *Corte Eur. Dir. Uomo*, 23 aprile 1997, *Van Mechelen e altri c. Paesi Bassi*, serie A, 1997-III, § 59; *Corte Eur. Dir. Uomo*, 27 settembre 1990, *Windisch c. Austria*, serie A, n. 186, § 28-29; *Corte Eur. Dir. Uomo*, 20 novembre 1989, *Kostovski c. Paesi Bassi*, ric. n. 11454/85, p. 20-22, §§ 42-43.

<sup>29</sup> *Corte Eur. Dir. Uomo*, 23 aprile 1997, *Van Mechelen e altri c. Paesi Bassi*, cit., § 54; *Corte Eur. Dir. Uomo*, 26 marzo 1996, *Doorson c. Paesi Bassi*, cit., § 72.

<sup>30</sup> Cfr. *Comitato dei Ministri*, Raccomandazione R(97)13, cit., *Principes généraux n. 1*, § II, secondo cui: «Des mesures législatives et pratiques appropriées devraient être prises pour faire en sorte que les témoins puissent témoigner librement; et sans être soumis à aucune manoeuvre d'intimidation».

<sup>31</sup> Cfr., ancora, *Comitato dei Ministri*, Raccomandazione R(97)13, cit., *Définitions*, § I; *Comitato dei Ministri*, Raccomandazione R(2005)9, cit., *Définitions*, § 1. *nto italianofesa nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'*

<sup>32</sup> I programmi di protezione dei testimoni sono stati definiti dal Consiglio d'Europa come «[a] standard or tailor-made set of individual protection measures which are, for example, described in a memorandum of understanding, signed by the responsible authorities and the protected witness or collaborator of justice»: cfr., anche, la raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa n. R (2005) 9, *On the Protection of Witnesses*

una procedura giudiziaria autonoma capace di verificare la sussistenza delle condizioni che giustificano il mantenimento dell'anonimato e di controbilanciare i sacrifici derivanti alla difesa da tale scelta.

Due sono i presupposti minimi per la concessione della garanzia dell'anonimato: la vita o la libertà del testimone devono essere seriamente minacciate e il testimone deve offrire garanzie di affidabilità e credibilità<sup>33</sup>. A tale proposito, il tribunale dovrà condurre un'inchiesta appropriata al fine di determinare la sussistenza di «objective grounds» tali da giustificare il timore del testimone<sup>34</sup>. In ragione dell'ampiezza del *vulnus* cagionato al diritto di difesa, si pone l'accento sulla necessità di far ricorso a tale possibilità come misura di «last resort», verificando preventivamente l'assenza di ogni altra alternativa percorribile ogniqualvolta la difesa non abbia avuto la possibilità di esaminare il testimone in un momento precedente.

Il bilanciamento degli interessi in gioco si rivela più delicato in relazione alla possibilità di garantire l'anonimato agli agenti di polizia e agli agenti coinvolti in *undercover activities*. Da un lato, infatti, vi è la necessità di garantire adeguata protezione all'agente e ai membri della sua famiglia nonché l'interesse dello Stato a non pregiudicare la possibilità di un suo coinvolgimento in future operazioni *undercover*<sup>35</sup>; dall'altro, la posizione di tali soggetti non può essere completamente equiparata a quella di un testimone/vittima o di un testimone disinteressato sia in ragione del vincolo di obbedienza al potere esecutivo sia per gli inevitabili legami con la magistratura inquirente. Anche in questi casi la concessione dell'anonimato deve rispondere ai canoni di proporzionalità ed essere esclusa ogniqualvolta ai fini di tutela del teste appaia sufficiente una misura

---

*and Collaborators of Justice*, del 20 aprile 2005, reperibile *online* all'indirizzo [www.wcd.coe.int](http://www.wcd.coe.int), sez. I

<sup>33</sup> Cfr. *Comitato dei Ministri*, Raccomandazione R(97)13, cit., §§ 76 e 77; *Comitato dei Ministri*, Raccomandazione R(2005)9, cit.

<sup>34</sup> Concetto ripreso anche più recentemente da Corte, *Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom*, § 124. Nel medesimo senso, cfr. Corte, 28 febbraio 2006, *Krasniki v. The Czech Republic*, ric. n. 51277/99, §§ 80-83.

<sup>35</sup> Cfr. Corte, *Ludi c. Switzerland*, cit, par. 49; Corte, *Van Mechelen and Others v. The Netherlands*, cit., par. 57; Corte, 21 marzo 2002, *Calabrò c. Italy*, ric. n. 59895/00, par. 2.

meno restrittiva dei diritti della difesa<sup>36</sup>, come ad esempio il ricorso a *disguises* o a schermi protettivi in grado di impedire il contatto visivo con l'imputato e il pubblico in sala d'udienza.

In tutti i casi, comunque, la sentenza di condanna non può fondarsi esclusivamente né in modo determinante sulle dichiarazioni di testi anonimi<sup>37</sup>.

#### **4. SEGUE: SULLA COMPATIBILITÀ DELLE DICHIARAZIONI ANONIME CON LA CONVENZIONE EUROPEA (KOSTOVSKI C. PAESI BASSI).**

La Corte di Strasburgo è stata chiamata a confrontarsi con la problematica relativa alla compatibilità della testimonianza anonima con la Convenzione europea dei diritti umani per la prima volta in occasione del caso *Kostovski c. Paesi Bassi*<sup>38</sup>.

Davanti ai giudici di Strasburgo il ricorrente aveva lamentato di essere stato dichiarato colpevole sulla base di due testimonianze di cui non conosceva gli autori. Più precisamente, i giudici olandesi avevano fondato il loro convincimento sulle dichiarazioni provenienti da due individui la cui identità era nota soltanto alla polizia.

Il Governo convenuto ha giustificato il provvedimento di segretezza dei nomi, osservando che la prassi delle corti olandesi in materia di testimonianza anonima si radicava in un clima di crescente intimidazione dei testi e che pertanto quel provvedimento tentava di realizzare un equilibrio tra gli interessi di questi ultimi, della società e degli imputati.

Nella sentenza, la Corte europea ha ricordato come l'ammissibilità delle prove dipenda in primo luogo dalle regole di diritto interno, così come spetta alle giurisdizioni nazionali valutare gli elementi da esse

---

<sup>36</sup> *Corte Eur. Dir. Uomo*, 23 aprile 1997, *Van Mechelen e altri c. Paesi Bassi*, cit., § 58: «Having regard to the place that the right to a fair administration of justice holds in a democratic society, any measures restricting the rights of the Defence should be strictly necessary: if a less restrictive measure is sufficient then that measure should be applied»

<sup>37</sup> Principio espresso da *Corte Eur. Dir. Uomo*, 9 giugno 1998, *Teixeira de Castro c. Portogallo*, serie A, n. 32, §§ 38 e 39.

<sup>38</sup> V., per un esame più approfondito delle circostanze della vicenda, v. CAL-LEWAERT, Johan, *Témoignages anonymes et droits de la défense*, cit. pp. 270 s.

raccolti. Pertanto non è compito della Corte giudicare se nel caso di specie le dichiarazioni in causa erano state correttamente ammesse e interpretate, ma deve invece valutare se la procedura considerata nel suo insieme riveste un carattere di equità.

Poiché le garanzie riconosciute dalla Convenzione all'art. 6 par. 3 lett. d Conv. eur. non sono altro che una specificazione del diritto ad un processo equo ex art. 6 par. 1, la Corte ha proceduto all'esame del caso secondo questi due punti di vista; ed evitando di prendere posizione *in abstracto* sulla compatibilità o meno della testimonianza anonima con la Convenzione<sup>39</sup> ha concluso all'unanimità che «the circumstances of the case the constraints affecting the rights of the defence were such that Mr. Kostovski cannot be said to have received a fair trial»<sup>40</sup>.

A questo proposito i giudici di Strasburgo hanno affermato che la Convenzione non impedisce di utilizzare in fase d'indagine fonti informative occulte, ma l'ulteriore impiego di dichiarazioni anonime come prove sufficienti a fondare una condanna solleva un problema differente<sup>41</sup>. Gli elementi di prova in linea di principio devono essere prodotti davanti all'accusato in udienza pubblica in vista del contraddittorio. Ciò non implica che la dichiarazione di un testimone debba essere fatta in udienza pubblica perché possa essere utilizzata come prova, è necessario però che sia concessa all'accusato «un'occasione adeguata e sufficiente» per contestare le dichiarazioni a carico e interrogarne l'autore, al momento della testimonianza o più tardi.

Nel caso specifico, le gravi limitazioni del contraddittorio, arretrate dalla decisione di mantenere l'anonimato, non erano state compensate da meccanismi procedurali tali da accordare all'imputato comunque un'occasione «adeguata» e «sufficiente» per contestare le testimonianze a carico. Infatti, nessun giudice imparziale conosceva l'identità dei testimoni, né il giudice dibattimentale aveva avuto occasione di interrogare direttamente quelle fonti di prova (il che avrebbe influito pesantemente sul controllo della loro credibilità). Inoltre, la facoltà concessa alla difesa di porre soltanto

<sup>39</sup> Cfr. VOGLIOTTI, Massimo, La logica floue della Corte europea dei diritti dell'uomo, cit., c. 855.

<sup>40</sup> Corte Eur. Dir. Uomo, 20 novembre 1989, *Kostovski c. Paesi Bassi*, cit., § 45.

<sup>41</sup> Cfr. Corte Eur. Dir. Uomo, 20 novembre 1989, *Kostovski c. Paesi Bassi*, cit., § 44.

domande scritte - senza quindi la possibilità di assistere alle reazioni da esse suscitate – e di interrogare soltanto i testimoni de relato, non poteva che dirsi un’occasione insufficiente e inadeguata per sollevare dubbi sulla credibilità dei dichiaranti. Tanto più che la condanna si era fondata «to a decisive extent»<sup>42</sup> sulle dichiarazioni incriminate, come d’altronde lo stesso Governo aveva riconosciuto nella sua memoria difensiva.

## **5. SEGUE: L’UTILIZZABILITÀ DELLE DICHIARAZIONI ANONIME AI FINI DELLE INDAGINI E COME PROVA IN UNA SENTENZA DI CONDANNA (WINDISCH C. AUSTRIA)**

Alla sentenza *Kostovski c. Paesi Bassi* è seguita, quasi un anno dopo, un altro caso di utilizzo in chiave probatoria di due testimonianze anonime: questa volta, però, da parte dei giudici austriaci<sup>43</sup>.

Due donne, dopo aver assistito al furto con scasso in un caffè, avevano segnalato l’accaduto alla polizia e dichiarato la volontà di mantenere l’anonimato per paura di rappresaglie. Dopo l’arresto, il ricorrente era stato riconosciuto dalle due donne nel corso di un confronto a viso coperto. Il Tribunale aveva dichiarato la colpevolezza del ricorrente. La sentenza si era fondata sulle dichiarazioni dei due testimoni anonimi e sulle deposizioni dei poliziotti che li avevano interrogate. Anche in questo caso, come in quello precedente, erano state respinte le domande del ricorrente finalizzate ad ottenere la convocazione delle due donne ai fini di un confronto, dal momento che la polizia aveva promesso di mantenere celata la loro identità. Il giudizio d’appello e quello di cassazione avevano poi confermato la sentenza di primo grado.

---

<sup>42</sup> Tale espressione viene enunciata nel § 44 della sentenza in esame. *Contra*, l’opinione dissenziente del giudice VAN DIJK in calce alla sentenza *Van Mechelen c. Paesi Bassi*, cit.

<sup>43</sup> *V. Corte Eur. Dir. Uomo*, 27 novembre 1990, *Windisch c. Austria*, cit. E’ utile evidenziare che anche nell’ordinamento austriaco, come già nel sistema olandese all’epoca dei fatti, nessuna previsione legislativa disciplinava espressamente l’ipotesi della testimonianza anonima. L’uso giudiziale di essa, quindi, apparteneva esclusivamente al diritto vivente di matrice giurisprudenziale. Le sollecitazioni provenienti dalla condanna subita hanno poi indotto il legislatore austriaco a disciplinare *expressis verbis* l’uso processuale di questa fonte di prova.

Davanti alla Corte europea il ricorrente aveva lamentato di essere stato condannato sulla base delle dichiarazioni di due testimoni anonimi ritenuti decisivi per l'apprezzamento delle altre prove a suo carico.

La Corte ha esaminato il ricorso dal punto di vista dei par. 1 e 3 lett. d dell'art. 6 Conv. eur. Nonostante le due donne non avessero depresso in udienza, la Corte di Strasburgo le ha considerate comunque testimoni, dal momento che le loro dichiarazioni, così come riportate dagli agenti di polizia, erano state prese in considerazione dai giudici per la decisione.

In generale, la Convenzione impone di accordare all'accusato un'occasione adeguata e sufficiente per contestare le deposizioni a suo carico e per interrogarne l'autore in questa o in quella fase processuale. Nel caso di specie le due donne erano state ascoltate soltanto dagli agenti di polizia, pertanto, né il ricorrente, né il suo difensore hanno potuto interrogarle. La possibilità di esaminare gli agenti di polizia o di indirizzare per iscritto delle domande alle testimoni non avrebbe potuto surrogare, agli occhi della Corte, il diritto dell'accusato di interrogare in udienza i testimoni a carico. Inoltre, la natura e l'estensione delle domande erano state fortemente condizionate dalla scelta di non rivelare l'identità delle due signore. I giudici nazionali per di più non avevano potuto formarsi un'opinione in ordine alla credibilità delle stesse. Per quanto fossero valide le ragioni che avevano motivato la protezione dei testimoni, anche al fine di invogliare il pubblico a collaborare con gli organi inquirenti, la buona amministrazione della giustizia non poteva essere sacrificata.

Anche in questo caso, nel sancire la violazione dell'art. 6 par. 3 lett. d Conv. eur., la Corte ha ricordato come sia differente impiegare le dichiarazioni anonime per giustificare una condanna rispetto a fare affidamento sulle stesse nel corso delle indagini per poter proseguire nelle investigazioni.

Il dispositivo della sentenza ha recepito, quindi, il giudizio unanime di accoglimento della doglianza del ricorrente. Né, del resto, in presenza dei criteri sopra richiamati, era ipotizzabile un'altra soluzione: se è stata ravvisata violazione dell'art. 6 Conv. eur. nel caso olandese, «a fortiori» la medesima declaratoria d'incompatibilità con i dettami dell'«equo processo» si imponeva anche in questo caso. Infatti, come deficit per la difesa rispetto alla sentenza Kostovski c. Paesi Bassi, qui vi erano sia l'assenza di interrogatorio dei testimoni anonimi da parte del giudice

istruttore, sia la mancata formulazione di domande scritte indirizzate a costoro da parte della difesa<sup>44</sup>. In merito a quest'ultimo aspetto poi, la Corte – privilegiando la sostanza degli interessi in gioco piuttosto che la forma – ha respinto l'eccezione governativa tesa a giustificare la mancata formulazione di domande scritte ai testimoni con l'argomento dell'assenza di richiesta in tal senso da parte della difesa. Anche perché, come risultava dal fascicolo del procedimento, le sollecitazioni della difesa, volte ad ottenere il confronto con i testimoni, sebbene irritualmente proposte, erano state numerose e reiterate. Del resto, anche se si ritenesse di dare ragione sul punto al Governo convenuto, la Corte ha sottolineato che in questo contesto la presentazione di domande scritte non avrebbe potuto surrogare adeguatamente il diritto di esaminare direttamente i testimoni dell'accusa davanti al tribunale. In particolare «the nature and scope of the questions that could be put in either of these ways were, in the circumstances of the case, considerably restricted by reason of the decision to preserve the anonymity of these two persons»<sup>45</sup>. Anche in questo caso, inoltre, le deposizioni di fonte anonime, a giudizio della Corte europea, erano state «determinanti» per la pronuncia di condanna.

## **6. SEGUE: SUI CRITERI DI VALUTAZIONE DELLE DICHIARAZIONI ANONIME (DOORSON C. PAESI BASSI)**

Dopo una parentesi durata sei anni – in cui la censura unanime, subita dall'uso della testimonianza anonima nei due casi sopra citati, sembrava lasciare ben pochi spazi a quel tipo di prova – la Corte europea è stata di nuovo chiamata a pronunciarsi con la sentenza *Doorson c. Paesi Bassi*<sup>46</sup>. Con

---

<sup>44</sup> Cfr. *Corte Eur. Dir. Uomo*, 20 novembre 1989, *Kostovski c. Paesi Bassi*, cit., § 45. Tali profili sono individuati da VOGLIOTTI, Massimo, *La logica floue della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., c. 856.

<sup>45</sup> *Corte Eur. Dir. Uomo*, 27 novembre 1990, *Windisch c. Austria*, cit., § 28.

<sup>46</sup> *Corte Eur. Dir. Uomo*, 26 marzo 1996, *Doorson c. Paesi Bassi*, cit., § 69. E' utile richiamare il contesto normativo in cui è maturato il caso. Infatti, dopo la condanna ad opera dei giudici di Strasburgo, la Corte di Cassazione dei Paesi Bassi, con una sentenza del 2 luglio 1990, aveva ristretto l'area di ammissibilità della testimonianza anonima, fissando criteri più selettivi. Alla luce di queste modifiche, una testimonianza anonima, per essere ammessa come prova nel sistema olandese doveva essere assunta da un giudice: a) che conoscesse

questa decisione, i giudici di Strasburgo aprono definitivamente all'utilizzo della testimonianza anonima<sup>47</sup>.

Davanti alla Corte europea, il ricorrente aveva lamentato che nel corso del processo di primo grado i testimoni anonimi erano stati interrogati dal giudice istruttore senza la partecipazione dell'accusato. Inoltre, l'esame degli stessi testimoni in presenza del difensore del ricorrente non poteva essere considerato un degno sostituto del confronto personale a viso aperto. Il fatto di mantenere celata l'identità dei testimoni aveva infatti limitato la possibilità per la difesa di saggiarne la credibilità. Si contestava inoltre l'opportunità di mantenere l'anonimato dal momento che nessuno dei testimoni era stato sottoposto a violenza o minaccia.

Il Governo olandese, invece, aveva sottolineato come l'audizione dei testimoni anonimi da parte del giudice istruttore avesse fornito garanzie sufficienti perché, da un lato, il giudice istruttore è un organo imparziale il cui compito è quello di ricercare non solo gli elementi a carico dell'imputato bensì anche quelli a discarico, dall'altro la difesa aveva potuto assistere all'esame e interrogare direttamente i testimoni. Inoltre, il giudice istruttore conosceva l'identità dei testimoni e aveva espresso il proprio parere sulla loro credibilità. Infine, il Governo aveva osservato, in modo generale, come la procedura seguita fosse stata conforme alla giurisprudenza della Corte di cassazione dei Paesi Bassi, che aveva fissato regole per

---

l'identità del teste; b) che motivasse, nel verbale di audizione, quanto alla credibilità del dichiarante e quanto alle ragioni della segretazione dell'identità; c) che concedesse alla difesa l'occasione di rivolgere o di far rivolgere delle domande al teste. In caso di documenti scritti contenenti deposizioni di testimoni, l'anonimo poteva essere utilizzato solo: 1) se la difesa non avesse sollecitato, in nessuna fase del procedimento, l'autorizzazione d'interrogare il testimone; 2) se la condanna si fosse fondata in misura rilevante su altre prove; 3) se l'organo giudicante avesse precisato di aver utilizzato la testimonianza *de qua* con prudenza e moderazione.

<sup>47</sup> Cfr. *Corte Eur. Dir. Uomo*, 20 novembre 1989, *Kostovski c. Paesi Bassi*, cit. A differenza dei due casi esaminati precedentemente, il dispositivo di rigetto del ricorso della sentenza *Doorson c. Paesi Bassi*, cit., è stato contestato da due giudici con un'opinione dissenziente comune, che riprende in sostanza la conclusione della forte minoranza dei componenti la Commissione (12 voti contro 15 a favore del ricorrente).

l'applicazione, nel diritto interno, della sentenza resa dalla Corte nel caso *Kostovski c. Paesi Bassi*<sup>48</sup>.

La motivazione della sentenza dei giudici di Strasburgo si apre con l'affermazione di principio, presente solo in maniera implicita nelle sentenze *Kostovski c. Paesi Bassi*<sup>49</sup> e *Windisch c. Austria*<sup>50</sup>, secondo cui «the Convention does not preclude reliance, at the investigation stage, on sources such as anonymous informations»<sup>51</sup>. A questa puntualizzazione fa seguito l'enunciazione di un principio di importanza fondamentale per la disciplina dei rapporti tra interessi dei testimoni e diritto di difesa. Nella sentenza si legge, infatti, che «it is true that article 6 does not explicitly require the interests of witnesses in general, and those of victims called upon to testify in particular, to be taken into consideration. However, their life, liberty or security of person may be at stake, as may interests coming generally within the ambit of article 8 of the Convention. Such interests of witnesses and victims are in principle protected by other, substantive provisions of the Convention, which imply that Contracting States should organize their criminal proceedings in such a way that those interests are not unjustifiably imperilled»<sup>52</sup>.

Stabiliti i riferimenti normativi ai quali ricollegare la tutela fornita dalla Convenzione all'ampia figura di «testimone» di cui all'art. 6 par. 3 lett. d, la Corte conclude nel senso che «principles of fair trial also require that in appropriate cases the interests of the defence are balanced against those of witnesses or victims called upon to testify»<sup>53</sup>. In altre parole, un processo «equo» deve essere disciplinato in modo tale da contemperare in misura soddisfacente sia gli interessi della difesa sia gli interessi del testimone e della vittima.

Si tratta ora di verificare come, nel caso in esame, la ricordata esigenza di bilanciamento sia stata soddisfatta dalle giurisdizioni olandesi. Innanzitutto, la decisione di mantenere celata alla difesa l'identità di

---

<sup>48</sup> *Corte Eur. Dir. Uomo*, 20 novembre 1989, *Kostovski c. Paesi Bassi*, cit.

<sup>49</sup> *Corte Eur. Dir. Uomo*, 20 novembre 1989, *Kostovski c. Paesi Bassi*, cit.

<sup>50</sup> *Corte Eur. Dir. Uomo*, 27 novembre 1990, *Windisch c. Austria*, cit.

<sup>51</sup> Cfr. *Corte Eur. Dir. Uomo*, 26 marzo 1996, *Doorson c. Paesi Bassi*, cit., § 69.

<sup>52</sup> *Corte Eur. Dir. Uomo*, 26 marzo 1996, *Doorson c. Paesi Bassi*, cit., § 69.

<sup>53</sup> *Corte Eur. Dir. Uomo*, 26 marzo 1996, *Doorson c. Paesi Bassi*, cit., § 70.

due testimoni anonimi, malgrado non vi fossero prove specifiche di minacce loro indirizzate dal ricorrente, non è apparsa alla Corte sfornita di ragionevolezza. Infatti, oltre all'esistenza di una sorta di clima d'intimidazione "ambientale" in casi, come quello di specie, relativi a traffico di stupefacenti, emerge altresì dal fascicolo processuale che uno dei due testimoni aveva subito in passato delle violenze da parte di un trafficante di droga contro il quale aveva testimoniato, mentre l'altro era stato minacciato.

La presenza di motivi sufficienti per mascherare l'identità dei dichiaranti a carico non giustifica ancora di per sé l'uso processuale dell'anonimo. Un'ideale procedura deve infatti compensare gli ostacoli eretti in tal modo sul sentiero della difesa. Ora, a differenza dei precedenti in materia, nel caso in esame non era solo la polizia giudiziaria a conoscere le generalità dei testi, ma pure un organo che, come il giudice istruttore del processo penale olandese, ha il dovere istituzionale dell'imparzialità. Questi, come risulta dagli atti della causa, aveva attentamente indicato nel verbale d'audizione le circostanze in forza delle quali il giudice del dibattimento avrebbe potuto valutarne la credibilità. Inoltre, non solo il difensore era presente all'interrogatorio dei testimoni effettuato dal giudice istruttore, ma gli fu concessa pure la possibilità di rivolgere loro delle domande.

Nel complesso, quindi, i contrappesi processuali apprestati avevano – sempre secondo la Corte di Strasburgo - sufficientemente compensato i limiti a cui era stato sottoposto il contraddittorio. La difesa, infatti, era stata posta nelle condizioni di contestare le deposizioni rese in presenza del giudice istruttore, suscitando, così, dubbi sulla credibilità dei testimoni<sup>54</sup>. Inoltre, dalla motivazione della sentenza di condanna, è emerso che i giudici olandesi hanno valutato le dichiarazioni anonime «with the necessary caution and circumspection»<sup>55</sup>: fattore questo che sembra assumere, nella sentenza *Doorson c. Paesi Bassi*, la «dignità di autonomo parametro di giudizio»<sup>56</sup>.

<sup>54</sup> Cfr. *Corte Eur. Dir Uomo*, 19 novembre 1989, *Kamasinski c. Austria*, cit., § 91.

<sup>55</sup> Cfr. *Corte Eur. Dir. Uomo*, 26 marzo 1996, *Doorson c. Paesi Bassi*, cit., § 34.

<sup>56</sup> Cfr. VOGLIOTTI, Massimo, *La logica floue della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., c. 857.

Per tali circostanze, la Corte europea ha concluso per l'infondatezza del ricorso. Si registra, tuttavia, l'opinione dissenziente comune di due giudici che hanno sostenuto la violazione dei diritti della difesa osservando come il problema della protezione dei testimoni non si ponga solo nei casi di traffico di stupefacenti e come, pertanto, non sia ammissibile risolverlo derogando al principio fondamentale secondo cui una testimonianza contestata dall'accusato non può essere valutata a carico dello stesso, quando egli non ha avuto la possibilità di interrogare, in sua presenza, l'autore della deposizione. Nel caso di specie – hanno osservato i giudici dissenzienti – il ricorrente non solo non aveva potuto assistere di persona all'esame dei testimoni, ma non aveva avuto la possibilità di conoscerne l'identità per poterne minare l'attendibilità<sup>57</sup>.

## **7. SEGUE: LE DICHIARAZIONI ANONIME RESE DA AGENTI DI POLIZIA (VAN MECHELEN E ALTRI C. PAESI BASSI)**

Nell'esaminare la sentenza Van Mechelen e altri c. Paesi Bassi, si percepisce subito una maggiore attenzione da parte dei giudici nazionali nell'articolare la procedura di assunzione delle dichiarazioni rilasciate in questo caso da agenti di polizia rimasti anonimi. Tuttavia, la Corte europea ha censurato il bilanciamento effettuato dagli organi interni tra diritto di difesa e l'esigenza di tutela dei testimoni e della collettività, tenuto conto che la sentenza era basata in «modo determinante» sulle dichiarazioni rese a un poliziotto da altri agenti di polizia rimasti anonimi e confermate in sede dibattimentale attraverso un collegamento esclusivamente sonoro con l'aula in cui si trovavano gli imputati, i loro difensori e il pubblico ministero<sup>58</sup>.

L'anonimato pone particolari problemi quando i testimoni appartengono alla polizia di Stato: se da un lato gli interessi di questi ultimi sono meritevoli di tutela, d'altra parte, non possono essere assimilati a testimoni comuni o alla vittima. Già solo per questi motivi bisognerebbe utilizzarli come testimoni anonimi solo in casi eccezionali. La Corte non dimentica, tuttavia, l'interesse che un poliziotto può avere a mantenere l'anonimato al

---

<sup>57</sup> Opinione dissenziente dei giudici RYSSDAL e MEYER.

<sup>58</sup> Cfr. *Corte Eur. Dir. Uomo*, 23 aprile 1997, *Van Mechelen e altri c. Paesi Bassi*, cit., § 59 s.

fine di poter ancora essere impiegato in operazioni segrete, non solo quindi per non compromettere l'incolumità propria e dei propri familiari.

Nel caso di specie non solo la difesa non conosceva l'identità dei poliziotti, ma era stata anche privata della possibilità di porre loro direttamente le domande in modo da osservarne la reazione, e giudicarne l'affidabilità e la credibilità. Il Governo, inoltre, non aveva indicato i motivi che avevano spinto ad adottare delle misure così rigide, tali da limitare fortemente il diritto dell'imputato a che le prove siano prodotte in sua presenza, né le ragioni che hanno fondato il rifiuto di misure meno restrittive.

In assenza di più ampie informazioni, la Corte europea ha ritenuto che le necessità operative della polizia non fossero state sufficienti a giustificare simili limitazioni. I giudici europei hanno osservato inoltre come la Corte d'appello olandese non avesse compiuto sufficienti sforzi nell'accertare l'effettiva sussistenza del pericolo di ritorsioni nei confronti dei poliziotti e delle loro famiglie. Non risultava infatti dagli atti della causa, se i ricorrenti avessero avuto modo di porre in essere simili ritorsioni o di istigare altri a farlo. In particolare, Engelen, testimone a carico, non era mai stato oggetto di alcuna minaccia o violenza. Il fatto che i poliziotti fossero stati interrogati da un giudice istruttore che ne conosceva l'identità, non rappresentava una compensazione sufficiente. Soprattutto se si tiene conto che il solo elemento di prova che indicasse chiaramente la colpevolezza dei ricorrenti era rappresentato dalle dichiarazioni anonime. Per questi motivi la Corte europea ha ritenuto vi fosse stata violazione dell'art. 6 par. 1 e 3 lett. d Conv. eur.

E' utile evidenziare che, in questo caso, il giudice istruttore, oltre a conoscere l'identità dei poliziotti, aveva proceduto a una verifica attenta della loro credibilità attraverso un'audizione diretta delle fonti. Inoltre, il medesimo magistrato, una volta concluso l'interrogatorio, aveva redatto un verbale in cui si motivava dettagliatamente sull'attendibilità dei testi e le ragioni per il mantenimento dell'anonimato.

Tuttavia, in merito a quest'ultimo profilo, la Corte ha rilevato uno scarto significativo rispetto alla decisione *Doorson c. Paesi Bassi*<sup>59</sup>. In quel caso, infatti, il giudice istruttore non si era limitato a paventare un pericolo astratto, ma aveva indicato, in modo ritenuto sufficientemente circostanziato, le ragioni da cui si potesse evincere l'esistenza di un pericolo

<sup>59</sup> *Corte Eur. Dir. Uomo*, 26 marzo 1996, *Doorson c. Paesi Bassi*, cit., § 76.

concreto incombente sull'incolumità fisica dei due testimoni anonimi. Nel caso Van Mechelen e altri c. Paesi Bassi<sup>60</sup>, invece, la motivazione del giudice non evidenziava emergenze specifiche atte a corroborare l'astratto clima di minacce, che può quasi sempre avvolgere un grave caso di rapina a mano armata e di omicidio, come era quello in esame.

Un ulteriore fattore di differenziazione, rispetto alla sentenza Doorson c. Paesi Bassi<sup>61</sup>, è stato riscontrato dalla Corte europea pure sul terreno del diritto al contraddittorio. Mentre nel caso Doorson il difensore aveva potuto assistere personalmente all'audizione dei testimoni anonimi e porre direttamente domande, nel caso Van Mechelen l'imputato e il suo difensore erano stati collocati in un ambiente separato da quello in cui si era svolta l'escussione dei testimoni. A fronte di limitazioni così gravi del diritto dell'imputato a che le prove a carico siano prodotte, in linea di principio, in sua presenza, i giudici nazionali non si sarebbero sufficientemente curati né di spiegare le ragioni di tali misure, né di motivare circa l'impraticabilità di un ricorso a modalità assuntive meno restrittive. La Corte europea, inoltre, ha censurato come «insufficienti» gli sforzi compiuti dalla Corte d'appello per valutare il pericolo di ritorsioni nei confronti dei poliziotti o delle loro mogli.

La sensazione – denunciata dalla Corte europea – di un ricorso poco accorto alle deposizioni di testimoni anonimi trova ulteriore conferma nel momento in cui si pongono sulla bilancia le prove, al fine di valutare l'effettivo ruolo da esse svolto per la decisione di condanna. Le deposizioni anonime risultano, infatti, le sole fonti che, sulla scorta della motivazione della Corte d'appello olandese, indicherebbero nelle persone dei ricorrenti gli autori dei reati contestati.

## **8. SEGUE: LE DICHIARAZIONI ANONIME PROVENIENTI DA «AGENTI INFILTRATI» (LÜDI C. SVIZZERA)**

La Corte europea ha avuto modo di pronunciarsi anche sulla legittimità dell'utilizzo probatorio di dichiarazioni provenienti da «agenti infiltrati», la cui identità sia rimasta segreta.

---

<sup>60</sup> Corte Eur. Dir. Uomo, 23 aprile 1997, *Van Mechelen e altri c. Paesi Bassi*, cit., § 70.

<sup>61</sup> Cfr. Corte Eur. Dir. Uomo, 26 marzo 1996, *Doorson c. Paesi Bassi*, cit., § 78.

Senza mai giungere a una radicale contestazione di legittimità, la Corte ha sancito, tuttavia, una serie di garanzie, particolarmente pressanti quando il testimone anonimo sia appunto un «agente infiltrato».

Con il termine «agente infiltrato» si suole designare il soggetto che si inserisce in organizzazioni criminali allo scopo di trarre informazioni utili per assicurare gli associati alla giustizia. Si è soliti sottolineare come in questa figura, così genericamente definita, vengano in realtà a confluire una pluralità di sottofattispecie, ciascuna delle quali connotata da specifici profili problematici.

La peculiarità della questione impone, pertanto, di limitare fin d'ora il campo d'indagine alle sole ipotesi in cui l'attività di «infiltrazione» venga apportata da organi dello Stato per finalità di repressione del crimine, esulando da un esame delle varie forme di «infiltrazione» e di «provocazione», per così dire, «privata».

Più specificatamente, in base alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, è «agente infiltrato»<sup>62</sup> quel soggetto che, appartenendo alle forze di polizia o collaborando formalmente con esse, agisce nell'ambito di un'indagine preliminare ufficiale di cui le autorità sono al corrente. Il suo intervento è giustificato dall'esistenza di sospetti a carico di una o più persone e la conformità delle sue azioni alle regole di diritto interno e internazionale è suscettibile di essere controllata da un giudice indipendente e imparziale. L'agente infiltrato, infine, non deve spingersi a provocare condotte criminose che, senza la sua azione, non avrebbero avuto luogo, limitandosi al contrario ad un'opera di osservazione e contenimento.

La sentenza più importante su questo specifico punto è quella pronuncia dalla Corte europea nel caso *Lüdi c. Svizzera*<sup>63</sup>. In tale occasione, i giudici di Strasburgo hanno riscontrato la violazione della normativa convenzionale poiché la sentenza di condanna del ricorrente si era basata

<sup>62</sup> Si traducono in questo modo le espressioni in lingua francese «*agents infiltrés*» e in lingua inglese «*undercover agents*», al fine di distinguerle da quella di «*agents provocateurs*» con la quale, come si vedrà in seguito, la Corte europea sembra designare quegli appartenenti alle forze di polizia che esercitano sui soggetti con i quali entrano in contatto un'influenza tale da incitare la commissione di un reato.

<sup>63</sup> Cfr. *Corte Eur. Dir. Uomo*, 15 giugno 1992, *Lüdi c. Svizzera*, cit.

sui verbali relativi alle conversazioni telefoniche dello stesso con un agente infiltrato che non era mai stato esaminato in sede dibattimentale<sup>64</sup>.

La Corte mostra, comunque, di non rilevare nelle dichiarazioni scritte degli agenti di polizia una caratteristica peculiare atta a ridurne in qualche modo l'area di utilizzabilità processuale. Anzi si aggiunge sul piatto della bilancia, deputato a "soppesare" le ragioni per il mantenimento dell'anonimato dei testimoni, un ulteriore interesse "legittimo": quello dell'amministrazione della giustizia consistente nel poter usare il testimone agente per ulteriori operazioni future<sup>65</sup>. Nel caso in esame – secondo la Corte europea – «the legitimate interest of the police authorities in a drug trafficking case in preserving the anonymity of their agent, so that they could protect him and also make use of him again in the future»<sup>66</sup>, non sarebbe stato tutelato con strumenti idonei a salvaguardare altresì il diritto di difesa. In altre parole, la Corte rimprovera ai giudici nazionali di non aver tenuto in debito conto tutte le sfumature del caso e di non aver apprestato, di conseguenza, una procedura di assunzione della testimonianza anonima sufficientemente rispettosa degli interessi in gioco.

I giudici europei hanno infine richiamato il criterio del "peso" che la testimonianza anonima aveva assunto nella decisione di condanna. La Corte, infatti, nel negare a quella fonte di prova una funzione «determinante» ai fini della pronuncia finale (la testimonianza anonima si sarebbe limitata a svolgere «un suo ruolo» nella ricostruzione dei fatti), ha mostrato di attribuire a questa circostanza un significato più retorico o di "colore", che un peso sostanziale all'interno della sua argomentazione. E del resto nell'opinione parzialmente dissenziente del giudice Matscher si è sottolineato come, a differenza dei casi *Kostowski c. Paesi Bassi* e *Windisch c. Austria*<sup>67</sup>, il Tribunale avesse deciso sulla scorta delle ammissioni del ricorrente e delle affermazioni dei suoi coimputati: non si poteva censurare la mancata escussione dell'agente infiltrato dal momento che una simile

---

<sup>64</sup> Cfr. UBERTIS, Giulio, *Principi di procedura penale europea*, op. cit., p. 60.

<sup>65</sup> In quest'ottica, cfr. VOGLIOTTI, Massimo, *La logica floue della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 857.

<sup>66</sup> Le parole in lingua inglese tra virgolette sono tratte da *Corte Eur. Dir. Uomo*, 15 giugno 1992, *Lüdi c. Svizzera*, cit., § 49.

<sup>67</sup> *Corte Eur. Dir. Uomo*, 20 novembre 1989, *Kostoviski c. Paesi Bassi*, cit. e *Corte Eur. Dir. Uomo*, 27 novembre 1990, *Windisch c. Austria*, cit.

audizione non avrebbe contribuito a chiarire meglio i fatti contestati in seguito dall'imputato. Pertanto il giudice Matscher non ha ritenuto che vi fosse stata violazione dei diritti della difesa<sup>68</sup>.

## 9. L'«EDITTO PRETORIO» IN TEMA DI AMMISSIBILITÀ E UTILIZZABILITÀ DELLA TESTIMONIANZA ANONIMA.

Compiuta l'analisi delle sentenze più significative della Corte europea, può essere utile guardare con occhio distaccato questa giurisprudenza per riavvolgere quel filo rosso che lega tutte le decisioni in tema di testimonianza anonima e tentare di individuare una serie di criteri che concorrono a formare quello che è stato chiamato «l'editto pretorio» in tema di ammissibilità e utilizzabilità della testimonianza anonima<sup>69</sup>.

La complessa casistica esaminata evidenzia un progressivo affinarsi delle soluzioni proposte dalla Corte europea.

In un primo momento si è registrato un atteggiamento sostanzialmente di chiusura rispetto all'utilizzazione di testimoni anonimi: infatti, mentre il loro impiego è giustificabile nella fase istruttoria, fondare la sentenza su dichiarazioni rilasciate da fonti occulte può generare dei problemi. In particolare, l'impossibilità per il difensore di interrogare il testimone non si accorda con i principi enunciati della lett. d par. 3 dell'art. 6 Conv. eur..

«[T]he Court notes that the Convention does not preclude reliance, at the investigation stage, on sources such as anonymous informants. However, the subsequent use of their statements by the trial court to found a conviction is another matter. The right to a fair administration of justice holds so preminent a place in a democratic society that it cannot be sacrificed»<sup>70</sup>.

<sup>68</sup> Nell'opinione dissenziente del giudice MATSCHER, si esprimono forti riserve sulle effettive possibilità di apprestare una procedura di esame del testimone, da parte dei giudici e della difesa, senza rivelare l'identità dell'agente.

<sup>69</sup> L'espressione è di VOGLIOTTI, Massimo, *La logica floue della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., c. 859. Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali si rinvia a DE SALVIA, Michele, *Compendium della CEDU*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2000, pp. 194 e 195.

<sup>70</sup> Cfr. *Corte Eur. Dir. Uomo*, 27 novembre 1990, *Windisch c. Austria*, cit., § 30.

L'orientamento dei giudici europei muta di fronte ad un caso complesso, che costringe la Corte di Strasburgo a prendere in considerazione non solo gli interessi della difesa, ma anche quelli della persona chiamata a deporre, riconosciuti dalla Convenzione stessa all'art. 8.

«It is true that Article 6 does not explicitly require the interests of witnesses in general, and those of victims called upon to testify in particular, to be taken into consideration. However, their life, liberty or security of person may be at stake, as may interests coming generally within the ambit of Article 8 of the Convention....Contracting States should organize their criminal proceedings in such a way that those interests are not unjustifiably imperiled. Against this background, principles of fair trial also require that in appropriate cases the interests of the defence are balanced against those of witnesses or victims called upon to testify»<sup>71</sup>.

Se in linea di principio le dichiarazioni anonime vanno considerate eccezionali in quanto contrastanti con un pieno esercizio del diritto di difesa, la loro ammissibilità, nonché il loro successivo utilizzo come prova, non possono, di per sé, essere esclusi, ma soggiacciono ad alcune regole che coinvolgono il momento dell'ammissione della prova anonima, quello dell'assunzione ed infine, quello della valutazione<sup>72</sup>.

L'ammissibilità di tali testimonianze dovrebbe seguire anzitutto il principio di proporzionalità<sup>73</sup>: posto che ogni misura restrittiva dei diritti della difesa deve essere impiegata solo se strettamente necessaria, qualora una diversa soluzione che limiti in misura minore tali diritti risulti ugualmente efficace, sarà quest'ultima a dover essere applicata, in luogo dell'anonimato. Ciò premesso, la testimonianza anonima risulta ammissibile solo in presenza di un rischio concreto ed attuale per la incolumità dei testi di accusa o dei loro familiari, che deve risultare da una valutazione individualizzata, compiuta in modo documentato dall'autorità,

---

<sup>71</sup> Corte Eur. Dir. Uomo, 26 marzo 1996, *Doorson c. Paesi Bassi*, cit., § 70.

<sup>72</sup> Cfr. Corte Eur. Dir. Uomo, 20 novembre 1989, *Kostovski c. Paesi Bassi*, cit., § 44.

<sup>73</sup> Per la Corte europea, le restrizioni apportate ad un diritto hanno carattere proporzionale se il mezzo utilizzato è proporzionale allo scopo perseguito: cfr. Grande Camera, 14 dicembre 2006, *Markovic and Others v. Italy*, ric. n. 1398/03, par. 99.

tenendo conto di specifici fattori di pericolosità attribuibili all'imputato o all'organizzazione criminale di cui faccia parte<sup>74</sup>.

Rispetto ai membri delle forze di polizia e dei servizi di sicurezza l'anonimato, da circoscrivere comunque a situazioni eccezionali, può invece essere legato all'esigenza di assicurare la protezione di un agente impiegato in attività segrete e dei suoi familiari o di non compromettere la possibilità di utilizzarlo in analoghe operazioni future.

«In the Court's opinion, the balancing of the interests of the defence against arguments in favour of maintaining the anonymity of witnesses raises special problems if the witnesses in question are members of the police force of the State. Although their interests - and indeed those of their families - also deserve protection under the Convention, it must be recognised that their position is to some extent different from that of a disinterested witness or a victim. They owe a general duty of obedience to the State's executive authorities and usually have links with the prosecution; for these reasons alone their use as anonymous witnesses should be resorted to only in exceptional circumstances. In addition, it is in the nature of things that their duties, particularly in the case of arresting officers, may involve giving evidence in open court»<sup>75</sup>.

Circa le modalità di assunzione della testimonianza anonima, si è ritenuto che la posizione di svantaggio della difesa possa essere adeguatamente controbilanciata da una procedura in cui l'audizione protetta del teste avvenga senza l'intervento dell'imputato, ma con la partecipazione attiva del difensore e in presenza del giudice. Tuttavia, mentre secondo una giurisprudenza risalente quest'ultimo doveva essere posto a conoscenza della identità del soggetto al fine di poterne controllare la credibilità<sup>76</sup>, tale condizione non è più richiesta, considerando sufficiente

<sup>74</sup> 28 febbraio 2006, *Krasniki c. Repubblica Ceca*

<sup>75</sup> Cfr. *Corte Eur. Dir. Uomo*, 23 aprile 1997, *Van Mechelen e altri c. Paesi Bassi*, cit., § 50 s., di cui v. anche § 56 per l'affermazione secondo la quale gli speciali doveri dei dipendenti delle forze dell'ordine consentono di mantenere il loro anonimato soltanto in casi eccezionali sicuramente più limitati di quelli eventualmente previste per le altre persone.

<sup>76</sup> *Corte Eur. Dir. Uomo*, 23 aprile 1997, *Van Mechelen e altri c. Paesi Bassi*, cit., § 50 s

la possibilità per il tribunale e il difensore di vedere e ascoltare il teste anonimo durante la sua deposizione dibattimentale.

L'ultima linea guida generale riguarda la regola di valutazione della prova: perché il procedimento possa dirsi “fair”, quando all'interno dello stesso sia stata ammessa una testimonianza anonima, è necessario che la eventuale condanna non sia stata basata «solely or at least to decisive extent» sulla stessa. Si tratta di un vero e proprio sbarramento: nel caso in cui, infatti, la prova abbia avuto valore esclusivo o determinante a nulla servono gli accorgimenti sopra menzionati per salvare il procedimento e giudicarlo equo.

«Even when “counterbalancing” procedures are found to compensate sufficiently the handicaps under which the defence labours, a conviction should not be based either solely or to a decisive extent on anonymous statements»<sup>77</sup>.

## **10. LA VALUTAZIONE DELLA TESTIMONIANZA ANONIMA DOPO LE SENTENZE AL-KHAWAJA C. REGNO UNITO E SCHATSCHASCHWILI C. GERMANIA**

Sin dal caso *Doorson*, la Corte si è preoccupata di fissare una soglia minima di tutela del diritto di difesa che ogni Stato sia in grado di osservare. Essa, infatti, impone di verificare se – anche laddove non sia stata garantita all'accusato un'occasione «adeguata e sufficiente»<sup>78</sup> di interrogare i testimoni a carico – la condanna si basi «esclusivamente o in maniera determinante»<sup>79</sup> sulle dichiarazioni rilasciate da testimoni coperti dall'anonimato. In altre parole, una sentenza di condanna non può essere pronunciata quando l'unica o determinante prova della colpevolezza sia

---

<sup>77</sup> V. Corte Eur. Dir. Uomo, 26 marzo 1996, *Doorson c. Paesi Bassi*, cit., § 70 per l'affermazione generale secondo cui i principi di un processo equo impongono di contemperare con gli interessi della difesa quelli delle vittime e dei testimoni, parimenti protetti dalle norme pattizie. In dottrina cfr. UBERTIS, Giulio, *Principi di procedura penale europea*, op. cit., pp. 52 s.

<sup>78</sup> Corte, 27 febbraio 2001, Lucà c. Italia

<sup>79</sup> Corte, 14 dicembre 1999, A.M. c. Italia

rappresentata da testimonianze anonime o indirette, senza comportare un'ingiustificata restrizione del diritto di difesa, di per sé, incompatibile con l'art. 6, par. 3, lett. *d* Cedu.

L'impossibilità di fondare una condanna esclusivamente o in misura determinante sul contributo probatorio dei testimoni anonimi è sempre stata considerata una sorte di regola di chiusura del sistema, che operava anche quando gli altri requisiti (concernenti l'ammissione e l'assunzione della testimonianza) erano stati soddisfatti.

Su questo quadro, tuttavia, bisogna registrare un «parziale overruling»<sup>80</sup> della Grande Camera in tema di testimoni assenti<sup>81</sup> inaugurato con la nota sentenza *Al-Khawaja c. Regno Unito*<sup>82</sup> e meglio specificato più

<sup>80</sup> ZACCHE', Francesco, Rimodulazione della giurisprudenza europea sui testimoni assenti, in *Diritto penale contemporaneo*, 17 gennaio 2012, p. 5, consultabile all'indirizzo internet [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it). Anche il giudice BRATZA (cfr. Grande Camera, 15 dicembre 2011, *Al-Khawaja c. Regno Unito*, *opinion concordante du juge Bratza*, § 3) parla di «nouveau principe formulé par la Court». Particolarmente chiaro nel negare il senso di un overruling alla sentenza *Al-Khawaja c. Regno Unito*, appare FERRUA, Paolo, Quattro fallacie in tema di prova, in *Diritto penale e giustizia*, 2014, 1.

<sup>81</sup> Per testimoni assenti s'intendono i soggetti che, dopo aver reso dichiarazioni a contenuto testimoniale nelle fasi anteriori al giudizio, non depongono in sede dibattimentale perché deceduti, gravemente malati, irrimediabili, sentiti all'estero, titolari di un diritto a non rispondere, o intimiditi (quest'ultima era in particolare la situazione presa in esame dalla sentenza *Al-Khawaja*). Parlano di «absent witness», LONATI, Simone, *Il diritto dell'accusato a "interrogare o fare interrogare" le fonti di prova a carico*, op. cit. p. 195; MAFFEI, Stefano, Prova d'accusa e dichiarazioni di testimoni "assenti" in una recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, in *Cassazione penale*, 2001, p. 2844; SPENCER, Jhon R., *Hearsay evidence in criminal proceedings*, op. cit. p. 43; UBERTIS, Giulio, La prova dichiarativa debole: problemi e prospettive in materia di assunzione della testimonianza della vittima vulnerabile alla luce della giurisprudenza sovranazionale, in Id., *Argomenti di procedura penale*, 3 ed., Milano, Giuffrè 2011, p. 139.

<sup>82</sup> Grande Camera, 15 dicembre 2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*. Cfr., per la giurisprudenza successiva, Corte, 15 ottobre 2013, *Sandru c. Romania*; Corte, 25 aprile 2013, *Yevgeniy Ivanov c. Russia*; Corte, 11 dicembre 2012, *Asadbeyli e altri c. Azerbaijan*; Corte, 3 maggio 2012, *Salikhov c. Russia*. V., in dottrina, BIRAL, Marianna, The Right to Examine or Have Examined Witnesses as a Minimum Right for a Fair Trial, cit. p. 342 s.; DENNIS, Ian, *Al-Khawaja and Tahery v. United Kingdom*, Commentary, in *The Criminal Law Review*, 2012, p. 376; CASIRAGHI, Roberta, Testimoni assenti: la Grande Camera ridefinisce la regola della "prova unica o determinante", in *Cassazione*

recentemente con la sentenza *Schatschaschwili c. Germania*<sup>83</sup>. Si tratta di pronunce rivoluzionarie<sup>84</sup>, nelle quali, com'è noto, i giudici di Strasburgo, rendendo più flessibile la regola della prova “unica e determinante”, accettano una riduzione di quello standard minimo di tutela richiesto in molteplici pronunce di condanna contro gli Stati membri. Ecco allora che la dichiarazione decisiva mai sottoposta al confronto non determina automaticamente una violazione della Convenzione; semplicemente, la Corte dovrà compiere un esame più scrupoloso, per valutare se siano state attivate adeguate misure di bilanciamento («strong procedural safeguards»)<sup>85</sup>.

«First, there must be a good reason for the non-attendance of a witness. Second, when a conviction is based solely or to a decisive degree on depositions that have been made by a person whom the accused has had no opportunity to examine or to have examined, whether during the investigation or at the trial, the rights of the defence may be restricted to an extent that is incompatible with the guarantees provided by Article 6 (the so-called “sole or decisive rule”) (ibid., § 119). As regards the application of the latter rule, the Grand Chamber concluded that where a hearsay statement is the sole or decisive evidence against a defendant, its admission as evidence will not automatically result in a breach of Article 6 § 1. At the same time where a conviction is based solely or decisively on the evidence of absent witnesses, the Court must subject the proceedings to the most searching scrutiny. The question in each case is whether there are sufficient counterbalancing factors in place, including measures that permit a fair and proper assessment of the reliability of that evidence to take place. This would permit a conviction to be based on such evidence only if it is sufficiently reliable given its importance in the case».

---

*penale*, 2012, pp. 3217-3128; UBERTIS, Giulio; VIGANÒ, Francesco, (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, op. cit., pp. 218 s.; ZACCHÉ, Francesco, Rimodulazione della giurisprudenza europea sui testimoni assenti, cit.

<sup>83</sup> Grande Camera, 15 dicembre 2015, *Schatschaschwili c. Germania*. Cfr., anche, sia pure con diverse sfumature, Corte, 5 novembre 2015, *Chukayev c. Russia*, § 125; Corte, 27 marzo 2014, *Matytsina c. Russia*, § 163; Corte, 18 luglio 2013, *Vronchenko c. Estonia*, § 58.

<sup>84</sup> AURIEMMA, Mara, Sulla prova “unica o determinante”. Il caso *Al-Khawaja c. Regno Unito*, in *Archivio penale*, 2014, p. 571.

<sup>85</sup> Così DENNIS, Ian, *Al-Khawaja and Tahery v. United Kingdom*, cit., p. 376.

La logica del bilanciamento è qui portata alle estreme conseguenze<sup>86</sup>: cade la soglia minima al di sotto della quale i diritti della difesa non possono cedere il passo ad interessi concorrenti; di fatto si può validamente fare a meno del contraddittorio, anche se l'elemento "viziato" ha importanza determinante per la sentenza di condanna. Bastano salvaguardie procedurali che compensino, nella misura maggiore possibile, le *chances* difensive precluse.

Ragionando in questi termini, nel caso *Al-Khawaja c. Regno Unito*, la Corte menziona quali misure adeguate a soddisfare le esigenze difensive: a) gli stringenti presupposti a cui è subordinato il recupero delle conoscenze pre-dibattimentali; b) il divieto di cumulo dello *status* di testimone assente ed anonimo; c) l'obbligo per il giudice del dibattimento di fare una prognosi circa l'impatto che la prova potrebbe avere in termini di pregiudizio per la difesa, andando ad escludere quella dichiarazione la cui ammissione porterebbe più svantaggi che vantaggi (in termini di equità del procedimento); d) l'obbligo di arrestare il procedimento nel caso in cui ci si accorga che esso regge unicamente o in misura determinante su una fonte probatoria talmente poco convincente che, considerate la sua rilevanza, un'eventuale condanna sarebbe ingiusta; e) la necessità che la giuria venga messa in guardia circa i rischi connessi all'affidamento su una prova estranea al contraddittorio.

Più di recente, nella sentenza della Grande Camera, 15 dicembre 2015, *Schatschaschwili c. Germania*, la Corte, accertato il valore determinante delle prove unilaterali, costituenti le sole testimonianze oculari del fatto, individua i seguenti possibili fattori di bilanciamento: le prove corroboranti (le testimonianze indirette, i dati provenienti da intercettazioni e da GPS, le somiglianze con un altro fatto di reato commesso dall'accusato), la valutazione prudente del giudice, l'opportunità per l'imputato di spiegare gli accadimenti e di mettere in discussione la credibilità dei testimoni assenti – conoscendo la loro identità – anche attraverso l'interrogatorio dei testimoni de relato<sup>87</sup>.

<sup>86</sup> BIRAL, Marianna, *The Right to Examine or Have Examined Witnesses as a Minimum Right for a Fair Trial*, cit. p. 342

<sup>87</sup> Grande Camera, 15 dicembre 2015, *Schatschaschwili c. Germania*, cit.

In generale, quindi, possono venire in considerazione come fattori in grado di colmare il *deficit* subito dalla difesa in presenza di dichiarazioni anonime: la maniera in cui le garanzie legali sono state applicate<sup>88</sup>, le possibilità offerte all'imputato per far fronte agli ostacoli con i quali si è dovuto confrontare<sup>89</sup>, il modo in cui il giudice ha condotto il procedimento nel suo insieme<sup>90</sup>, l'eventuale riproduzione in dibattimento della videoregistrazione dell'audizione svolta in indagine dal giudice istruttore<sup>91</sup> e così via. A tale proposito, comunque, la Corte non predispone alcun catalogo dei «counterbalancing factor»<sup>92</sup> in astratto reperibili, in modo da poter avere il più ampio margine di manovra nella valutazione concreta delle circostanze del caso.

La nuova impostazione della Corte europea – in termini di annacquamento della garanzia convenzionale – ha avuto dei riflessi anche con riguardo alla giurisprudenza in tema di utilizzo della testimonianza anonima. Per i giudici di Strasburgo, infatti, anche se i problemi posti dai testimoni assenti e da quelli anonimi non sono identici, le due situazioni non differiscono in linea di principio sul piano del potenziale svantaggio per la difesa dell'imputato.

«The Grand Chamber further noted that while the problems raised by anonymous and absent witnesses are not identical, the two situations are not different in principle, since each results in a potential disadvantage for the defendant. The underlying principle is that the defendant in a criminal trial should have an effective opportunity

---

<sup>88</sup> V., per esempio, Corte, 17 settembre 2013, Brzuszczynski c. Polonia, cit., Corte, 9 luglio 2013, Sica c. Romania.

<sup>89</sup> V., per esempio, Corte, 2 aprile 2013, D.T. c. Paesi Bassi.

<sup>90</sup> V., per esempio, Corte, 16 ottobre 2012, McGlynn c. Regno Unito.

<sup>91</sup> Cfr., Corte, 3 luglio 2014, Nikolitsas c. Grecia, § 38; Corte, 22 novembre 2012, Tseber c. Repubblica ceca, § 62.

<sup>92</sup> Per alcuni esempi di misure dirette a controbilanciare il deficit dialettico, cfr. Corte, 7 gennaio 2014, Prajina c. Romania; Corte, 17 settembre 2013, Brzuszczynski c. Polonia. Per la garanzia consistente nel mostrare in dibattimento la videoregistrazione delle dichiarazioni dei testimoni assenti in modo da permettere alle parti d'osservare il comportamento del teste sotto esame e farsi un'opinione sulla sua attendibilità, v. Corte, 3 aprile 2012, Chmura c. Polonia; Corte, 10 gennaio 2012, A.G. c. Svezia.

to challenge the evidence against him. This principle requires not merely that a defendant should know the identity of his accusers so that he is in a position to challenge their probity and credibility but that he should be able to test the truthfulness and reliability of their evidence, by having them orally examined in his presence, either at the time the witness was making the statement or at some later stage of the proceedings»<sup>93</sup>.

Si è così escluso che una condanna basata in modo determinante sulla deposizione di un testimone anonimo che la difesa non abbia mai potuto interrogare violi il dettato convenzionale qualora, in primo luogo, l'assenza e l'anonimato trovino giustificazione nell'esigenza di salvaguardare l'incolumità del testimone e, in secondo luogo, sia assicurato un idoneo controbilanciamento alle limitazioni difensive<sup>94</sup>. Nel caso di specie sono state reputate adeguate garanzie la presenza di riscontri, la conferma dell'identità e della credibilità del teste da parte di un ufficiale di polizia e del procuratore, lo svolgimento dell'interrogatorio del testimone anonimo ad opera del presidente del tribunale di fronte a tutti i membri dell'organo giudicante<sup>95</sup>.

Analogamente, hanno rappresentato adeguati fattori di bilanciamento di un uso decisivo della dichiarazione anonima il fatto che i testimoni anonimi siano stati sentiti dinanzi all'intero collegio giudicante (potendo i singoli giudici ottenere un'impressione personale dei testimoni) e la partecipazione all'udienza, seppur tramite collegamento audio, dell'imputato e del suo difensore, i quali sono stati posti nella condizione di porre domande a cui il testimone ha risposto, salvo quando la risposta poteva svelarne l'identità<sup>96</sup>.

Soltanto l'assenza di solide salvaguardie procedurali che consentono un equo processo e corretto giudizio sull'affidabilità della

<sup>93</sup> Corte, 1° settembre 2015, *Rozuecki c. Polonia*, par. 56; Corte, 10 aprile 2012, *Ellis, Simms e Martin c. Regno Unito*, par. 78.

<sup>94</sup> Corte, 17 aprile 2012, *Sarkizov e altri c. Bulgaria*, par. 57 s., la quale ha compiuto tale duplice vaglio anche con riguardo a una testimonianza anonima non determinante.

<sup>95</sup> Corte, 6 dicembre 2012, *Pesukic c. Svizzera*, par. 46 s.

<sup>96</sup> Corte, 1° settembre 2015, *Rozumecki c. Polonia*, par. 57 s.

testimonianza decisiva di una fonte determina dunque la violazione dell'art. 6 par. 1 e 3 lett. *d* Cedu<sup>97</sup>, ancor più laddove la compressione del diritto di difesa sia motivata da mere ragioni di economia processuale<sup>98</sup>.

«The Court concluded, applying the approach in *Al-Khawaja and Tahery*, that in cases concerning anonymous witnesses, Article 6 par. 3 lett. *d* imposed three requirements: first, there had to be a good reason to keep secret the identity of the witness; second, the Court had to consider whether the evidence of the anonymous witness was the sole or decisive basis of the conviction; and third, where a conviction was based solely or decisively on the evidence of anonymous witnesses, the Court had to satisfy itself that there were sufficient counterbalancing factors, including strong procedural safeguards, to permit a fair and proper assessment of the reliability of that evidence to take place»<sup>99</sup>.

## 11. CONCLUSIONI

Gli ultimi approdi della giurisprudenza della Corte europea non convincono. Ci troviamo di fronte ad un ulteriore e preoccupante arretramento sulla garanzia del contraddittorio che, soprattutto in caso di anonimato, appare davvero poco tollerabile. Prima dell'*overruling* in questione, la Corte impediva che le dichiarazioni rilasciate da testimoni anonimi – se sole o determinanti – potessero fondare la ricostruzione giudiziale del fatto, essendone consentito al massimo un uso indiretto. Oggi, il giudice europeo pare accontentarsi di molto meno, accettando l'uso esclusivo o determinante di prove assunte senza contraddittorio, quando le stesse siano controbilanciate da forti garanzie procedurali.

---

<sup>97</sup> Corte, 23 giugno 2015, *Balta e Demir c. Turchia*, par. 54 s.

<sup>98</sup> Cfr. Corte, 23 giugno 2016, *Moumen c. Italia*. V., anche, Corte, 26 febbraio 2013, *Papadakis c. ex Repubblica jugoslava di Macedonia*, relativamente ad una vicenda ove l'agente provocatore è stato sentito, durante il dibattimento, in una sede protetta, in forma anonima e senza alcun collegamento audiovisivo con l'accusato e il suo difensore, a cui era poi stata concessa solo un'ora per leggere i verbali e porre delle domande per iscritto al teste.

<sup>99</sup> Cfr. Corte, 23 giugno 2016, *Moumen c. Italia*, § 51.

Pur ammettendo la necessità di tutelare, all'interno del processo penale, diritti di soggetti diversi dall'imputato e pur riconoscendo l'urgenza, a fronte di una situazione di pericolo per il testimone, di salvaguardarne l'incolumità, di preservare la fonte di prova e, quindi, di conservarne il risultato, non si comprende, in realtà, quale garanzia processuale ("counterbalancing" procedures) possa restituire all'imputato ciò che gli viene tolto in termini di difesa non comunicandogli l'identità del testimone.

Diversamente da quanto ritiene la Corte europea, d'altra parte, i problemi posti dai testimoni assenti e da quelli anonimi sul piano del potenziale svantaggio per la difesa dell'imputato non possono essere assimilabili. Questo per ovvie ragioni. La rivelazione all'imputato dell'identità dell'accusatore è elemento costitutivo e fondante del contraddittorio<sup>100</sup>. Una testimonianza o qualsiasi altro tipo di dichiarazione accusatoria può essere dolosamente falsa o semplicemente erronea e la difesa ha ben scarse possibilità di fare venire alla luce tale caratteristica se non possiede le corrette informazioni che consentono di valutare l'affidabilità del teste. L'attendibilità di un testimone, infatti, può porsi in dubbio non solo rilevando le incongruenze del suo racconto, ma anche contestandone l'integrità morale, la reputazione e l'interesse rispetto alle parti in causa<sup>101</sup>. Il divieto di porre domande relative all'identità del testimone, al suo luogo di residenza o alla sua professione, per non parlare dei quesiti relativi ai rapporti pregressi del dichiarante con l'accusato e con la vittima, impedisce di fatto al difensore di svelare situazioni e motivi in base ai quali il testimone possa essere ritenuto «prejudiced, hostile or unreliable». Solo l'imputato – e il suo difensore perché ne rappresenta, in questo caso, la voce – può essere a conoscenza di ragioni specifiche e pregresse per le quali il testimone potrebbe venir indotto a mentire e solo la consapevolezza di questa identità può consentirne l'eventuale smascheramento.

L'elemento costitutivo del contraddittorio è dunque soddisfatto solo quando l'identità dell'autore della dichiarazione accusatoria è resa nota

<sup>100</sup> Per una approfondita analisi sulla garanzia del contraddittorio, v. GIOSTRA, Glauco, *Contraddittorio (principio del)*. II) Diritto processuale penale, in *Enc. giur.*, vol. IX, Treccani, Roma, Agg. 2001, pp. 8 s.

<sup>101</sup> Come, tra l'altro, riconosciuto anche da Corte, 2 aprile 2013, Garofolo c. Sviz-zera, § 56; Corte, 10 maggio 2012, Aigner c. Austria, § 43.

all'imputato o al suo difensore<sup>102</sup>: non basta la comunicazione al pubblico ministero o alla Corte, poiché la difesa non potrebbe esercitare su di essi alcun controllo. Così come non pare un idoneo fattore di bilanciamento di un uso decisivo della dichiarazione anonima il fatto che il testimone sia stato sentito davanti alla Corte senza la possibilità per il difensore di partecipare all'esame e di porre domande sulla sua identità e sul suo passato.

Allo stesso modo, l'occultamento dell'aspetto fisico del dichiarante – misura precauzionale che di frequente caratterizza l'audizione del teste anonimo – impedisce al difensore di osservarne il comportamento e verificarne le reazioni (tra cui va annoverata l'espressività del volto) nel corso della deposizione. Tale problema, forse, può oggi ritenersi parzialmente circoscritto alla luce delle moderne tecnologie di distorsione delle immagini e del suono che consentono la video-trasmissione di ampie aree del corpo del dichiarante, preservandone nel contempo la segretezza dell'identità. Tuttavia è chiaro che anche tale forma di esame non potrà mai sostituire in termini di efficacia per la difesa la presenza fisica del dichiarante.

Non resta allora che compiere una scelta domandandosi se, in generale, l'accusa anonima possa essere tollerata nell'ambito di un processo che vuole ancora continuare a definirsi "equo" o se, invece, le motivazioni della "civiltà giuridica" debbano prevalere su quelle della necessità<sup>103</sup>.

Se proprio non si vuole rinunciare alla dichiarazione anonima nell'accertamento della verità giudiziale in relazione a determinati reati e in presenza di specifiche condizioni, non rimane, comunque, che ripristinare quella soluzione di compromesso adottata dalla Corte prima del suo *overruling* in tema di testimoni assenti, ossia lo sbarramento della testimonianza anonima all'uso esclusivo e determinate per fondare la sentenza di condanna. Confinare, in altre parole, l'utilizzo della dichiarazione anonima entro un preciso limite, al raggiungimento del quale l'interesse pubblicistico deve arrestarsi: quando l'elemento è decisivo, non esiste alcun *balancing test* convenzionalmente tollerabile.

---

<sup>102</sup> Per l'affermazione che la conoscenza dell'identità del testimone permette alla difesa di contestare in modo effettivo la credibilità del testimone, cfr. Corte, 9 luglio 2013, Sica c. Romania, § 73.

<sup>103</sup> Cfr. MIRAGLIA, Michela, Spunti per un dibattito sulla testimonianza anonima, in *Diritto penale contemporaneo*, 30 dicembre 2011, consultabile online all'indirizzo [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

## BIBLIOGRAFIA

AURIEMMA, Mara. Sulla prova “unica o determinante”. Il caso Al-Khawaja c. Regno Unito, in *Archivio penale*, 2014.

BALSAMO, Antonio. Testimonianze anonime ed effettività delle garanzie sul terreno del diritto vivente nel processo di integrazione giuridica europea, in *Cassazione penale*, 2006.

BARTOLE, Sergio; DE SENA, Pasquale; ZAGREBELSKY, Vladimiro. *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, Cedam, 2012;

BEERNAERT, Marie-Aude. Témoignage anonyme: un vent nouveau de Strasbourg, in *Revue de droit penal et de criminology*, 1997.

BERG, Leif. *Cohérence et impact de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme: liber amicorum Vincent Berger*, Oisterwijk, Wolf Legal Publishers, 2013.

BERGER, Vincent. *Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, XII ed., Paris, Sirey, 2014.

BIRAL, Marianna. The Right to Examine or Have Examined Witnesses as a Minimum Right for a Fair Trial, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2014.

BURNS, Seamus. Blind Shots at a Hidden Target, in *New Law Journal*, 2008.

CALLEWAERT, Johan. Témoignages anonymes et droits de la défense, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1990.

CASIRAGHI, Roberta. Testimoni assenti: la Grande Camera ridefinisce la regola della “prova unica o determinante”, in *Cassazione penale*, 2012.

CHIAVARIO, Mario. Commento all'art. 6, in BARTOLE, Sergio; CONFORTI, Benedetto; RAIMONDI, Guido (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali*, Padova, Cedam, 2001.

CHOO, Andrew. *Hearsay and Confrontation in Criminal Trial*, Oxford, Clarendon Press, 1996.

DACAUX, Emmanuel; IMBERT, Pierre Henri; PETTITI, Louis Edmond (edited by). *La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995.

DE CATALDO NEUBURGER, Luisella. *Esame e controesame nel processo penale*, Padova, Cedam, 2000.

DE SALVIA, Michele. *Compendium della CEDU*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2000.

DELMAS-MARTY, Mareille. *Pour un droit commun*, Paris, Le Seuil, 1994.

DENNIS, Ian. Al-Khawaja and Tahery v. United Kingdom, Commentary, in *The Criminal Law Review*, 2012.

DI STASI, Angela (a cura di). *CEDU e ordinamento italiano*, Padova, Cedam, 2016.

DOAK, Jonathan; HUXLEY-BINNS, Rebecca. Anonymous Witnesses in England and Wales: Charting a Course from Strasbourg?, in *The Journal of Crime Law*, 2009, v. 73, n. 6.

DOURNEAU-JOSETTE, Pascal. Convention européenne des droits de l'homme: jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière pénale, in *Rubrique de l'Encyclopédie Dalloz, Répertoire de Droit Pénal et de Procédure Penale*, Paris, 2013.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press., 1977.

FERRUA, Paolo. Quattro fallacie in tema di prova, in *Diritto penale e giustizia*, 1, 2014.

FOCARELLI, Carlo. *Equo processo e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, Cedam, 2001.

FRIEDMAN, Richard. Face to Face: Rediscovering the Right to Confront Prosecution Witnesses, in *The International Journal of Evidence & Proof*, 2004.

GANSHOF VAN DER MEERSCH, Walter J. Quelques aperçus de la méthode d'interprétation de la Convention de Rome du 4 novembre 1950 par la Cour européenne des droits de l'homme, in AA.VV., *Mélanges offerts à Robert Legros*, Brussels, Editions de l'Université del Bruxelles, 1985.

GANSHOF VAN DER MEERSCH, Walter J. Les méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme, in TURP, Daniel; BEAUDOIN, Gerald, *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1986.

GOSS, Ryan. *Criminal Fair Trial Rights*, Portland, Hart Publishing 2014.

GREER, Steven. *The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

GREVI, Vittorio. Principi e garanzie del "giusto processo" penale nel quadro europeo, in AA.VV., LANFRANCHI, Lucio (a cura di), *La Costituzione europea tra Stati nazionali e globalizzazione*, Ist. enc. it., Roma, 2004.

HARRIS, David John. O'BOYLE, Michael; WARBRICK, Colin (edited by) *Law of the European Convention on Human Rights*, III ed., Oxford-New York, Oxford University Press, 2014.

HOWARTH, David. The Criminal Evidence (Witness Anonymity) Act, in *Archbold News*, 2008.

HOYANO, Laura C. H.. Coroners and Justice Act 2009: special measures directions take two: entrenching unequal access to justice?, in *Criminal Law Review*, 2010.

JACOBS, Francis; WHITE, Robin; OVEY, Clare (edited by). *The European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

JACOT-GUILLARMOD, Olivier, Règles. Méthodes et principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, in DACAUX, Emmanuel; IMBERT, Pierre Henri; PETTITI, Louis Edmond (edited by). *La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995.

KLIP, André. *European Criminal Law. An Integrative Approach*, III ed., Antwerp, Intersentia.

KOSTORIS, Roberto E.. *Manuale di procedura penale europea*, Milano, Giuffrè, 2017.

KOSTORIS, Roberto E.. *I consulenti tecnici nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 1993.

LEACH, Philip. *Taking a case to the European Court of Human Rights*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2011.

LONATI, Simone. *Il diritto dell'accusato a "interrogare o fare interrogare" le fonti di prova a carico*, Torino, Giappichelli, 2008.

LONATI, Simone. Fair Trial and the Interpretation Approach Adopted by the Strasbourg Court, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2017.

MAFFEI, Stefano. *The European Right to Confrontation in Criminal Proceedings – Absent, Anonymous and Vulnerable Witnesses*, Groningen, Europa Law Pub Netherlands, 2006.

MAFFEI, Stefano. *Il diritto al confronto con l'accusatore*, Piacenza, La Tribuna, 2003.

MAFFEI, Stefano. Prove d'accusa e dichiarazioni di testimoni «assenti» in una recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, in *Cassazione penale*, 2001.

MARINGELE, Sarah. *European Human Rights Law. The work of European Court of Human Rights*, Hamburg, Anchor Academic Publishing, 2014.

MATSCHER, Franz. Methods of Interpretation of the Convention, in MCDONALD, Ronald St. J.; MATSCHER, Franz; PETZOLD, Herbert (edited by). *The European*

*System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht, Boston, London, Kluwer Law Intl, 1993.

MATSCHER, Franz. Le principe du contradictorie, in *Documentação e direito comparado*, 1998.

MCINERNEY-LANKFORD, Siobhan. Fragmentation of International Law Redux: the Case of Strasbourg, in *Oxford Journal Legal Studies*, 2012, 32, (3).

MOSLER, Hermann. Problems of Interpretation in the Case Law of the European Court of Human Rights, in KALSHOVEN, Frits. *Essay on the Development of the International Legal Order*, Leyden, Springer, 1980.

O'BRIAN, William. The Right of Confrontation: Us and European Prospective, in *Law Quarterly Review*, 2005.

OMEROD, David. Evidence: Witnesses Anonymity, in *Criminal Law Review*, 2007.

ORMEROD, Daniel. *Blackstone's Criminal Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

ORMEROD, Daniel; CHOO, Andrew; EASTER, Rachel L.. Coroners and Justice Act 2009: the "witness anonymity" and "investigation anonymity" provisions, in *Criminal Law Review*, 2010.

OST, François. Les directives d'interprétation adoptées par la Cour européenne des droits de l'homme; l'esprit plutôt que la lettre?, in PERRIN, Jean François (edited by), *Les règles d'interprétation*, Freiburg, Ed. Universitaires, 1989.

OST, François. Originalità dei metodi di interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo, in DELMAS-MARTY, Mareille (a cura di), *Verso un'Europa dei diritti dell'uomo*, Padova, Cedam 1994.

REYNOLDS, Michael; KING, Philip S.D.. *The Expert Witness and His Evidence*, 2 ed., Oxford, Blackwell Scientific Publications, 1992.

RENUCCI, Jean François. *Droit européen des droits de l'homme – Contentieux européen*, Paris, Lgdj, 2010.

SALVADEGO, Laura. La normativa internazionale sulla protezione dei testimoni nel contrasto alla criminalità organizzata transnazionale, in *Rivista di diritto internazionale*, 2014.

SATZGER, Helmut. *International and European Criminal Law*, München, Hart Pub Ltd, 2012.

SPENCER, Jhon R.. *Hearsay Evidence in Criminal Proceedings*, Oxford, Hart Publishing, 2008.

SUDRE, Frédéric; MARGUÉNAUD, Jean Pierre; ANDRIANTSIMBAZOVINA, Joël; GOUTTENOIRE, Adeline; GONZALES, Gèrarde; MILANO, Laure; SURREL, Hélène. *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, VII ed., Paris, Presses Universitaires de France, 2015.

SUDRE Frédéric. *Les conflits de droits dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Anthemis 2014.

SUDRE, Frédéric. A propos du dynamisme interpretative de la Cour européenne des droit de l'homme', in *La Semaine Juridique, Edition Générale*, 11 Juillet 2001, I, no. 335.

SUDRE, Frédéric (edited by). *L'interprétation de la Convention européenne des droit de l'homme*, Brussels, Nemesis-Bruylant, coll. « Droit et justice », n. 21, Bruxelles, 1998.

TONAMI, Koji. *Yoroppa Jinken saibansho no hanrei* (Essential Cases of the European Court of Human Rights), Tokyo, Shinzan-sha, 2008.

UBERTIS, Giulio. *Principi di procedura penale europea*, Milano, Raffaello Cortina, 2000.

UBERTIS, Giulio; VIGANÒ, Francesco; (a cura di). *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, Giappichelli, 2017.

UBERTIS, Giulio. La prova dichiarativa debole: problemi e prospettive in materia di assunzione della testimonianza della vittima vulnerabile alla luce della giurisprudenza sovranazionale, in Id., *Argomenti di procedura penale*, 3 ed., Milano, Giuffrè 2011.

VAN DIJK, Pietr; VAN HOFF, Fried; VAN RIJIN, Arjen; ZWAAK, Leo (edited by), *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2006.

VIGANÒ, Francesco. Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali, in CORSO, Pier Maria; ZANETTI, Elena (a cura di). *Studi in onore di Mario Pisani*, II, Rimini, La Tribuna, 2010.

VOGLIOTTI, Massimo. La logica floue della Corte europea dei diritti dell'uomo tra tutela del testimone e salvaguardia del contraddittorio: il caso delle "testimonianze anonime", in *Giurisprudenza italiana*, 1997.

WARD, Alan George. The Evidence of Anonymous Witnesses in Criminal Courts: now and into the future, in *The Denning Law Journal*, 2009, vol. 21.

ZACCHÈ, Francesco. Gli effetti della giurisprudenza europea in tema di privilegio contro le autoincriminazioni e diritto al silenzio, in BALSAMO, Antonio; KOSTORIS,

Roberto E. (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Torino, Giappichelli, 2010.

ZACCHÈ, Francesco. Il diritto al confronto nella giurisprudenza europea, in GAITO, Alfredo; CHINNICI, Daniela (a cura di), *Regole europee e processo penale*, Padova, Cedam, 2016.

ZACCHÈ, Francesco. Rimodulazione della giurisprudenza europea sui testimoni assenti, in *Diritto penale contemporaneo*, 17 gennaio 2012, consultabile all'indirizzo internet [www.penalcontemporaneo.it](http://www.penalcontemporaneo.it).

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*, Torino, Feltrinelli, 1992.

ZAGREBELSKY, Vladimiro. Relazione svolta al convegno "Processo penale e giustizia europea" (Torino, 26-27 settembre 2008), in AA. VV., *Processo penale e giustizia europea. Omaggio a Giovanni Conso*. Atti del Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale, Torino, 26-27 settembre, Giuffrè, 2010.

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

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

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

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

### Dados do processo editorial

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

- Recebido em: 23/01/2019
- Controle preliminar e verificação de plágio: 23/01/2019
- Avaliação 1: 28/01/2019
- Avaliação 2: 25/02/2019
- Decisão editorial preliminar: 27/02/2019
- Retorno rodada de correções: 28/02/2019
- Decisão editorial final: 28/02/2019

### Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Editora-associada: 1 (BC)
- Revisores: 2

### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

LONATI, Simone. Un invito a compiere una scelta di civiltà: la Corte europea dei diritti dell'uomo rinunci all'uso della testimonianza anonima come prova decisiva su cui fondare una sentenza di condanna. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 341-388, jan./abr. 2019.  
<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.226>



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

# Prisão cautelar e prazo razoável na jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros

*Pre-trial detention and reasonable time in the Brazilian Superior Courts' jurisprudence*

**Daiana Ryu<sup>1</sup>**

Universidade de São Paulo – São Paulo/SP

daianaryu@gmail.com

 [lattes.cnpq.br/2739671258646549](https://lattes.cnpq.br/2739671258646549)

 [orcid.org/0000-0001-5920-0902](https://orcid.org/0000-0001-5920-0902)

---

**RESUMO:** Considerando-se que a prisão é a medida cautelar mais gravosa do ordenamento jurídico brasileiro e sua aplicação tem sido banalizada pelo Poder Judiciário, ao haver cerca de 40% de presos provisórios nos estabelecimentos prisionais pátrios, tem-se como escopo da presente pesquisa a realização de um diagnóstico sobre o conteúdo das decisões dos Tribunais Superiores pátrios cujo objeto é a análise da razoabilidade da prisão cautelar. Em suma, pretende-se desvelar como são julgados os *habeas corpus* e os recursos ordinários em *habeas corpus* acerca da temática da duração da prisão cautelar, delineando-se o conteúdo de cada decisão e o método empregado para aferição da razoabilidade do prazo da prisão cautelar. Diante dos dados apresentados, conclui-se que há tendência nos Tribunais Superiores pátrios em manter prisões provisórias longas por meio de argumentação genérica, pautada em elementos vagos, o que corrobora certamente com a existência do alto índice de prisões cautelares nos estabelecimentos prisionais brasileiros.

**PALAVRAS-CHAVE:** prazo razoável; prisão cautelar; jurisprudência.

---

<sup>1</sup> Doutoranda e Mestre em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo. Pós-graduada em Direito Penal Econômico pelo Instituto de Direito Penal Econômico Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2017). Possui graduação em Direito pela Universidade de São Paulo (2013). Membro do Corpo de Pareceristas do Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM.

**ABSTRACT:** *Being the pre-trial detention the most severe precautionary measure and considering that the Judiciary has been trivializing its application, by totalizing approximately 40% of provisional prisoners in prisons custody, this present research aims to analyze the Superior Courts decisions when deliberating about the reasonableness of the precautionary prison. In conclusion, it is intended to expose how the precautionary prison duration has been deliberated on writs judgment, analyzing its content, along with the method applied when computing the precautionary prison term reasonableness. According to the statistics presented, the national Superior Courts demonstrate propensity on maintaining extended provisional prison by using generic assertion, validating the precautionary prison significant rate in Brazil.*

**KEYWORDS:** *reasonable time; pre-trial detention; jurisprudence.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. Doutrina do “não-prazo”; 1.1. Prazo razoável nos tratados internacionais de direitos humanos; 1.2. Critérios utilizados para aferição da razoabilidade do prazo da prisão cautelar no âmbito dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos; 1.3. Duração da prisão cautelar no processo penal brasileiro; 2. Metodologia 3. Análise dos julgados selecionados; 3.1. Tipo de instrumento processual, órgão julgador e relator; 3.2. Resultado do julgamento das liminares; 3.3. Pareceres do Ministério Público; 3.4. Resultado do julgamento dos casos; 3.5. Duração da prisão cautelar; 3.6. Tipos penais; 3.7. Critérios utilizados para aferição da razoabilidade do prazo; 4. Algumas notas sobre aferição da razoabilidade do prazo pelos Tribunais Superiores brasileiros; Considerações Finais; Referências.

## INTRODUÇÃO

O processo penal é uma atividade que se desenvolve no tempo, havendo sempre um lapso temporal entre o pedido formulado e a respectiva resposta jurisdicional<sup>2</sup>. Por tal razão, tornou-se necessária a previsão

<sup>2</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 331.

no ordenamento jurídico de medidas com a finalidade de assegurar a utilidade e eficácia<sup>3</sup> do seu provimento final<sup>4</sup>. Entre as diversas medidas cautelares previstas no processo penal brasileiro, a mais gravosa é a prisão provisória, eis que priva o acusado de um dos direitos mais relevantes antes de uma condenação definitiva, qual seja a liberdade.

O aumento significativo do encarceramento provisório no Brasil, tendo chegado a 40% do número total da população prisional brasileira no ano de 2016<sup>5</sup>, e a frequente notícia de prisões cautelares de duração exacerbada nos instigou à realização da presente pesquisa, a qual é fruto de dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito do Largo de São Francisco<sup>6</sup>. Assim, considerando-se que o ordenamento jurídico pátrio adotou a doutrina do “não-prazo”, não tendo previsto em seu bojo prazos máximos para duração do processo penal e da prisão preventiva, relegando-se às mãos do órgão julgador a determinação da razoabilidade/irrazoabilidade da duração da prisão cautelar, pretendeu-se desvelar, por meio deste estudo, o entendimento dos Tribunais Superiores acerca da temática em questão.

Em suma, tem-se como escopo traçar um diagnóstico das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal

---

<sup>3</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 1002. Nessa esteira, explicando a tutela cautelar no âmbito do processo civil, José Roberto dos Santos Bedaque assevera que as medidas cautelares correspondem a “providências destinadas a eliminar os inconvenientes causados pelos efeitos do tempo necessário à plena cognição dos fatos e fundamentos desse suposto direito”. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 85).

<sup>4</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 311.

<sup>5</sup> Cf.: BRASIL. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA). *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen, Junho/2016*. Brasília, 2017, p. 14. Disponível em: <[http://justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/download/outras\\_publicacoes/pagina-3/24levantamento\\_nacional\\_info\\_penitenciarias.pdf/view](http://justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/download/outras_publicacoes/pagina-3/24levantamento_nacional_info_penitenciarias.pdf/view)>. Acesso em: 22 dez. 2017.

<sup>6</sup> RYU, Daiana Santos. *O direito ao desencarceramento do acusado preso cautelarmente, caso não seja julgado no prazo razoável: análise dos critérios utilizados para aferição do excesso de prazo da prisão cautelar na jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

Federal cujo objeto era a aferição da razoabilidade do prazo da prisão cautelar. Desta feita, buscou-se verificar: (i) o conteúdo das decisões dos Tribunais Superiores brasileiros que versam sobre a duração da prisão cautelar, apresentando-se o órgão julgador, o tipo de instrumento processual, relator, tipos penais abrangidos; (ii) como tais Tribunais decidem os *writs* sobre tal matéria, aferindo-se as liminares, a possível influência do Ministério Público por meio de seus pareceres e o resultado do julgamento dos *habeas corpus*/recursos ordinários em *habeas corpus*; e (iii) o método empregado para aferição da razoabilidade do prazo da prisão cautelar.

Para tanto, dividiu-se o presente artigo em quatro tópicos: (1) será realizado breve esboço teórico acerca da doutrina do “não-prazo” no âmbito dos sistemas regionais de proteção de direitos humanos, bem como sobre a duração da prisão cautelar no processo penal brasileiro; (2) discorrer-se-á acerca da metodologia empregada na pesquisa empírica que será apresentada; (3) serão desvelados os resultados obtidos na pesquisa empírica; e (4) far-se-á uma análise acerca da aferição da razoabilidade do prazo da prisão cautelar pelos Tribunais Superiores pátrios.

## 1. DOCTRINA DO “NÃO-PRAZO”

### 1.1. PRAZO RAZOÁVEL NOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Consoante aduz Placido Fernandez-Viagas Bartolome, o processo implica sempre desenvolvimento sucessivo de atos no tempo<sup>7</sup>. Nesse sentido, Daniel Pastor explica que o tempo é “elemento fundamental” do processo<sup>8</sup>, tendo em vista que cada um de seus componentes possui o tempo como elemento constitutivo básico. Considerando-se a inerência da demora ao processo penal, exsurge a necessidade de se assegurar que esta não seja exacerbada, buscando-se evitar dilações indevidas no *iter*

<sup>7</sup> FERNANDEZ-VIAGAS BARTOLOME, Placido. *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*. Madrid: Civitas, 1994, p. 33.

<sup>8</sup> PASTOR, Daniel R. *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho: una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*. Buenos Aires: Ad-Hoc, Konrad - Adenauer Stiftung, 2002, p. 87.

processual<sup>9</sup>. Por tal razão, a garantia da duração razoável da persecução penal tem sido alvo de constante preocupação em discussões no âmbito legislativo e doutrinário.

Diante da relevância da garantia da duração razoável da persecução penal, por meio do fenômeno da expansão dos direitos humanos, principalmente após o advento da Segunda Guerra Mundial, ela passou a ser incluída nos tratados internacionais de direitos humanos, tornando-se uma obrigação do Estado-parte assegurar a sua efetivação<sup>10</sup>.

No sistema regional europeu de direitos humanos, a Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, celebrada em 1950, ampliou de forma significativa os instrumentos tradicionais de proteção da liberdade e da segurança pessoal. Trata-se do primeiro tratado internacional que acolheu expressamente a garantia da duração razoável do processo na forma mais usual de “prazo razoável”<sup>11</sup>, preconizando em seu artigo 6.1 que: “Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela”.

O artigo 5.3, por sua vez, trata especificamente da situação do acusado preso cautelarmente, dispondo que: “Qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, alínea c), do presente artigo deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais e tem direito a ser

---

<sup>9</sup> CHIAVARIO, Mario. *Procedure penali d'europa*: Belgio, Francia, Germania, Inghilterra, Italia. Milano: CEDAM, 2001, p. 510.

<sup>10</sup> GARCÍA-LÚBEN BARTHE, Paloma. El derecho a un proceso en un plazo razonable en el ámbito europeo. Análisis e interpretación del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. In: ARMENTA DEU, Teresa; CALDERÓN CUADRADO, María Pía; OLIVA SANTOS, Andrés de la (coord.). *Garantías fundamentales del proceso penal en el espacio judicial europeo*. Madrid: Colex, 2007, p. 273.

<sup>11</sup> PASTOR, Daniel R. *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho: una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*. Buenos Aires: Ad-Hoc, Konrad - Adenauer Stiftung, 2002, p. 103.

julgada num prazo razoável, ou posta em liberdade durante o processo. A colocação em liberdade pode estar condicionada a uma garantia que assegure o comparecimento do interessado em juízo”.

No sistema regional interamericano de direitos humanos, a Convenção Americana de Direitos Humanos, celebrada em 1959, também trouxe dispositivos específicos acerca da duração do processo e da prisão cautelar. De um lado, o artigo 8.1 abrange o processo de forma ampla, enunciando que: “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

De seu turno, o artigo 7.5 estabelece que: “Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela”.

Embora os diplomas internacionais acima mencionados tenham trazido em seu bojo a garantia da duração razoável, não delimitaram quais seriam os prazos máximos em cada situação por eles tratada. Além disso, não estabeleceram critérios que definissem o momento da dilação indevida<sup>12</sup>, deixando a cargo do Estado-parte a determinação destes.

Ao se omitirem na fixação de prazos máximos para duração do processo e da prisão cautelar, a Convenção Europeia e a Convenção Americana de Direitos Humanos adotaram a denominada “doutrina do não-prazo”<sup>13</sup>. A tarefa de definir tal limite foi deixada, portanto, aos órgãos encarregados da interpretação das convenções na análise dos casos a eles submetidos. No sistema regional europeu, de início, à Comissão

---

<sup>12</sup> NAKAHARADA, Carlos Eduardo Mitsuo. *Prisão preventiva: direito à razoável duração e necessidade de prazo legal máximo*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 45.

<sup>13</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique; LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 39

Europeia, posteriormente, à Corte Europeia de Direitos Humanos. No sistema regional interamericano, à Comissão Americana e à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

## 1.2. CRITÉRIOS UTILIZADOS PARA AFERIÇÃO DA RAZOABILIDADE DO PRAZO DA PRISÃO CAUTELAR NO ÂMBITO DOS SISTEMAS REGIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Diante da ausência da previsão de prazos fixos para duração do processo e da prisão cautelar na Convenção Europeia de Direitos Humanos, ao analisar o caso “Wemhoff v. Alemanha”, no ano de 1968, a Comissão Europeia de Direitos Humanos formulou a doutrina dos sete critérios para aferição da razoabilidade do prazo da prisão cautelar de Karl Heinz Wemhoff, o qual permaneceu preso provisoriamente durante aproximadamente quatro anos<sup>14</sup>.

Em seu parecer, a Comissão fez menção aos seguintes critérios: (i) a duração da detenção em si mesma; (ii) o tempo de prisão preventiva à luz da natureza do delito, da pena cominada e da possível reprimenda a ser aplicada em caso de condenação; (iii) os efeitos da detenção sobre a pessoa do recluso, de ordem moral, material e outros; (iv) a conduta do acusado em relação à fase investigativa e ao processo (ele contribuiu, de qualquer forma, para a demora, ou ainda, ofereceu fiança ou outras garantias para a liberdade provisória?); (v) a dificuldade de investigação do caso, seja em virtude da complexidade da causa, seja pela quantidade de testemunhas ou corréus, ou pelas dificuldades probatórias; (vi) o modo como as investigações foram conduzidas, englobando o sistema investigatório ou condutas das autoridades responsáveis pelo procedimento e (vii) a conduta das autoridades judiciais envolvidas<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Court (Chamber). *Caso Wemhoff v. Alemanha* (Application no 2122/64). Julgado em: 27 de junho de 1968. Disponível em: <

<sup>15</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Court (Chamber). *Caso Wemhoff vs. Alemanha* (Application no 2122/64). Julgado em: 27 de junho de 1968. Disponível em: <

Não obstante o esforço da Comissão Europeia em ver reconhecida a violação à garantia da duração razoável da prisão cautelar, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, rechaçando a doutrina dos sete critérios, não verificou nenhuma violação à Convenção. No entanto, a dificuldade de interpretação do conceito do prazo razoável levou a Corte Europeia de Direitos Humanos a utilizar critérios objetivos para aferição da razoabilidade do prazo nos casos a ela submetidos. Assim, a partir dos anos oitenta, passou a utilizar rol “mais enxuto”<sup>16</sup>, denominado “teoria dos três critérios”, quais sejam: a) complexidade do caso, b) atividade processual do interessado (imputado) e c) conduta das autoridades judiciárias<sup>17</sup>.

Esse rol de critérios foi consolidado no caso “Foti e outros v. Itália”<sup>18</sup>, julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos em 10 de dezembro de 1982<sup>19</sup>. Entretanto, em decisões mais recentes do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, como no caso “Taran v. Ucrânia”<sup>20</sup>, julgado em 2013, nota-se a confirmação do entendimento consolidado na década de 1980<sup>21</sup>, eis que a

<sup>16</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique; LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 40.

<sup>17</sup> Cf. BARTOLE, Sergio; CONFORTI, Benedetto; RAIMONDI, Guido. *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*. Milano: CEDAM, 2001, p. 41; BARRETO, Ireneu Cabral. *A Convenção Europeia de Direitos do Homem – anotada*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2015, A Convenção Europeia de Direitos Humanos, item 4.2.3, posição 77, E-book.

<sup>18</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Court (Chamber). *Caso Foti e outros vs. Itália*. Julgado em: 10 de dezembro de 1982. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["\"CASE OF FOTI AND OTHERS v. ITALY\""\],"sort":\["kpdata Descending"\],"documentcollectionid2":\["JUDGMENTS"\],"itemid":\["001-165168"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>. Acesso em: 03 set. 2017.

<sup>19</sup> PASTOR, Daniel R. *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho: una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*. Buenos Aires: Ad-Hoc, Konrad- Adenauer Stiftung, 2002, p. 153.

<sup>20</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Court (Chamber). *Caso Taran vs. Ucrânia*. Julgado em: 17 de outubro de 2013. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["\"CASE OF TARAN v. UKRAINE\""\],"sort":\["kpdata Descending"\],"documentcollectionid2":\["JUDGMENTS"\],"itemid":\["001-126909"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>. Acesso em: 03 set. 2017.

<sup>21</sup> Cf. BARROS, Flaviane Magalhães. O tempo devido do processo penal e a influência das decisões da CADH no Brasil. In: MALAN, Diogo; PRADO, Geraldo (coord.). *Processo penal e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 67. Entre outros, verificar: Motta v. Itália, julgado em 19 fev. 1991;

Corte, ao aplicar a teoria dos três critérios, entendeu que as circunstâncias do caso não indicavam complexidade que justificasse a demora excessiva do término da persecução penal, tendo condenado a Ucrânia por violação ao artigo 6.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Segundo José Carlos Remotti Carbonell, seguindo o caminho percorrido pela Corte de Estrasburgo, a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em suas manifestações<sup>22</sup>, buscam aplicar a teoria dos três critérios. Assim, realizam uma análise global de cada caso concreto, averiguando, em primeiro lugar, se a causa é complexa ou simples; em segundo lugar, se o comportamento do interessado é protelatório ou diligente e, em terceiro lugar, se as autoridades estatais estão empregando os meios materiais e pessoais adequados e suficientes para o exercício da função jurisdicional<sup>23</sup>.

No que tange à aplicação de cada critério, segundo Ireneu Cabral Barreto, no âmbito do sistema regional europeu de direitos humanos, a complexidade da causa é a circunstância mais invocada para se explicar a delonga do processo, sendo preenchida pelo número de pessoas envolvidas, múltiplas questões de fato ou de direito suscitadas ou pelo seu volume<sup>24</sup>. Referido critério é utilizado para justificar a morosidade processual advinda das particularidades presentes em determinado caso concreto, que podem decorrer tanto dos fatos da causa quanto do direito a ela aplicável<sup>25</sup>.

---

Ruiz Mateos v. Espanha, julgado em 23 Jun. 1993; Kudla v. Polônia, julgado em 26 out. 2000; Kalashnikov v. Rússia, julgado em 15 jul. 2002; Gubkin v. Rússia, julgado em 23 abr. 2009; Yankov v. Bulgária, julgado em 11 mar. 2004; Vayic v. Turquia, julgado em 20 jun. 2006; Riccardi v. Romênia, julgado em 03 abr. 2012; Taran v. Ucrânia, julgado em 17 out. 2013 e Grujović v. Sérvia, julgado em 21 jul. 2015.

<sup>22</sup> Cf. Caso Tibi vs. Equador; Caso Acosta Calderón vs. Equador; Caso López Álvarez vs. Honduras; Caso Bayarri vs. Argentina; Caso Barreto Leiva vs. Venezuela; Caso Suárez Rosero vs. Equador; Caso Genie Lacayo vs. Nicarágua.

<sup>23</sup> CARBONELL, José Carlos Remotti. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Estructura, funcionamiento y jurisprudencia. Barcelona: Instituto Europeo de Derecho, 2013, p. 357-358.

<sup>24</sup> BARRETO, Ireneu Cabral. *A Convenção Europeia de Direitos do Homem* – anotada. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2015, Assim, os interesses relacionados com, item 6.3, posição 37. *E-book*.

<sup>25</sup> Cf. NICOLA, Francesco de Santis di. *Ragionevole durata del processo e rimedio effettivo*. Napoli: Jovene, 2013, p. 168.

Com relação ao comportamento da parte, Gustavo Henrique Badaró e Aury Lopes Júnior aduzem que se trata de assunto com destaque especial na doutrina e na jurisprudência para aferição da duração razoável do processo<sup>26</sup>. Isto porque, no processo penal, há o dilema referente ao equilíbrio entre o direito a não dilação indevida e ao tempo necessário para defesa efetivar as garantias processuais penais que lhe pertencem<sup>27</sup>. Assim, somente restará configurada a violação da garantia da duração razoável do processo, por parte do imputado, se no caso concreto existirem atos manifestamente protelatórios<sup>28</sup>, como por exemplo: a “reiteração de adiamentos de audiências requeridos pela parte, ora em razão de alegação de saúde quando o problema não impede o comparecimento, ora em razão de frequentes trocas de advogados”<sup>29</sup> e “a hipótese de fuga do acusado, impedindo ou retardando o julgamento”<sup>30</sup>.

Quanto à conduta das autoridades judiciárias, vale salientar que considerando a responsabilidade estatal em respeitar as garantias do devido processo penal, as dificuldades que decorrem de fatores estruturais, apresentadas pelo Poder Judiciário e pelos órgãos que compõem o sistema de justiça, não são reconhecidas pelos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos como justificativas idôneas a escusar o Estado de sua obrigação de envidar esforços para garantir a duração razoável da persecução penal<sup>31</sup>. Dessa forma, a precariedade física e a deficiência de pessoal dos órgãos públicos não são aptas a eximir o Estado da efetivação da garantia da duração razoável do processo<sup>32</sup>.

<sup>26</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique; LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 62-63.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 63.

<sup>28</sup> CHIAVARIO, Mario. *Processo e garanzie della persona: le singole garanzie*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1984. v. 2, p. 215

<sup>29</sup> NICOLITT, André Luiz. *A duração razoável do processo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 75.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 75.

<sup>31</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 347-348.

<sup>32</sup> GARCÍA-LÚBEN BARTHE, Paloma. El derecho a un proceso en un plazo razonable en el ámbito europeo. Análisis e interpretación del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. In: ARMENTA DEU, Teresa;

Diante do exposto, importante destacar que, a princípio, a utilização dos critérios parece permitir um “verdadeiro balizamento interpretativo”<sup>33</sup> à doutrina do “não-prazo”. Para Alexandre Morais da Rosa e Sylvio Lourenço da Silveira Filho, o emprego de “standards” na análise de cada caso concreto diminui o arbítrio judicial e possibilita a solução dos problemas referentes ao tema em razão de sua complexidade<sup>34</sup>. No entanto, de outro vértice, Alberto Silva Franco sustenta que através da tentativa de se preencher a ideia de prazo razoável por meio de tais padrões jurisprudenciais, “corre-se o risco de se substituir um conceito um tanto vago por outro de maior vagueza”<sup>35</sup>.

Embora tenha recebido diversas críticas pela doutrina processual nacional e internacional<sup>36</sup>, fato é que o rol de critérios desenvolvido no sistema regional europeu de direitos humanos tem sido aplicado por tribunais de diversos países, tendo, inclusive, servido de influência aos Tribunais Superiores brasileiros, consoante se explanará a seguir.

### 1.3. DURAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Embora a garantia da duração razoável do processo esteja prevista expressamente no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição da República, no sistema jurídico pátrio não foram fixados prazos máximos<sup>37</sup> para a duração da persecução penal e da prisão preventiva.

---

CALDERÓN CUADRADO, María Pía; OLIVA SANTOS, Andrés de la (coord.). *Garantías fundamentales del proceso penal en el espacio judicial europeo*. Madrid: Colex, 2007, p. 284.

<sup>33</sup> ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. *Medidas compensatórias da demora jurisdicional: a efetivação do direito fundamental à duração razoável do processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 46.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 46.

<sup>35</sup> FRANCO, Alberto Silva. Prazo razoável e o estado democrático de direito. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 13, n. 152, p. 6-7, jul. 2005, p. 7.

<sup>36</sup> Por exemplo: PASTOR, Daniel R. *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho: una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*. Buenos Aires: Ad-Hoc, Konrad-Adenauer Stiftung, 2002, p. 167

<sup>37</sup> FRANCO, Alberto Silva. Prazo razoável e o estado democrático de direito. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 13, n. 152, p. 6-7, jul. 2005, p. 6.

Assim, tendo nosso sistema adotado a “doutrina do não-prazo”, ficou a cargo do órgão julgador a delimitação da razoabilidade do prazo em cada caso concreto.

Em razão de tal lacuna legislativa, antes da reforma do Código de Processo Penal em 2008, a jurisprudência pátria por muito tempo utilizou a denominada “regra dos 81 dias”. A partir da soma dos prazos para a prática dos diversos atos que compunham a persecução penal até a sentença de primeiro grau, foi estabelecido o prazo de 81 (oitenta e um) dias para o encerramento da instrução criminal de processos que envolvessem réus presos<sup>38</sup>. Caso este período fosse superado, estando o acusado preso e ainda não tivesse sido prolatada a sentença de primeiro grau, o excesso de prazo estaria configurado, impondo-se sua soltura, por exemplo, por meio de *habeas corpus*, nos termos do artigo 648, inciso II, do Código de Processo Penal<sup>39</sup>.

Importante destacar que o critério dos 81 (oitenta e um) dias, segundo leciona Antonio Scarance Fernandes, de forma gradativa, passou a admitir exceções, tais como: (i) o tempo de oitenta e um dias era exigível apenas para o encerramento da instrução criminal; (ii) a justificação do excesso de prazo em razão de vários motivos (grande número de acusados, complexidade da causa, necessidade de expedição de cartas precatórias, instauração de incidentes mentais); (iii) a declaração da inexistência de constrangimento ilegal quando o excesso correspondesse a diligências de interesse da defesa; (iv) a afirmação de que o excesso deveria ser averiguado em cada caso concreto de acordo com um critério de razoabilidade<sup>40</sup>. Dessa forma, referido período foi sendo relegado à condição de marco para a verificação do excesso, sendo que sua superação não significava, por si

<sup>38</sup> O critério dos 81 dias englobava a soma dos seguintes prazos: inquérito – 10 dias (art. 10); denúncia – 5 dias (art. 46); defesa prévia – 3 dias (art. 395); inquirição de testemunhas – 20 dias (art. 401); requerimento de diligências – 2 dias (art. 499); prazo para despacho do requerimento: 10 dias (art. 499); alegações das partes: 6 dias (art. 500); diligências *ex officio*: 5 dias (art. 502); sentença: 20 dias (art. 502, c.c. art. 800, §3º).

<sup>39</sup> Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique; LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 102.

<sup>40</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 125.

só, o constrangimento ilegal, o qual deveria ser aferido em cada caso concreto à luz do critério da razoabilidade<sup>41</sup>.

No mais, o critério dos 81 (oitenta e um) dias tornou-se obsoleto com a reforma do Código de Processo Penal, realizada pela Lei nº 11.719/2008<sup>42</sup>, a qual uniformizou os procedimentos penais, modificando os prazos para realização dos atos processuais, os quais passaram a variar entre 105 (cento e cinco) e 125 (cento e vinte e cinco) dias, podendo ser ampliados em razão dos incidentes processuais<sup>43</sup>. A partir de tal reforma, a jurisprudência passou a se desvencilhar ainda mais da orientação de se considerar como parâmetro para a duração da prisão cautelar os prazos estabelecidos pelo legislador para o término da instrução criminal<sup>44</sup>.

Nessa linha, Andrey Borges de Mendonça assevera que a contagem dos prazos foi sendo relativizada pela jurisprudência, passando-se a considerar que a mera contagem aritmética dos prazos não seria suficiente, sendo necessário analisar a questão segundo as circunstâncias do caso concreto e o princípio da razoabilidade<sup>45</sup>. Nessa senda, no HC

---

<sup>41</sup> Sobre a noção de razoabilidade, compartilhamos da visão apresentada por Thaís Aroca Datcho Lacava: embora alguns autores afirmem que proporcionalidade e razoabilidade se confundam, “a noção de razoabilidade é mais ampla, contendo em si a ideia de justiça, sendo que cada país desenvolveu uma linha de pensamento de forma a fixar os contornos deste princípio. Só o que é proporcional será razoável, porque pode não ser adequado ou necessário para alcançar um determinado fim. É o que conclui PIMENTA OLIVEIRA, referindo que a análise da razoabilidade pode ser aferida com base e outros instrumentos, além da proporcionalidade, o que demonstra que esta teria um âmbito um pouco mais ampliado em relação à proporcionalidade”. (LACAVA, Thaís Aroca Datcho. *A garantia da duração razoável da persecução penal*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 92)

<sup>42</sup> NAKAHARADA, Carlos Eduardo Mitsuo. *Prisão preventiva: direito à razoável duração e necessidade de prazo legal máximo*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 120.

<sup>43</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011, p. 301.

<sup>44</sup> SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 495.

<sup>45</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011, p. 302.

nº 413.384/SP, julgado em 10 de outubro de 2017, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça asseverou que:

(...) quanto ao apontado excesso de prazo na formação da culpa, ressalta-se que os prazos processuais não possuem características de fatalidade e de improrrogabilidade, não se ponderando mera soma aritmética de tempo para os atos processuais. A propósito, esta Corte Superior firmou jurisprudência no sentido de se considerar o juízo de razoabilidade para eventual constatação de constrangimento ilegal ao direito de locomoção decorrente de excesso de prazo (...)<sup>46</sup>

Destaque-se que os Tribunais Superiores pátrios, diante da ausência de prazos máximos na legislação brasileira para a duração da persecução penal e da prisão cautelar, à luz da razoabilidade, vêm adotando a aplicação de critérios em cada caso concreto. Em especial, têm lançado mão dos critérios da complexidade da causa, do comportamento da parte e da conduta das autoridades judiciárias, a fim de verificar se houve ou não constrangimento ilegal motivado pelo excesso de prazo da custódia provisória<sup>47</sup>. Assim, passaram a considerar os prazos eventualmente fixados na legislação pátria como simples referencial<sup>48</sup>, entendendo que não configura constrangimento ilegal a dilação desse prazo para a conclusão da instrução do processo nos casos justificados por meio do “critério da razoabilidade”<sup>49</sup>.

## 2. METODOLOGIA

No presente item, será apresentada a metodologia utilizada na colheita e na análise dos dados<sup>50</sup> aqui estudados. Considerando-se que a estatística

<sup>46</sup> STJ, HC nº 413.384-SP, Quinta Turma, Relator: Min. Felix Fischer, J. 10/10/2017.

<sup>47</sup> Nesse sentido, conferir: GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 479.

<sup>49</sup> BÁRTOLI, Márcio Orlando. O critério da razoabilidade (jurisprudência comentada). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 1, n. 3, p. 184-187, jul./set. 1993.

<sup>50</sup> Nessa senda, importa consignar que a metodologia tem como função: “ajudar o analista a refletir para adaptar o mais possível seus métodos, as modalidades

revela com maior precisão os resultados que se pretende expor, por meio da análise quantitativa, buscar-se-á aferir o conteúdo das decisões dos Tribunais Superiores pátrios cujo objeto corresponda à alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo da prisão cautelar. Desta feita, pretende-se analisar estatisticamente: (i) resultado do julgamento das liminares; (ii) teor dos pareceres do Ministério Público; (iii) resultado do julgamento dos casos analisados; (iv) duração da prisão cautelar; (v) tipos penais e (vi) critérios utilizados para aferição da razoabilidade do prazo da prisão cautelar.

Para a realização desta pesquisa empírica, tendo em vista ser inviável analisar todas as decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal acerca do tema aqui proposto, foi necessária a formação de uma amostra. Assim, por meio da seleção de determinada parcela das decisões dos Tribunais Superiores brasileiros sobre a aferição da razoabilidade do prazo da prisão cautelar é que o presente estudo se desenvolverá.

Segundo Juliana Bonacorsi Palma, Marina Feferbaum e Victor Marcel Pinheiro, para conferir um maior direcionamento à pesquisa de jurisprudência deve-se lançar mão dos “recortes jurisprudenciais”<sup>51</sup>. Estes correspondem a todas as estratégias para delimitação do tema, sendo que os mais recorrentes são os institucionais, temáticos, processuais e os temporais<sup>52</sup>, os quais serão utilizados na tarefa de melhor restringir a amostra do presente estudo.

Em relação ao recorte institucional, justifica-se a escolha das decisões do Supremo Tribunal Federal<sup>53</sup> e do Superior Tribunal de Jus-

---

de amostragem e a natureza dos dados, ao objeto de sua pesquisa em vias de construção”. (PIRES, Álvaro. Amostragem e pesquisa qualitativa: ensaios teóricos e metodológicos. In: POUPART, Jean; DESLAURIERS, Jean-Pierre; GROULX, Lionel-H; LAPERRIERE, Anne; MAYER, Robert; PIRES, Alvaro (org.). *A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos*. Tradução Ana Cristina Nasser. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 156)

<sup>51</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de; FEFERBAUM, Marina; PINHEIRO, Victor Maciel. Meu trabalho precisa de jurisprudência? Como posso utilizá-la? In: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. FEFERBAUM, Marina (Coord.). *Metodologia jurídica: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 144.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 144.

<sup>53</sup> Para Miguel Reale, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal “tem mais força, porquanto, aos poucos, os juízes vão se ajustando aos julgados dos

tiça, eis que correspondem, respectivamente, ao órgão com competência precípua de guardar a Constituição Federal, nos termos do artigo 102, da Constituição da República de 1988<sup>54</sup>, cabendo-lhe a função de órgão cúpula do Poder Judiciário<sup>55</sup> e ao órgão que tem como atribuição principal “o controle da inteireza positiva, da autoridade e da uniformidade de interpretação da lei federal”<sup>56</sup>, nos termos do artigo 105, inciso III, alíneas “a”, “b” e “c”, da Constituição da República de 1988. Assim, tendo em vista a relevância dessas Cortes na uniformização da jurisprudência pátria, influenciando os tribunais locais, de rigor a análise de suas decisões para verificação da aplicação da doutrina do “não-prazo” em âmbito nacional.

Considerando que o recorte temático corresponde à própria delimitação do tema<sup>57</sup>, conforme já explicitado, o foco será a pesquisa das decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça quanto à aferição da razoabilidade do prazo da prisão cautelar.

No que tange ao recorte temporal, a escolha foi baseada no marco representado pela inserção da garantia da duração razoável do processo na Constituição da República de 1988, de forma expressa, por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004<sup>58</sup>. Isto porque a reforma por ela efetuada, entre outros objetos, teve como escopo introduzir um dispositivo que proporcionasse celeridade, eficiência e segurança ao Poder Judiciário<sup>59</sup>. Ainda que tal garantia já estivesse presente no ordenamento jurídico

---

órgãos superiores”. (REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 174)

<sup>54</sup> Dispõe o *caput* do artigo 102, da Constituição da República de 1988: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição (...)”.

<sup>55</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 559.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 573.

<sup>57</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de; FEFERBAUM, Marina; PINHEIRO, Victor Maciel. Meu trabalho precisa de jurisprudência? Como posso utilizá-la? In: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. FEFERBAUM, Marina (Coord.). *Metodologia jurídica: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 145.

<sup>58</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 79.

<sup>59</sup> Segundo a Exposição de Motivos da Emenda Constitucional nº 45/2004, por meio de diagnóstico realizado sobre o Poder Judiciário nacional: “a Justiça brasileira é cara, morosa e eivada de senões que são obstáculos a que

brasileiro por força da incorporação da Convenção Americana de Direitos Humanos, a inclusão do inciso LXXVIII no artigo 5º da Constituição da República tornou inequívoco o seu *status* constitucional<sup>60</sup>.

Assim, considerando-se a data do início da vigência de referida emenda, foi escolhido como marco inicial do espaço amostral o dia 30/12/2004. De outro lado, tendo em vista o objetivo de se demonstrar a evolução interpretativa da jurisprudência dos Tribunais Superiores pátrios quanto à aplicação dos critérios utilizados para aferição da razoabilidade do prazo, bem como a necessidade de se trazer um panorama atual das decisões proferidas por tais Cortes, foi determinada a data de 30/12/2016 como marco final desta pesquisa empírica.

Com relação ao recorte processual, por meio do qual se elege um instrumento processual específico para ser trabalhado na pesquisa<sup>61</sup>, optou-se utilizar as decisões proferidas em sede de *habeas corpus* e de recursos ordinários constitucionais em *habeas corpus*. Essa escolha justifica-se em razão da delimitação do tema aqui tratado, abrangendo, portanto, somente casos em que há restrição da liberdade do acusado.

Delimitados os recortes jurisprudenciais, faz-se necessário explicitar as palavras-chave que nortearam a pesquisa dos acórdãos. Assim, no campo “Pesquisa livre” dos sítios eletrônicos do Supremo Tribunal Federal<sup>62</sup> e do Superior Tribunal de Justiça<sup>63</sup>, foi inserida a expressão

---

os jurisdicionados recebam a prestação que um Estado democrático lhe deve”. (CÂMARA DOS DEPUTADOS. Exposição dos motivos da Emenda nº 45/2004. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emcon/2004/emendaconstitucional-45-8-dezembro-2004-535274-exposicao-demotivos-149264-pl.html>>. Acesso em: 31 out. 2017)

<sup>60</sup> KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. *A razoável duração do processo*. 2. ed. Salvador: Juspodivum, 2013, p. 47.

<sup>61</sup> PALMA, Juliana Bonacorsi de; FEFERBAUM, Marina; PINHEIRO, Victor Maciel. Meu trabalho precisa de jurisprudência? Como posso utilizá-la? In: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. FEFERBAUM, Marina (Coord.). *Metodologia jurídica: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 146.

<sup>62</sup> Cumpre asseverar que a coleta dos acórdãos da presente pesquisa foi realizada entre os dias 05 e 10 de março de 2017, no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>.

<sup>63</sup> A coleta dos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça foi realizada entre os dias 11 e 20 de março de 2017, no sítio eletrônico: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>.

“prisão e prazo e razoável”<sup>64</sup>, limitando-se o período em 30/12/2004 a 30/12/2016. Para conferir maior abrangência à pesquisa, optou-se por não qualificar a prisão como “cautelar” ou “provisória”, visando-se a abranger as prisões em flagrante que se perpetuavam durante o processo, antes da reforma do Código de Processo Penal realizada pela Lei nº 12.403/2011.

Ao final desse procedimento de busca nos endereços eletrônicos dos Tribunais Superiores pátrios, obteve-se o seguinte resultado: 244 (duzentos e quarenta e quatro) acórdãos prolatados pelo Supremo Tribunal Federal e 809 (oitocentos e nove) acórdãos prolatados pelo Superior Tribunal de Justiça. Assim, a pesquisa abrangeu o número total de 1.053 (mil e cinquenta e três) acórdãos.

Considerando-se que a escolha dos julgados não deve se esgotar com os resultados fornecidos pela pesquisa *online* de um tribunal, consoante aduz Rafael Mafei Rabelo Queiroz, é preciso examinar a pertinência dos resultados gerados pelo sistema<sup>65</sup>. Desse modo, do número total de acórdãos encontrados foi necessário o descarte de alguns julgados que não interessavam aos fins deste trabalho, quais sejam: (i) aqueles que não correspondiam ao julgamento de *habeas corpus* e a recurso ordinário em *habeas corpus*; (ii) aqueles que não tinham como escopo a aferição da razoabilidade do prazo da prisão cautelar; (iii) os casos em que o paciente não estivesse preso; (iv) os casos em que a ordem foi julgada prejudicada, sem que houvesse sido discutido o tema do excesso de prazo; e (v) os casos em que não foi discutida matéria de direito penal.

Dessa forma, tendo em vista a exclusão dos casos supramencionados, o espaço amostral do presente trabalho consolidou-se no número

---

<sup>64</sup> Após diversas tentativas na formulação de palavras-chaves, reputou-se que a expressão “prisão e prazo e razoável” foi a melhor opção para esta pesquisa, eis que abarcou o maior número de casos relativos ao tema aqui tratado, contribuindo para a formação de uma amostra que representasse de modo mais verossímil o entendimento firmado pelos Tribunais Superiores brasileiros, embora se reconheça a possibilidade da existência de julgados que não foram disponibilizados no *site*.

<sup>65</sup> QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *Monografia jurídica: passo a passo*. São Paulo: Método, 2015, p. 102.

de 944 (novecentos e quarenta e quatro) acórdãos, que integraram efetivamente o banco de dados da pesquisa quantitativa<sup>66</sup>.

### 3. ANÁLISE DOS JULGADOS SELECIONADOS

#### 3.1. TIPO DE INSTRUMENTO PROCESSUAL, ÓRGÃO JULGADOR E RELATOR

No que tange ao Superior Tribunal de Justiça, cumpre salientar que dos 737 (setecentos e trinta e sete) acórdãos selecionados, 595 (quinhentos e noventa e cinco) correspondem a *habeas corpus* e 142 (cento e quarenta e dois) a recursos ordinários em *habeas corpus*. Desse conjunto, 511 (quinhentos e onze) foram julgados pela Quinta Turma, ou seja, 69% dos casos analisados e 226 (duzentos e vinte e seis) foram apreciados pela Sexta Turma, ou seja, 30% de tal montante.

De se consignar que no período aqui considerado, qual seja de 30/12/2004 a 30/12/2016, aferiu-se que 22 (vinte e dois) ministros participaram da relatoria do julgamento dos casos na Quinta Turma e que 21 (vinte e um) foram relatores no julgamento dos casos na Sexta Turma. Assim, 43 (quarenta e três) ministros foram responsáveis pela relatoria dos casos selecionados no presente trabalho, do que se pode inferir, *prima facie*, a possibilidade de se examinar as diversas linhas interpretativas dessa Corte.

Quanto ao Supremo Tribunal Federal, dos 207 (duzentos e sete) acórdãos selecionados, 198 (cento e noventa e oito) correspondem a *habeas corpus* e 09 (nove) a recursos ordinários em *habeas corpus*. Do total da amostra, 109 (cento e nove) foram julgados pela Primeira Turma, ou seja, 52% dos casos, e 97 (noventa e sete) foram apreciados pela Segunda Turma, ou seja, 46% de tal montante. Por fim, 01 (um) acórdão foi julgado pelo Órgão Pleno do Supremo Tribunal Federal<sup>67</sup>.

---

<sup>66</sup> Importante deixar claro que apesar de que, *prima facie*, o número de 944 (novecentos e quarenta e quatro) acórdãos pareça elevado, ao longo da pesquisa, chegou-se à conclusão de que as decisões, tanto do Superior Tribunal de Justiça quanto do Supremo Federal, são bastante padronizadas, principalmente em relação ao relator, o que tornou factível a análise desse espaço amostral.

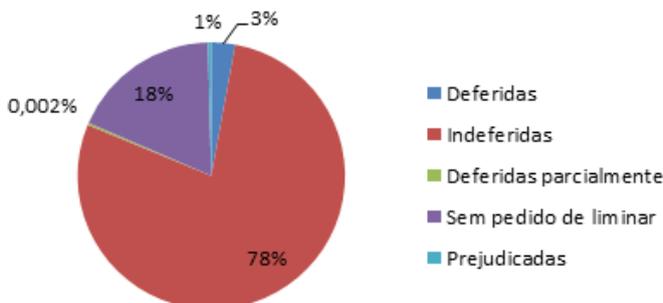
<sup>67</sup> HC 85237/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, J. 17/03/2005.

No que tange à relatoria dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal, ao longo do período analisado, qual seja, de 30/12/2004 a 30/12/2016, verificou-se que 12 (doze) ministros participaram da relatoria do julgamento dos casos na Primeira Turma e que 12 (doze) foram relatores no julgamento dos casos na Segunda Turma. Assim, considerando a participação de alguns ministros como relatores em casos julgados nas duas Turmas, 18 (dezoito) ministros foram responsáveis pela relatoria dos casos selecionados no presente trabalho.

### 3.2. RESULTADO DO JULGAMENTO DAS LIMINARES

No que tange às liminares<sup>68</sup> julgadas pelo Superior Tribunal de Justiça, verificou-se que em 572 (quinhentos e setenta e dois) acórdãos, o tribunal indeferiu-as, o que representa 78% do número total de casos analisados. Ademais, verificou-se que apenas 21 (vinte e uma) liminares foram deferidas, o que corresponde a somente 3% desse montante, consoante se verifica do gráfico abaixo:

GRÁFICO 01 - Liminares (Superior Tribunal de Justiça)



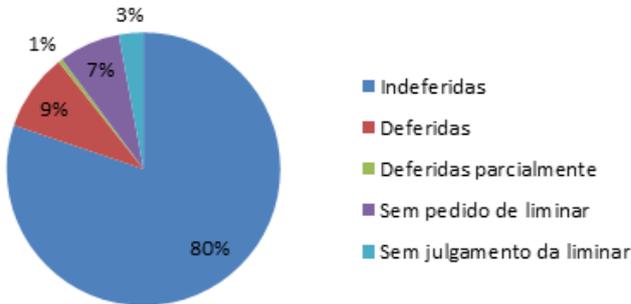
Fonte: RYU, Daiana Santos. *O direito ao desencarceramento do acusado preso cautelarmente, caso não seja julgado no prazo razoável: análise dos critérios utilizados para*

<sup>68</sup> De todos os casos analisados, não foi possível obter a informação relativa ao julgamento da liminar em 03 (três) acórdãos: RHC 28135/PI, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, J. 07/12/2010; RHC 28135/PI, Quinta Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, J. 02/12/2010; RHC 25099/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, J. 22/06/2010.

aferição do excesso de prazo da prisão cautelar na jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 220.

Com relação à apreciação das liminares<sup>69</sup> pelo Supremo Tribunal Federal, verificou-se que em 166 (cento e sessenta e seis) casos, tal Corte indeferiu-as, o que representa 80% do número total dos casos analisados, índice próximo ao do Superior Tribunal de Justiça (78%). De outro lado, 19 (dezenove) liminares foram deferidas em tal período, o que corresponde a 9%, percentagem superior ao da outra Corte aqui analisada.

GRÁFICO 02 - Liminares (Supremo Tribunal Federal)



Fonte: RYU, Daiana Santos. *O direito ao desencarceramento do acusado preso cautelarmente, caso não seja julgado no prazo razoável: análise dos critérios utilizados para aferição do excesso de prazo da prisão cautelar na jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 278.

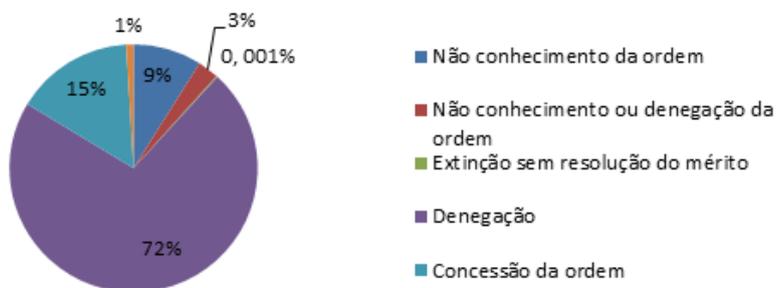
Em regra, verificou-se que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal apresentaram certa resistência em deferir as liminares dos casos a eles submetidos. Dos 944 (novecentos e quarenta e quatro) acórdãos aqui analisados, apenas em 40 (quarenta) casos houve o deferimento da liminar, fração ínfima em relação ao universo aqui considerado.

<sup>69</sup> De todos os casos analisados, não foi possível obter a informação relativa à liminar em 01 (um) julgado: RHC 127757/DF, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, J. 02/06/2015.

### 3.3. PARECERES DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Quanto à atuação do Ministério Público<sup>70</sup> como *custos legis*, em 65 (sessenta e cinco) acórdãos, ou seja, em 9% do número total de casos analisados, opinou pelo não conhecimento da ordem. Em 523 (quinhentos e vinte e três), pela denegação da ordem<sup>71</sup>, o que corresponde a 72%. De outro lado, em 112 (cento e doze) acórdãos, opinou pela concessão da ordem<sup>72</sup>, o que equivale a 15%, consoante se verifica do gráfico abaixo:

GRÁFICO 03 - Pareceres do Ministério Público (Superior Tribunal de Justiça)



Fonte: RYU, Daiana Santos. *O direito ao desencarceramento do acusado preso cautelarmente, caso não seja julgado no prazo razoável: análise dos critérios utilizados para aferição do excesso de prazo da prisão cautelar na jurisprudência dos Tribunais*

<sup>70</sup> Cumpre esclarecer, de início que em 09 (nove) casos não foi possível aferir o teor da manifestação do Ministério Público: RHC 68521/BA, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, J. 20/10/2016; HC 350562 / CE, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, J. 07/04/2016; HC 311933/CE, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, J. 30/06/2015; HC 300328/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, J. 18/06/2015; HC 281741/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza Rocha de Assis Moura, J. 05/05/2015; HC 286855/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Moura Ribeiro, J. 08/04/2014; HC 214663/MS, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, J. 07/05/2013; HC 65295/PE, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, J. 05/12/2006; HC 39481/BA, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, J. 12/04/2005.

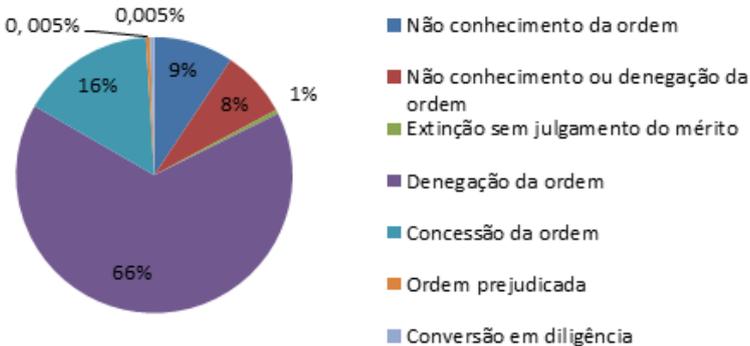
<sup>71</sup> O termo “denegação da ordem” foi utilizado na tabela de forma ampla, pois engloba os casos de conhecimento parcial e denegação, conhecimento parcial e improvidamento do recurso, e improvidamento do recurso.

<sup>72</sup> O termo “concessão da ordem” foi utilizado na tabela de forma ampla, pois engloba os casos de concessão da ordem, concessão de ofício, concessão parcial, conhecimento parcial e concessão da ordem, conhecimento parcial e provimento do recurso, provimento do recurso e provimento parcial do recurso.

Superiores brasileiros. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 221.

No tocante a tal aspecto nas decisões do Supremo Tribunal Federal, de se anotar que, em mais da metade dos casos<sup>73</sup>, o Ministério Público opinou pela denegação da ordem<sup>74</sup>, totalizando o número de 136 (cento e trinta e seis) acórdãos, ou seja, 66%. Em contrapartida, em 32 (trinta e dois) casos<sup>75</sup>, houve parecer pela concessão da ordem, o que corresponde a 16% dos casos, consoante se verifica do gráfico abaixo:

GRÁFICO 04 - Pareceres do Ministério Público (Supremo Tribunal Federal)



Fonte: RYU, Daiana Santos. *O direito ao desencarceramento do acusado preso cautelarmente, caso não seja julgado no prazo razoável: análise dos critérios utilizados para aferição do excesso de prazo da prisão cautelar na jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 279.

<sup>73</sup> Em 03 (três) casos não foi possível aferir o teor da manifestação do Ministério Público: RHC 127757/DF, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, J. 02/06/2015; HC 113611/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, J. 26/06/2012; HC 87550/BA, Primeira Turma, Rel. Min. Menezes Direito, J. 04/03/2008.

<sup>74</sup> O termo “denegação da ordem” foi utilizado na tabela de forma ampla, pois engloba os casos de conhecimento parcial e denegação, conhecimento parcial e improvemento do recurso, e improvemento do recurso.

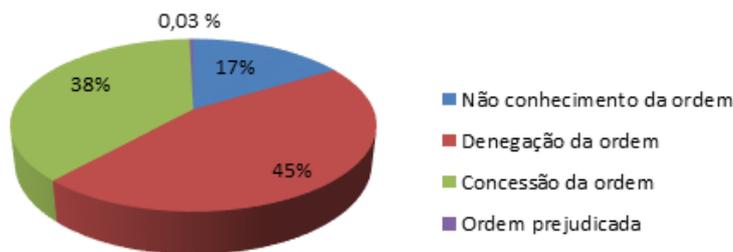
<sup>75</sup> O termo “concessão da ordem” foi utilizado na tabela de forma ampla, pois abarca os casos de concessão da ordem, concessão de ofício, concessão parcial, conhecimento parcial e concessão da ordem, conhecimento parcial e provimento do recurso, provimento do recurso e provimento parcial do recurso.

Em linhas gerais, averiguou-se que o Ministério Público assumiu posição contrária ao desencarceramento do acusado preso cautelarmente, opinando pela manutenção da custódia cautelar na maioria dos casos aqui analisados. Em relação ao espaço amostral aqui analisado, somente em 135 (cento e trinta e cinco) casos, o *Parquet* ofereceu parecer pela concessão da ordem. Considerando-se o resultado supramencionado, cabe o questionamento quanto ao efetivo papel exercido pelo Ministério Público na análise do remédio constitucional aqui estudado, eis que sua atuação se aproxima mais do papel de órgão acusador do que de *custos legis*<sup>76</sup>.

### 3.4. RESULTADO DO JULGAMENTO DOS CASOS

Com relação ao resultado do julgamento, cabe apontar que do número total de acórdãos, em 121 (cento e vinte e um), ou seja, em 17%, o Superior Tribunal de Justiça decidiu pelo não conhecimento da ordem. Em 334 (trezentos e trinta e quatro), o que equivale a 45%, decidiu pela denegação da ordem. Por fim, em 279 (duzentos e setenta e nove), ou seja, em 38%, houve a concessão da ordem, consoante se verifica do gráfico abaixo:

**GRÁFICO 05** - Resultado do julgamento dos casos analisados (Superior Tribunal de Justiça)



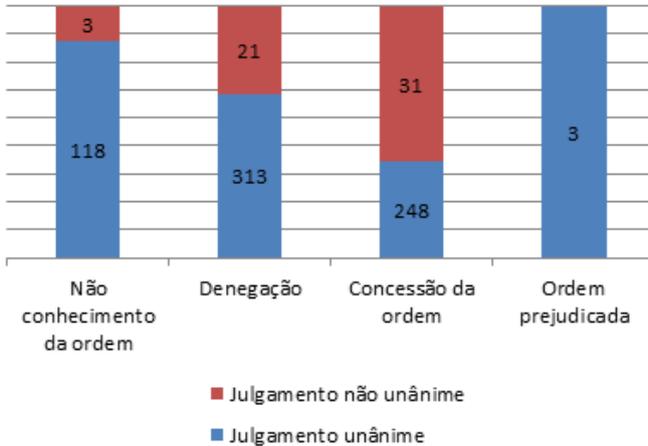
Fonte: RYU, Daiana Santos. *O direito ao desencarceramento do acusado preso cautelarmente, caso não seja julgado no prazo razoável: análise dos critérios utilizados para*

<sup>76</sup> Tal constatação entra em conflito com o quanto já asseverado pelo Ministro Ayres Britto no julgamento do HC 102.732/2010, no qual afirmou que, em relação ao *habeas corpus*, o Ministério Público “se posiciona de forma imparcial, não sendo defensor de qualquer uma das partes”. Sobre o papel do Ministério Público como *custos legis*, ver: MAZZILLI, Hugo Nigro. A atuação do Ministério Público na segunda instância. *Justitia*, São Paulo, v. 67, n. 201, p. 223-228, jan./dez. 2010.

aferição do excesso de prazo da prisão cautelar na jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 222.

Nesse passo, cabe apontar que dos 737 (setecentos e trinta e sete) acórdãos do banco de dados, em 682 (seiscentos e oitenta e dois), houve julgamento por unanimidade, ou seja, em 92%, sendo que em 248 (duzentos e quarenta e oito) casos no sentido da concessão da ordem. Em 431 (quatrocentos e trinta e um), houve julgamento unânime pela denegação ou não conhecimento da ordem e em 03 (três) casos, considerou-se a ordem prejudicada. Ressalte-se que ao passo que em 24 (vinte e quatro) casos houve divergência entre os Ministros para a denegação ou não conhecimento da ordem, em 31 (trinta e um) casos, o julgamento para a concessão da ordem não foi unânime, consoante se vislumbra do gráfico abaixo:

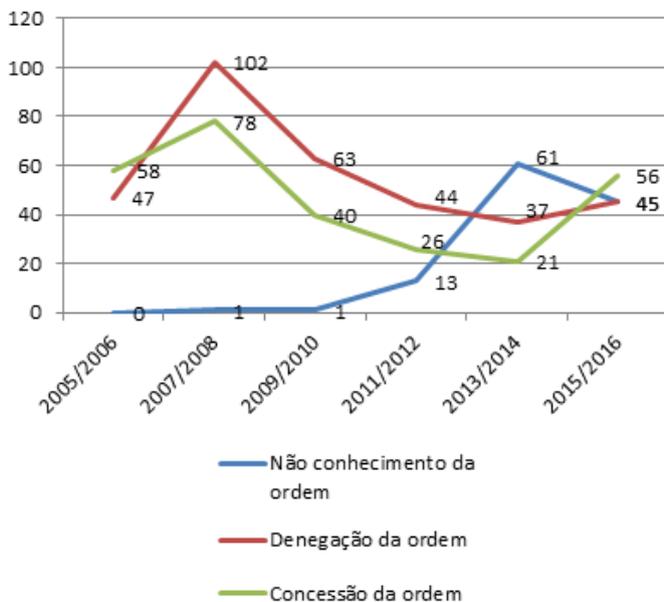
GRÁFICO 06 - Placar do julgamento dos casos analisados (Superior Tribunal de Justiça)



Fonte: RYU, Daiana Santos. *O direito ao desencarceramento do acusado preso cautelarmente, caso não seja julgado no prazo razoável: análise dos critérios utilizados para aferição do excesso de prazo da prisão cautelar na jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 223.

De outro giro, importante verificar a evolução das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça ao longo do período estudado. Para tanto, reputou-se conveniente o agrupamento dos acórdãos em biênios:

**GRÁFICO 07** - Resultado do julgamento dos casos analisados pelo Superior Tribunal de Justiça no período de 2005 a 2016



Fonte: RYU, Daiana Santos. *O direito ao desencarceramento do acusado preso cautelarmente, caso não seja julgado no prazo razoável: análise dos critérios utilizados para aferição do excesso de prazo da prisão cautelar na jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 223.

Consoante o gráfico acima exposto, verifica-se que houve crescimento do número de concessões da ordem de *habeas corpus* nos últimos biênios, eis que em 2013/2014, foram concedidas 21 (vinte e uma) ordens de *habeas corpus*, enquanto que em 2015/2016, foram deferidos 56 (cinquenta e seis) *writs*. Além disso, de se destacar que ao passo que houve um decréscimo no número de denegações e concessões

entre os biênios de 2011/2012 e 2013/2014, houve crescimento no número de acórdãos que tiveram como resultado o “não conhecimento da ordem”. Tal fenômeno explica-se na alteração do entendimento dos Tribunais Superiores pátrios, principalmente a partir do ano de 2012<sup>77</sup>, que passaram a restringir o uso do *habeas corpus*, tendo firmado a posição no sentido da impossibilidade de impetração de tal remédio quando previsto no ordenamento jurídico brasileiro recurso próprio que vise a atacar a decisão alvo do *writ*<sup>78</sup>. No entanto, apesar de não conhecerem a ordem de *habeas corpus*, recorrentemente, os Tribunais Superiores examinam o caso concreto a fim de verificar a ocorrência do constrangimento ilegal<sup>79</sup>.

Do número total dos julgados analisados, o Supremo Tribunal Federal decidiu pelo não conhecimento da ordem em 08 (oito) casos, ou seja, em 4%. Em 14 (quatorze), decidiu pela extinção do julgamento sem resolução do mérito, o que equivale a 7% dos casos. Em 111 (cento e onze) acórdãos, decidiu pela denegação da ordem<sup>80</sup>, o que equivale a 54% do total dos julgados, aproximadamente 8% a mais que o Superior Tribunal de Justiça. Em contrapartida, em 71 (setenta e um) casos, ou seja, em 34%, decidiu pela concessão da ordem<sup>81</sup>, aproximadamente 4% a menos que o Superior Tribunal de Justiça, consoante se pode notar do gráfico abaixo:

---

<sup>77</sup> Cf.: STF, HC 109.956/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio. J. 07/08/2012.

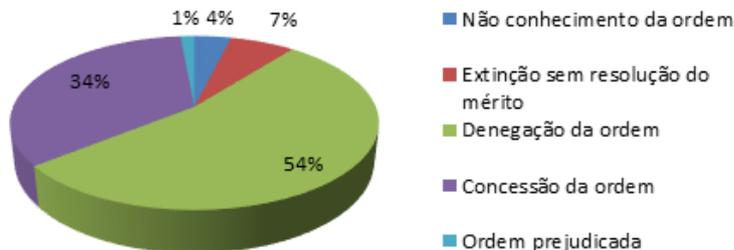
<sup>78</sup> FONSECA, Tiago Abud da; MENDONÇA, Henrique Guelber de. O Supremo Tribunal Federal, a restrição ao *habeas corpus* e o marido traído. *Boletim IBC-CRIM*, São Paulo, v. 21, n. 244, p. 11-12, mar. 2013.

<sup>79</sup> Como exemplo, conferir: HC 372358/CE, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, J. 15/12/2016.

<sup>80</sup> Também vale esclarecer que o termo “denegação da ordem” foi utilizado na tabela de forma ampla, pois engloba os casos de conhecimento parcial e denegação, conhecimento parcial e improvemento do recurso, e improvemento do recurso.

<sup>81</sup> Novamente, cabe ressaltar que o termo “concessão da ordem” foi utilizado de maneira ampla, eis que o número apresentado abrange: casos de concessão da ordem, concessão de ofício, concessão parcial, conhecimento parcial e concessão da ordem, conhecimento parcial e provimento do recurso, não conhecimento, mas concessão de ofício e provimento do recurso.

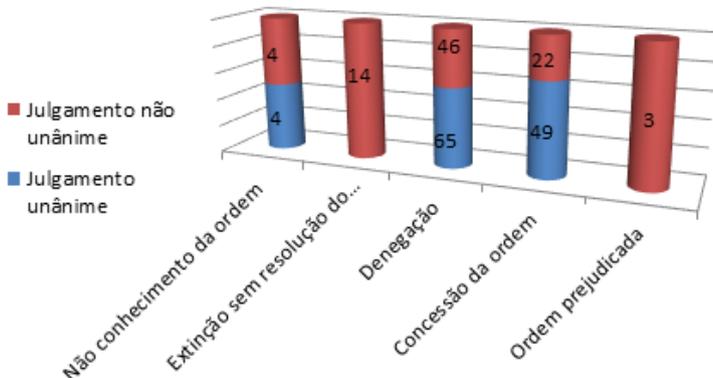
**GRÁFICO 08 - Resultado do julgamento dos casos analisados (Supremo Tribunal Federal)**



Fonte: RYU, Daiana Santos. *O direito ao desencarceramento do acusado preso cautelarmente, caso não seja julgado no prazo razoável: análise dos critérios utilizados para aferição do excesso de prazo da prisão cautelar na jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 280.

Frise-se que dos 207 (duzentos e sete) acórdãos do banco de dados, em 118 (cento e dezoito), houve julgamento por unanimidade, ou seja, em 57,9% (35% a menos que o Superior Tribunal de Justiça), sendo que em 49 (quarenta e nove) casos, no sentido da concessão da ordem. Por outro lado, em 65 (sessenta e cinco) casos, houve julgamento unânime pela denegação da ordem, consoante se vislumbra do gráfico abaixo:

**GRÁFICO 09 - Placar do julgamento dos casos analisados (Supremo Tribunal Federal)**

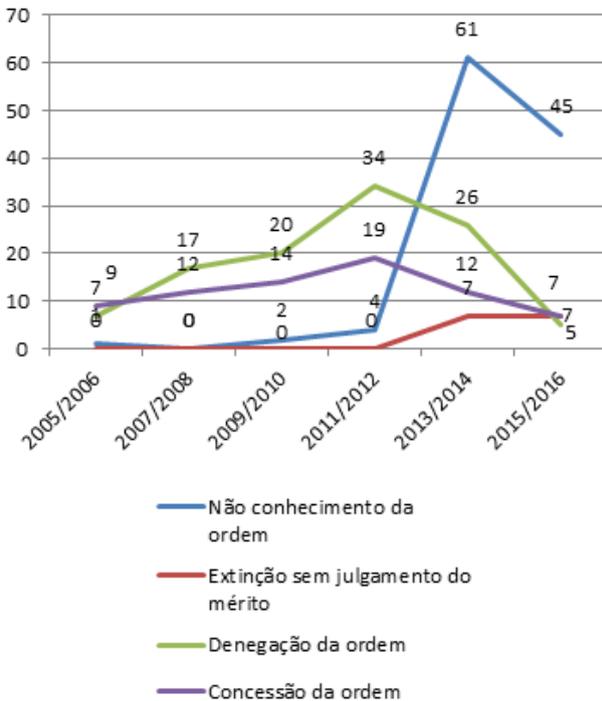


Fonte: RYU, Daiana Santos. *O direito ao desencarceramento do acusado preso cautelarmente, caso não seja julgado no prazo razoável: análise dos critérios utilizados para*

aferição do excesso de prazo da prisão cautelar na jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p.280.

Por sua vez, a evolução temporal das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal ao longo do período estudado pode ser verificada no gráfico abaixo:

GRÁFICO 10 - Resultado do julgamento dos casos analisados pelo Supremo Tribunal Federal no período de 2005 a 2016



Fonte: RYU, Daiana Santos. *O direito ao desencarceramento do acusado preso cautelarmente, caso não seja julgado no prazo razoável: análise dos critérios utilizados para aferição do excesso de prazo da prisão cautelar na jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 281.

Consoante analisado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o número de casos em que a ordem foi concedida é menor do que o número de denegações e de não conhecimentos da ordem. Em suma, tanto no Supremo Tribunal Federal quanto no Superior Tribunal de Justiça, notou-se que a taxa de manutenção da prisão provisória é sempre maior do que a de concessões de liberdade.

Desta feita, constatou-se nas decisões dos Tribunais Superiores brasileiros a preferência pela prisão cautelar em detrimento da liberdade provisória e até mesmo das medidas cautelares pessoais introduzidas no Código de Processo Penal pela Lei nº 12.403/2011, evidenciando-se que no nosso sistema, na prática, a segregação cautelar não é tratada como medida excepcional, mas como regra<sup>82</sup>.

### 3.5. DURAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR

Nos acórdãos analisados, quando possível, foi aferido o período da prisão cautelar do paciente, considerando-se a data da prisão e a data do julgamento do acórdão<sup>83</sup>. Dessa forma, verificou-se, por exemplo, que em 18% das decisões, a prisão cautelar possuía duração entre 04 (quatro) e 11 (onze) meses. Além disso, em 62% dos casos, o tempo da prisão provisória estava entre 01 (um) a 02 (dois) anos e em 18%, a duração da prisão cautelar era de 03 (três) a 06 (seis) anos.

Frise-se, ainda, que em 04 (quatro) casos encontrados, a custódia provisória perdurava por mais de 12 anos, o que corresponde a tempo demasiadamente longo a uma medida que tem como caracteres a instrumentalidade e a provisoriedade<sup>84</sup>.

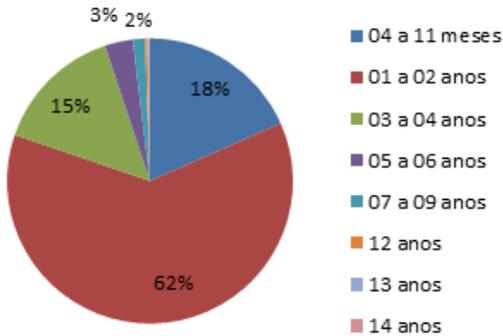
---

<sup>82</sup> Sobre a excepcionalidade da prisão provisória, ver: PRADO, Geraldo. Excepcionalidade da prisão provisória. In: FERNANDES, Og (org). *Medidas cautelares no processo penal, prisões e suas alternativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 121-123.

<sup>83</sup> Em alguns casos, quando a prisão preventiva não foi decorrente da conversão da prisão em flagrante, e não tendo sido possível aferir a data do cumprimento do mandado da custódia cautelar, foi considerada a data de sua decretação.

<sup>84</sup> TUCCI, Rogério Lauria; DELMANTO JUNIOR, Roberto. Sistematização das medidas cautelares processuais penais. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 24, n. 78, p. 111-122, set. 2004.

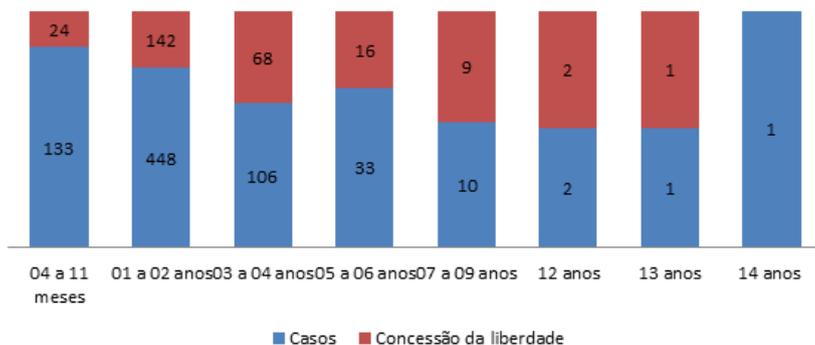
GRÁFICO 11 - Duração das prisões cautelares (Superior Tribunal de Justiça)



Fonte RYU, Daiana Santos. *O direito ao desencarceramento do acusado preso cautelarmente, caso não seja julgado no prazo razoável: análise dos critérios utilizados para aferição do excesso de prazo da prisão cautelar na jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 228.

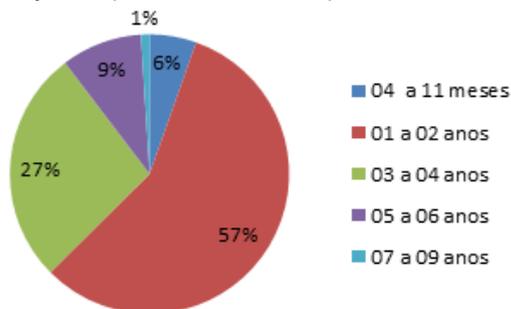
Consoante se vislumbra do gráfico acima, em nenhum caso, a prisão cautelar apresentou duração inferior a 120 (cento e vinte) dias, tendo sido encontrado acórdão em que o paciente estava preso há mais de 14 (quatorze) anos, sem que houvesse sido julgado definitivamente. Nesse caso, aliás, em razão do fato de ele possuir outras condenações, a Quinta Turma, no HC nº 252299/TO, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellize, em 28/05/2013, concedeu a ordem parcialmente apenas para recomendar a celeridade no julgamento da apelação interposta pela sua defesa, mantendo sua custódia cautelar.

No que tange à relação entre a concessão da liberdade e a duração das custódias provisórias, cabe apontar que em 31,6% dos casos em que a prisão cautelar apresentava duração entre 01 (um) e 02 (dois) anos houve a soltura do paciente. Já no tocante aos casos em que o lapso temporal da prisão cautelar correspondia a 03 (três) e 04 (quatro) anos, o índice foi de 64,1%; e nos casos em que a custódia provisória apresentava duração entre 07 (sete) e 09 (nove) anos, tal índice correspondeu a 90%, consoante pode se vislumbrar do gráfico abaixo:

**GRÁFICO 12 - Concessão da liberdade e duração das prisões provisórias (Superior Tribunal de Justiça)**

Fonte: RYU, Daiana Santos. *O direito ao desencarceramento do acusado preso cautelarmente, caso não seja julgado no prazo razoável: análise dos critérios utilizados para aferição do excesso de prazo da prisão cautelar na jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 229.

No que tange às decisões do Supremo Tribunal Federal, verificou-se em 5% das decisões que a custódia provisória possuía duração entre 04 (quatro) e 11 (onze) meses. Além disso, em 57% dos casos, o tempo da prisão provisória era de 01 (um) a 02 (dois) anos e em 27%, a duração da prisão cautelar era de 03 (três) a 04 (quatro) anos. Em 9%, a prisão cautelar apresentou duração entre 05 (cinco) a 06 (seis) anos.

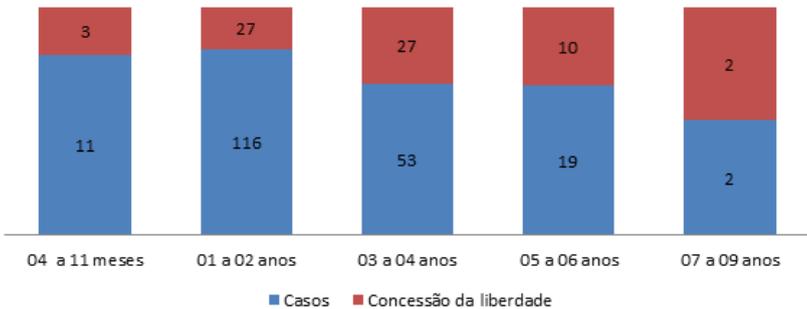
**GRÁFICO 13 - Duração das prisões cautelares (Supremo Tribunal Federal)**

Fonte: RYU, Daiana Santos. *O direito ao desencarceramento do acusado preso cautelarmente, caso não seja julgado no prazo razoável: análise dos critérios utilizados para*

aferição do excesso de prazo da prisão cautelar na jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 286.

No que tange à relação entre a concessão da liberdade e a duração das prisões provisórias, cabe apontar que, em 23,2% dos casos em que a custódia provisória apresentou duração entre 01 (um) e 02 (dois) anos, houve a soltura do paciente. Já quando o período da prisão cautelar correspondia a 03 (três) e 04 (quatro) anos, o índice foi de 50,9% e nos casos em que a custódia cautelar possuía duração entre 05 (cinco) e 06 (seis) anos, o índice foi de 52,63%. Além disso, nos dois casos em que a prisão cautelar apresentou duração entre 07 (sete) e 09 (nove) anos<sup>85</sup>, o paciente foi solto.

GRÁFICO 14 - Concessão da liberdade e duração das prisões provisórias (Supremo Tribunal Federal)



Fonte: RYU, Daiana Santos. *O direito ao desencarceramento do acusado preso cautelarmente, caso não seja julgado no prazo razoável: análise dos critérios utilizados para aferição do excesso de prazo da prisão cautelar na jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 287.

Assim como constatado na análise dos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, também foi observado nas decisões do Supremo

<sup>85</sup> HC 85011/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, J. 26/05/2015.

Tribunal Federal que quanto maior o tempo de prisão cautelar, maior é a chance de soltura do paciente, tendo em vista o reconhecimento da irrazoabilidade do prazo da custódia provisória. No entanto, importante salientar que, em geral, notou-se duração exacerbada da prisão cautelar nos casos aqui analisados, eis que no mínimo as prisões já contavam com 120 (cento e vinte) dias. Além de violar os caracteres da provisoriedade, provisionalidade e da instrumentalidade das medidas cautelares<sup>86</sup>, a longa duração da prisão intensifica os efeitos deletérios que recaem sobre o indivíduo submetido à persecução penal. Com a indefinição do prazo da prisão preventiva, intensificam-se sobre o acusado o sofrimento psicológico, a angústia e principalmente a estigmatização perante a sociedade<sup>87</sup>.

### 3.6. TIPOS PENAIS

No espaço amostral aqui analisado, notou-se que os processos com prisão cautelar apuram a prática de uma pluralidade de crimes, que vão desde delitos contra o patrimônio até delitos contra a Administração Pública. Os três crimes que mais incidiram nos casos em estudo foram roubo, homicídio e tráfico de drogas, consoante se pode averiguar da tabela abaixo<sup>88</sup>:

TABELA 01 - Tipos penais (Superior Tribunal de Justiça)

CRIME	NÚMERO DE CASOS ANALISADOS
Tráfico de drogas, associação para o tráfico e outros tipificados na Lei nº 11.343/2006	251
Homicídio	242

<sup>86</sup> TUCCI, Rogério Lauria; DELMANTO JUNIOR, Roberto. Sistematização das medidas cautelares processuais penais. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 24, n. 78, p. 111-122, set. 2004, p. 118.

<sup>87</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer *et alii*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 322.

<sup>88</sup> Na tabela, os números inseridos equivalem ao número de casos em que tais delitos estavam presentes de forma individual ou conjunta a outro(s) crime(s).

CRIME	NÚMERO DE CASOS ANALISADOS
Roubo	133
Porte ilegal de arma de fogo de uso restrito e outros crimes previstos na Lei nº 10.826/2003	56
Furto	32
Receptação	28
Estupro e outros crimes contra a liberdade sexual	19
Latrocínio	14
Extorsão mediante sequestro	13
Estelionato	12
Crimes contra a fé pública (uso de documento falso e moeda falsa)	11
Corrupção e outros crimes contra a Administração Pública	6
Tortura	1

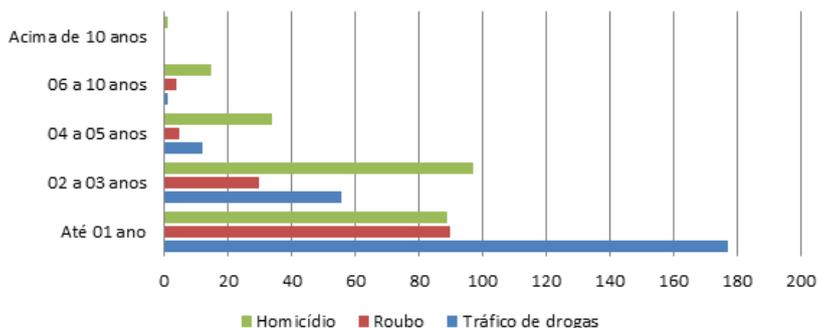
Fonte: RYU, Daiana Santos. *O direito ao desencarceramento do acusado preso cautelarmente, caso não seja julgado no prazo razoável: análise dos critérios utilizados para aferição do excesso de prazo da prisão cautelar na jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 230.

Quanto ao tempo de duração da prisão cautelar em relação aos principais delitos, notou-se que os casos que envolviam o delito de homicídio apresentaram, em média, a maior duração das prisões cautelares.

Assim, de se ressaltar que em aproximadamente 40% dos casos relacionados ao crime de homicídio, a prisão provisória apresentava duração entre 02 (dois) e 03 (três) anos, e em 14,04%, 04 (quatro) a 05 (cinco) anos, no momento em que o *habeas corpus* ou recurso ordinário em *habeas corpus* foi julgado pelo Superior Tribunal de Justiça. De outro lado, no que tange ao delito de tráfico de drogas, em 22% dos casos, a prisão cautelar apresentava duração entre 02 (dois) e 03 (três) anos e em 5% dos casos, 04 (quatro) a 05 (cinco) anos. Nos casos envolvendo

o delito de roubo, em 23%, a custódia provisória apresentava duração de 02 (dois) a 03 (três) anos e em 4%, de 04 (quatro) a 05 (cinco) anos.

**GRÁFICO 15 - Tipos penais e duração da prisão cautelar (Superior Tribunal de Justiça)**



Fonte: RYU, Daiana Santos. *O direito ao desencarceramento do acusado preso cautelarmente, caso não seja julgado no prazo razoável: análise dos critérios utilizados para aferição do excesso de prazo da prisão cautelar na jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 231.

Com relação aos julgados analisados do Supremo Tribunal Federal, também se observou que os três crimes mais recorrentes foram homicídio, tráfico de drogas e roubo, conforme se pode averiguar na tabela abaixo<sup>89</sup>:

**TABELA 02 - Tipos penais (Supremo Tribunal Federal)**

CRIME	NÚMERO DE CASOS ANALISADOS
Homicídio	74
Tráfico de drogas, associação para o tráfico e outros tipificados na Lei nº 11.343/2006	65

<sup>89</sup> Na tabela, os números inseridos equivalem ao número de casos em que tais delitos estavam presentes de forma individual ou conjunta a outro(s) crime(s).

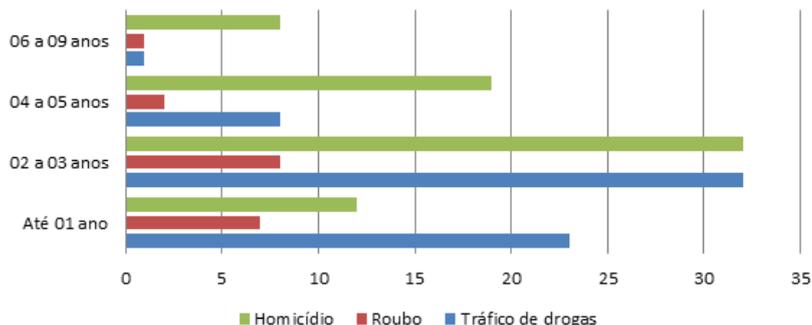
CRIME	NÚMERO DE CASOS ANALISADOS
Roubo	19
Porte ilegal de arma de fogo de uso restrito e outros crimes previstos na Lei nº 10.826/2003	17
Furto	11
Estelionato	10
Corrupção e outros crimes contra a Administração Pública	10
Latrocínio	8
Estupro e outros crimes contra a liberdade sexual	7
Receptação	7
Extorsão mediante sequestro	5
Crimes contra a fé pública	5
Tortura	2

Fonte: RYU, Daiana Santos. *O direito ao desencarceramento do acusado preso cautelarmente, caso não seja julgado no prazo razoável: análise dos critérios utilizados para aferição do excesso de prazo da prisão cautelar na jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 288.

Tal como verificado na análise dos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, quanto ao tempo de duração da prisão cautelar em relação aos principais delitos, notou-se que os casos que envolviam o delito de homicídio apresentaram, em média, a maior duração das prisões cautelares. Em aproximadamente 43,83% dos casos relacionados ao crime de homicídio, a prisão provisória apresentava duração entre 02 (dois) e 03 (três) anos e em 26,03%, 04 (quatro) a 05 (cinco) anos, no momento em que o *habeas corpus* ou recurso ordinário em *habeas corpus* foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal. De outro lado, no que tange ao delito de tráfico de drogas, em 49% dos casos, a prisão

cautelar apresentava duração entre 02 (dois) e 03 (três) anos e em 12,3% dos casos, 04 (quatro) a 05 (cinco) anos. Já com relação aos casos envolvendo o delito de roubo, em 42,10% dos casos, a custódia provisória apresentava duração de 02 (dois) a 03 (três) anos e em 10,5 % dos casos, de 04 (quatro) a 05 (cinco) anos.

**GRÁFICO 16 - Tipos penais e duração da prisão cautelar (Supremo Tribunal Federal)**



Fonte: RYU, Daiana Santos. *O direito ao desencarceramento do acusado preso cautelarmente, caso não seja julgado no prazo razoável: análise dos critérios utilizados para aferição do excesso de prazo da prisão cautelar na jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 289.

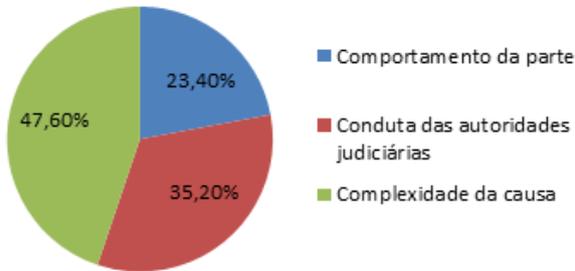
### 3.7. CRITÉRIOS UTILIZADOS PARA AFERIÇÃO DA RAZOABILIDADE DO PRAZO

Considerando-se que o ordenamento jurídico brasileiro não estabelece prazo máximo para duração do processo penal bem como para prisão preventiva, tendo adotado a doutrina do “não-prazo”, sob influência das Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos, os Tribunais Superiores pátrios têm utilizado os critérios da complexidade da causa, do comportamento da parte e da conduta das autoridades judiciárias para aferição da razoabilidade do prazo da prisão cautelar.

No que tange às decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, verificou-se que o critério do comportamento da parte foi

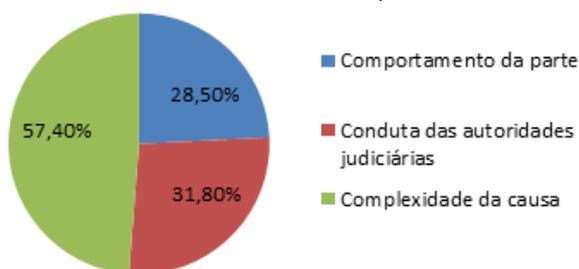
utilizado em 173 (cento e setenta e três) decisões, ou seja, em 23,4% dos casos analisados e o critério da conduta das autoridades judiciárias em 260 (duzentas e sessenta) decisões, o que equivale a 35,2% dos casos. De outro lado, o critério mais utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça, no período de 30/12/2004 a 30/12/2016, foi o da complexidade da causa, tendo sido mencionado em 351 (trezentos e cinquenta e um) julgados, o que equivale a 47,6% dos casos analisados, conforme se verifica do gráfico abaixo:

**GRÁFICO 17 - Critérios utilizados nas decisões do Superior Tribunal de Justiça**



Fonte: RYU, Daiana Santos. *O direito ao desencarceramento do acusado preso cautelarmente, caso não seja julgado no prazo razoável: análise dos critérios utilizados para aferição do excesso de prazo da prisão cautelar na jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 234.

Com relação aos julgados analisados do Supremo Tribunal Federal, constatou-se que o critério do comportamento da parte foi utilizado em 59 (cinquenta e nove) decisões, ou seja, em 28,5% dos casos analisados e o critério da conduta das autoridades judiciárias, em 66 (sessenta e seis), o que equivale a 31,8%. De outro lado, assim como averiguado na pesquisa relativa ao Superior Tribunal de Justiça, o critério mais utilizado pelo Supremo Tribunal Federal, no período de 30/12/2004 a 30/12/2016, foi o da complexidade da causa, tendo sido mencionado em 119 (cento e dezenove) acórdãos, o que equivale a 57,4% dos casos analisados, conforme se afere do gráfico abaixo:

**GRÁFICO 18 - Critério utilizado nas decisões do Supremo Tribunal Federal**

Fonte: RYU, Daiana Santos. *O direito ao desencarceramento do acusado preso cautelarmente, caso não seja julgado no prazo razoável: análise dos critérios utilizados para aferição do excesso de prazo da prisão cautelar na jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 291.

Consoante verificado acima, vislumbra-se que tanto o Superior Tribunal de Justiça como o Supremo Tribunal Federal têm, de fato, lançado mão da teoria dos três critérios para aferição da razoabilidade do prazo da prisão cautelar a fim de diminuir a vagueza e a indeterminabilidade do conceito de “prazo razoável”. Assim, grande parcela das decisões proferidas pelos Tribunais Superiores pátrios em sede de *habeas corpus* cujo pedido é a verificação de constrangimento ilegal por excesso de prazo da prisão cautelar, são aplicados os critérios: da complexidade da causa, visando-se averiguar se o processo detém alguma nota de complexidade que justifique determinada duração da custódia provisória, como multiplicidade de crimes ou acusados; do comportamento da parte, com o escopo de aferir eventual comportamento protelatório da parte e conduta das autoridades judiciárias, por meio do qual se verifica eventual morosidade por culpa do Estado na administração da Justiça.

#### **4. ALGUMAS NOTAS SOBRE A AFERIÇÃO DA RAZOABILIDADE DO PRAZO DA PRISÃO CAUTELAR PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES PÁTRIOS**

Conforme já debatido na doutrina processual penal<sup>90</sup>, a falta de previsão em lei de prazo máximo para duração do processo penal e da

<sup>90</sup> Cf. GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 2. ed. São Paulo:

prisão preventiva além de acarretar insegurança jurídica ao acusado, principalmente àquele preso provisoriamente, oferece ampla margem de discricionariedade ao órgão julgador, o qual diante de um termo vago tal qual o previsto no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição da República, acaba lançando mão de critérios igualmente vagos para justificar a longa duração de uma custódia provisória.

Ressalte-se que em nenhum dos casos analisados, tanto em relação ao Superior Tribunal de Justiça como em relação ao Supremo Tribunal Federal, a prisão cautelar apresentou duração inferior a 120 (cento e vinte) dias. Além disso, em mais da metade dos julgados (62% dos casos do Superior Tribunal de Justiça e 57% do Supremo Tribunal Federal), a custódia provisória já durava entre um e dois anos, tempo excessivamente longo se considerar que a prisão cautelar tem como caracteres principais a instrumentalidade e a provisoriedade<sup>91</sup>.

Com efeito, verificou-se ao longo da pesquisa que os critérios utilizados pelos Tribunais Superiores pátrios são adotados de maneira aleatória, não havendo, na maioria das vezes, fundamentação idônea em relação ao preenchimento do conteúdo de cada critério. Averiguou-se, de maneira geral, que não há preocupação por parte do órgão julgador em aplicar o critério escolhido por meio da análise de todas as circunstâncias do caso concreto, individuando-se o motivo da demora que determinado elemento provoca ao andamento do processo e, por consequência, à duração da prisão cautelar.

Na maioria dos casos, portanto, notou-se que o critério da complexidade da causa, do comportamento da parte e da conduta das autoridades judiciárias são fundamentados de maneira rasa, através da mera citação de elementos/fatores para justificá-los. Entre os casos analisados,

---

Atlas, 2015, p. 344; BADARÓ, Gustavo Henrique; LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 84; PASTOR, Daniel R. *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho: una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*. Buenos Aires: Ad-Hoc, Konrad - Adenauer Stiftung, 2002, p. 406-410.

<sup>91</sup> TUCCI, Rogério Lauria; DELMANTO JUNIOR, Roberto. Sistematização das medidas cautelares processuais penais. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 24, n. 78, p. 111-122, set. 2004.

a título de exemplo, no HC nº 97900/SP, julgado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em 16/03/2010, não houve sequer a menção ao número de réus que justificava a complexidade da causa, limitando-se a fundamentá-lo no “elevado número de corréus”, consoante trecho abaixo transcrito:

Aqui, estamos diante dos crimes de tráfico ilícito de entorpecente, associação para o tráfico, porte ilegal de armas, nos quais há presente complexidade, como está no parecer do Ministério Público do feito, *elevado número de corréus* e daí, então, uma maior dificuldade para o encerramento de instrução, pelo que o Ministro Relator acabou de mencionar, já estão, inclusive, os autos conclusos para sentença. (HC 97900/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, J. 16/03/2010 – grifos nossos)

Por sua vez, o critério da conduta das autoridades judiciárias foi justificado tão somente na diligência da autoridade judiciária em conduzir o processo ou na ausência de desídia de tal órgão estatal, não havendo aprofundamento dos motivos que ensejaram tal conclusão por parte do tribunal. Nessa esteira, no HC nº 94486/SP, julgado pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça em 14/10/2008, apenas justificou-se a conduta da autoridade judiciária em suposta ausência de culpa na demora do processo:

*Com efeito, não há nos autos comprovação de que eventual demora estaria ocorrendo por inércia do Poder Judiciário. Anote-se que o prazo transcorrido entre a prisão preventiva e a presente data, por si só, não induz à conclusão de que esteja ocorrendo o excesso, mormente se considerada a complexidade do feito, que envolve grande número de réus (mais de 50), bem como a expedição de cartas precatórias para diversas unidades federativas (...) Não há, assim, nenhum indício de que a ação penal tenha ficado paralisada por culpa do Poder Judiciário (...)* (HC nº 94486/SP, Primeira Turma, Rel.: Menezes de Direito, J. 14/10/2008 – grifos nossos)

Com relação ao comportamento da parte, além da superficialidade da fundamentação da decisão acima mencionada, impende salientar que em vários acórdãos, tanto do Superior Tribunal de Justiça como do

Supremo Tribunal Federal, tal critério foi utilizado para imputar a culpa da demora da marcha processual ao acusado ou à sua defesa, em razão do exercício de um direito decorrente da garantia da ampla defesa, tal como a interposição de recursos. Nesse sentido é o trecho do HC nº 305284/AL, julgado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça em 05/02/2015, conforme excerto abaixo:

Da leitura dos autos, tem-se que há justificativa plausível para o retardo no julgamento do paciente, eis que de acordo com as informações do juiz de primeira instância, *a defesa requereu a expedição de carta precatória, além de se valer do recurso de embargos de declaração e, depois, recurso em sentido estrito.* (HC 305284/AL, Quinta Turma, Rel. Felix Fischer, J. 05/02/2015 – grifos nossos)

Por meio dos exemplos acima expostos, resta evidente a complicada situação do ordenamento jurídico brasileiro em razão da ausência de prazos fixos para regulamentar a duração do processo penal e da prisão cautelar. De fato, as decisões são fundamentadas de maneira bem sucinta, impedindo-se que se conheça de maneira mais profunda os motivos que deram ensejo à aplicação de determinado critério, deixando-se nas mãos do órgão julgador a determinação da razoabilidade ou irrazoabilidade do prazo da prisão cautelar.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consoante o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen/2016, publicado pelo Departamento Penitenciário Nacional<sup>92</sup>, em junho de 2016, do número total de 726.712 (setecentos e vinte e seis mil e setecentos e doze) pessoas presas, 292.450 (duzentas e

---

<sup>92</sup> BRASIL. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA). *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen*, Junho/2016. Brasília, 2017, p. 14. Disponível em: <[http://justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/download/outras\\_publicacoes/pagina-3/24levantamento\\_nacional\\_info\\_penitenciarias.pdf/view](http://justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/download/outras_publicacoes/pagina-3/24levantamento_nacional_info_penitenciarias.pdf/view)>. Acesso em: 22 dez. 2017.

noventa e duas mil e quatrocentos e cinquenta) correspondiam a presos provisórios, número consideravelmente elevado. Ao longo da pesquisa apresentada no presente artigo, demonstrou-se que há, de fato, tendência dos Tribunais Superiores pátrios em manter as prisões cautelares que são a eles submetidas para análise, colaborando-se com a manutenção dos dados acima mencionados.

Notou-se que mesmo se exacerbada a duração da prisão cautelar, na maioria dos casos, as liminares são indeferidas e o resultado do julgamento dos acórdãos quase sempre se destinam à denegação do *writ* ou ao não conhecimento da ordem, impedindo-se a soltura de um número considerável de presos provisórios, que cometeram, em especial, os delitos de homicídio, roubo e tráfico de drogas. Além disso, notou-se que grande parcela dos pareceres do Ministério Público, como *custos legis*, são no sentido de denegação ou não conhecimento da ordem, influenciando os Tribunais Superiores pátrios na manutenção de prisões provisórias por tempo indefinido.

Outra importante constatação realizada na presente pesquisa corresponde ao fato de que tal como em âmbito internacional, tanto o Supremo Tribunal Federal como o Superior Tribunal de Justiça lançam mão de critérios para aferição da razoabilidade do prazo da prisão cautelar. Assim, verificou-se que para determinar se a delonga da custódia provisória é razoável ou não, os Tribunais Superiores pátrios têm aplicado os critérios da complexidade da causa, do comportamento da parte e da conduta das autoridades judiciárias.

Embora a aplicação de tais critérios tenha como escopo a diminuição da vagueza e indeterminabilidade do conceito de prazo razoável, não resolvem totalmente o problema em questão. Isto porque, segundo se averiguou nos resultados obtidos na pesquisa apresentada, tais critérios são tão vagos quanto o teor do artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição da República, permitindo-se ampla margem de discricionariedade ao órgão julgador na aferição da razoabilidade do prazo. Em síntese, cabe ressaltar que os Tribunais Superiores pátrios têm aplicado os critérios da complexidade da causa, do comportamento da parte e da conduta das autoridades judiciárias, de maneira aleatória, não apresentando fundamentação idônea baseada em análise percuciente das circunstâncias do caso concreto.

Em suma, verificou-se que há tendência nos Tribunais Superiores pátrios em manter prisões provisórias longas por meio de argumentação genérica, pautada em elementos vagos, o que corrobora certamente com a existência do alto índice de prisões cautelares nos estabelecimentos prisionais brasileiros.

## REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique; LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito ao processo penal no prazo razoável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BARRETO, Ireneu Cabral. *A Convenção Europeia de Direitos do Homem – anotada*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2015 (E-book).

BARROS, Flaviane Magalhães. O tempo devido do processo penal e a influência das decisões da CADH no Brasil. MALAN, Diogo; PRADO, Geraldo (coord.). *Processo penal e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 59-75.

BARTOLE, Sergio; CONFORTI, Benedetto; RAIMONDI, Guido. *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*. Milano: CEDAM, 2001.

BÁRTOLI, Márcio Orlando. O critério da razoabilidade (jurisprudência comentada). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 1, n. 3, p. 184-187, jul./set. 1993.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CARBONELL, José Carlos Remotti. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Estructura, funcionamiento y jurisprudencia. Barcelona: Instituto Europeo de Derecho, 2013.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Tradução Carlos Eduardo Trevelin Millan. São Paulo: Pillares, 2009.

CHIAVARIO, Mario. *Procedure penali d'europa*: Belgio, Francia, Germania, Inghilterra, Italia. Milano: CEDAM, 2001.

CHIAVARIO, Mario. *Processo e garanzie della persona: le singole garanzie*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1984. v. 2.

BRASIL. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA). *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen, Junho/2016*. Brasília, 2017, p. 14. Disponível em: <[http://justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/download/outras\\_publicacoes/pagina-3/24levantamento\\_nacional\\_info\\_penitenciarias.pdf/view](http://justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/download/outras_publicacoes/pagina-3/24levantamento_nacional_info_penitenciarias.pdf/view)>. Acesso em: 22 dez. 2017.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERNANDEZ-VIAGAS BARTOLOME, Placido. *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*. Madrid: Civitas, 1994.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer et alii. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FONSECA, Tiago Abud da; MENDONÇA, Henrique Guelber de. O Supremo Tribunal Federal, a restrição ao *habeas corpus* e o marido traído. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 21, n. 244, p. 11-12, mar. 2013.

FRANCO, Alberto Silva. Prazo razoável e o estado democrático de direito. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 13, n. 152, p. 6-7, jul. 2005.

GARCÍA- LÚBEN BARTHE, Paloma. *El derecho a un proceso en un plazo razonable en el ámbito europeo*. Análisis e interpretación del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. ARMENTA DEU, Teresa; CALDERÓN CUADRADO, María Pía; OLIVA SANTOS, Andrés de la (Coord.). *Garantías fundamentales del proceso penal en el espacio judicial europeo*. Madrid: Colex, 2007, p. 273-285.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. *A razoável duração do processo*. 2. ed. Salvador: Juspodivum, 2013.

LACAVA, Thaís Aroca Datcho. *A garantia da duração razoável da persecução penal*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

LOPES JÚNIOR, Aury. Direito ao processo penal no prazo razoável. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 65, p. 209-250, mar./abr. 2007.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras medidas cautelares pessoais*. São Paulo: Método, 2011.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Habeas corpus na reforma do Código de Processo Penal. *Revista do Advogado*, v. 113, p. 83-91, 2011.

NAKAHARADA, Carlos Eduardo Mitsuo. *Prisão preventiva: direito à razoável duração e necessidade de prazo legal máximo*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

NICOLA, Francesco de Santis di. *Ragionevole durata del processo e rimedio effettivo*. Napoli: Jovene, 2013.

NICOLITT, André Luiz. *A duração razoável do processo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PALMA, Juliana Bonacorsi de; FEFERBAUM, Marina; PINHEIRO, Victor Maciel. Meu trabalho precisa de jurisprudência? Como posso utilizá-la? In: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. FEFERBAUM, Marina (coord.). *Metodologia jurídica: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso*. São Paulo: Saraiva, 2012.

PASTOR, Daniel R. *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho: una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*. Buenos Aires: Ad-Hoc, Konrad - Adenauer Stiftung, 2002.

PRADO, Geraldo. Excepcionalidade da prisão provisória. In: FERNANDES, Og (org.). *Medidas cautelares no processo penal, prisões e suas alternativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 121-123.

PIRES, Álvaro. Amostragem e pesquisa qualitativa: ensaios teóricos e metodológicos. In: POUPART, Jean; DESLAURIERS, Jean-Pierre; GROULX, Lionel-H; LAPERRIERE, Anne; MAYER, Robert; PIRES, Alvaro (org.). *A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos*. Tradução Ana Cristina Nasser. Petrópolis: Vozes, 2008.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *Monografia jurídica: passo a passo*. São Paulo: Método, 2015.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. *Medidas compensatórias da demora jurisdicional: a efetivação do direito fundamental à duração razoável do processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

RYU, Daiana Santos. *O direito ao desencarceramento do acusado preso cautelarmente, caso não seja julgado no prazo razoável: análise dos critérios utilizados para aferição do excesso de prazo da prisão cautelar na jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

SANGUINÉ, Odone. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SHIMIZU, Bruno. Sobre o cárcere, o judiciário e irresponsabilidades. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 23, n. 274, p. 20-21, set. 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TUCCI, Rogério Lauria; DELMANTO JUNIOR, Roberto. Sistematização das medidas cautelares processuais penais. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 24, n. 78, p. 111-122, set. 2004.

### **Informações adicionais e declarações da autora**

*Agradecimentos (acknowledgement):* Agradeço à Jaqueline Nishi e ao Carlos Alcântara pelas considerações críticas que contribuíram ao aprimoramento deste artigo.

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

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

*Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality):* a autora assegura que o texto aqui publicado não foi divulgado anteriormente em outro meio e que futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência desta publicação original; também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio. Este artigo é versão parcial adaptada e revisada de: RYU, Daiana Santos. *O direito ao desencarceramento do acusado preso cautelarmente, caso não seja julgado no prazo razoável: análise dos critérios utilizados para aferição do excesso de prazo da prisão cautelar na jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.*

### Dados do processo editorial

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

- Recebido em: 17/07/2018
- Controle preliminar e verificação de plágio: 17/07/2018
- Avaliação 1: 30/07/2018
- Avaliação 2: 01/08/2018
- Avaliação 3: 04/08/2018
- Avaliação 4: 16/08/2018
- Deslocamento ao V5N1 e aviso autora: 22/09/2018
- Decisão editorial preliminar: 19/10/2018
- Retorno rodada de correções: 30/11/2018
- Decisão editorial final: 02/12/2018

### Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: (VGV)
- Editora-assistente: 1 (MJV)
- Revisores: 4

### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

RYU, Daiana Santos. Prisão cautelar e prazo razoável na jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 389-438, jan./abr. 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.176>



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

**Teoria da Prova Penal**

***Criminal Evidence Theory***



# Para uma história da delação premiada no Brasil<sup>1</sup>

*Towards a history of the plea bargain [delação premiada] in Brazil*

**Ricardo Sontag<sup>2</sup>**

Universidade Federal de Minas Gerais – Belo Horizonte/MG

ricardosontag@yahoo.com.br

 <http://lattes.cnpq.br/1363982529464255>

 <https://orcid.org/0000-0003-3008-8042>

---

**RESUMO:** A busca por origens longínquas – em particular na famosa delação de Joaquim Silvério dos Reis no caso da Inconfidência Mineira – realmente corresponde à tarefa do historiador do direito interessado na delação premiada? É possível abstrair as especificidades históricas de uma delação do final do século XVIII para aproximá-la do instituto que veio se construindo ao longo das últimas décadas? A partir de uma análise mais detida dos documentos de época e partindo do pressuposto de que o historiador precisa respeitar a alteridade do passado, o presente artigo pretende diferenciar, ainda que de maneira ainda esquemática, esses dois momentos da história da delação no Brasil. Ao contrário da diluição entre passado e presente, a compreensão histórica da delação premiada permite mostrar os perfeitamente heterogêneos fundamentos e modos de funcionamento dela nesses dois períodos históricos (a lógica das mercês e a lógica do contrato), para além das superficiais analogias até então elaboradas pelas análises históricas existentes.

---

<sup>1</sup> Esta é uma versão em português mais sintética, com alguns acréscimos e modificações, do artigo “*Sotto il segno di Joaquim Silvério dos Reis (o di Giuda)? Note sulla storia della delazione premiata in Brasile*” publicado na *Rivista Italiana di Storia del Diritto (Italian Review of Legal History)*, n. 3, 2017 ([https://irlh.unimi.it/wp-content/uploads/2018/01/16\\_Sontag\\_it.pdf](https://irlh.unimi.it/wp-content/uploads/2018/01/16_Sontag_it.pdf)).

<sup>2</sup> Professor de História do Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Coordenador do *Studium Iuris* – Grupo de Pesquisa em História da Cultura Jurídica (CNPq/UFMG). Doutor em Teoria e História do Direito pela *Università degli Studi di Firenze*.

**PALAVRAS-CHAVE:** Delação premiada; colaboração premiada; História do processo penal; Inconfidência Mineira; Justiça negociada.

**ABSTRACT:** *Does the quest for remote origins of the plea bargain [delação premiada] – particularly on the famous Joaquim Silvério dos Reis denouncement in the Minas Conspiracy – really correspond to the legal historian task? Is it possible to prescind of the historical specificities of a seventeenth century denouncement in order to make it seem more similar to the institute that has been constructed in the last decades? By a more detailed analysis of the historical sources and taking into account that the historian must look up to otherness of the past, this article aims to distinguish, even if in a schematic way, these two moments of the history of the plea bargain [delação premiada] in Brazil. Avoiding the dilution between past and present, the historical analysis of the plea bargain [delação premiada] allows us to demonstrate its absolutely different foundations and operation within the two historical periods (the logic of mercês and the contractual logic), going beyond the perfunctory analogies thitherto created by the existing historical analysis.*

**KEYWORDS:** *plea bargain [delação premiada]; History of criminal procedure; Minas Conspiracy; negotiated justice.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. A alteridade do passado; 2. A lógica das mercês; 3. A lógica do contrato; Conclusões e *post scriptum*; Referências.

---

## INTRODUÇÃO

O tema da delação premiada revolve diversos e profundos estratos da nossa memória. Inquisição, totalitarismos, ditadura militar. Recuando ainda mais, Judas Iscariotes, um verdadeiro mito fundador da nossa civilização. Depois do protagonismo que a delação premiada ganhou no Brasil com as transformações legislativas que remontam aos anos 1990 e, mais recentemente, com os megaprocessos anticorrupção, um velho tema, em particular, vem sendo revisto a partir de novas preocupações: o delator da Inconfidência Mineira, Joaquim Silvério dos Reis. No processo dos inconfidentes, teria acontecido justamente uma delação premiada. Joaquim

Silvério delatou os colegas conjurados e foi premiado por isso. Vários textos – acadêmicos e jornalísticos – têm proposto essa aproximação.

O que vemos hoje, portanto, seria somente uma versão mais “sofisticada”, mais “bem sistematizada”, de algo já bem conhecido?

Por um lado, as analogias entre a delação contemporânea e algumas experiências do passado são demasiado óbvias. Joaquim Silvério obteve vantagens; Joaquim Silvério negociou com o Visconde de Barbacena; Joaquim Silvério delatou. Por outro lado, não podemos banalizar as novidades trazidas pela legislação nas últimas décadas, que vem sendo percebidas pelos processualpenalistas como parte de um importante processo de transformação do lugar da negociação no processo penal. Se quiséssemos desatar o nó com uma tesourada simples, poderíamos dizer: existem rupturas e permanências.

Todavia, qual é a natureza das rupturas? Qual é o lugar da ruptura e da permanência em uma narrativa histórica que tem como obrigação metodológica respeitar a alteridade do passado? Tais questionamentos, que nos ajudam a destrinchar as sobreposições da memória – a propósito, não é de hoje que Joaquim Silvério é um pouco Judas no imaginário da Inconfidência<sup>3</sup> -, demandam reflexão historiográfica e pesquisa documental. Nas abordagens que já existem a respeito, porém, a reflexão teórico-metodológica geralmente inexistente e a pesquisa documental é parca ou ausente. Começemos, então, com o problema da continuidade/descontinuidade, tendo em vista, em particular, o tema da delação premiada no Brasil.

## **1. A ALTERIDADE DO PASSADO**

Qual história do direito? António Manuel Hespanha, esquematicamente, distingue dois grandes tipos de abordagens histórico-jurídicas: uma i) legitimadora e outra ii) crítica. A primeira é aquela que olha para o passado com o propósito de “fundamentar”, de alguma forma, o direito do presente. A estratégia narrativa central nesse tipo de perspectiva é a

---

<sup>3</sup> Um exemplo – aliás, de grande qualidade narrativa – é o famoso “Romanceiro da Inconfidência” de Cecília Meirelles, publicado em 1953.

da continuidade, que pode ser entendida de duas diferentes maneiras: a continuidade como a) simples permanência de uma tradição que tornaria legítimo o direito do presente; ou como b) evolução de um progresso linear cujo ápice seria o presente (e que, portanto, seria perfeitamente legítimo). Por outro lado, a abordagem histórica crítica, esposada por Hespanha, é aquela em que a estratégia narrativa central é a descontinuidade, isto é, que leva a sério a alteridade do passado em relação ao presente<sup>4</sup>. Esta segunda opção, a meu ver, tem duas grandes vantagens: i) não subordina a historiografia a um objeto que, por si só, já é um sistema de legitimação (como o direito); ii) pretende preservar tanto quanto possível aquilo que define o trabalho do historiador: o passado (enquanto algo conceitualmente diferente do presente e do futuro).

Existem leituras que não se encaixam no esquema proposto por Hespanha? As abordagens históricas disponíveis sobre a delação premiada no Brasil que tentaram ir além da mera indicação factual de institutos mais ou menos semelhantes no passado, isto é, que foram além do mero exercício de erudição e que procuraram avançar um pouco em alguma teorização, parecem ser um desses casos heterodoxos. Continuismo crítico talvez seja uma boa definição para esses discursos<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Cf. HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 13-30; p. 48-55; p. 62-67.

<sup>5</sup> Apesar de ser somente uma intervenção oral em um congresso, é exemplar (e eloquente) o discurso do famoso advogado Técio Lins e Silva: <https://www.iabnacional.org.br/mais/iab-naimprensa/tecio-lins-e-silva-eu-nao-posso-coexistir-com-advogados-que-se-prestam-aopapel-horroroso-de-joaquim-silverio-dos-reis-que-delatou-e-se-tornou-coronel-veja-ovideo>. Cf., ainda, por exemplo, LIMA, Roberto Kant de; MOUZINHO, Gláucia Maria Pontes. Produção e reprodução da tradição inquisitorial no Brasil: entre delações e confissões premiadas. *Dilemas: revista de estudos de conflito e controle social*, vol. 9, n. 3, set-dez 2016 (que é um artigo, em verdade, antropológico, e, por isso, podemos considerar até justificável a repetição a-crítica de uma tese histórica que até então não tinha sido objeto de estudos bem documentados); TASSE, Adel El. Delação premiada: novo passo para um procedimento medieval. *Ciências Penais*, vol. 5, 2006; e DUTRA, Ludmila Corrêa. A confissão e a delação premiada como método investigativo: uma releitura de técnicas medievais. In: BRODT, L. A.; SIQUERA, F. (orgs.). *Limites ao poder punitivo: diálogos na ciência penal contemporânea*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016 (Dutra, na verdade, é mais prudente do que a maioria, pois ela diz que a delação premiada atual seria uma “releitura” de técnicas medievais, porém, ela não chega a abordar as especificidades históricas da releitura, permanecendo

Digo continuísmo porque o cerne da narrativa é sempre demonstrar que as “raízes” da delação premiada seriam longínquas: Judas, inquisição medieval e, principalmente, as Ordenações Filipinas no caso de Joaquim Silvério dos Reis. Continuidade entre presente e passado. O objetivo, porém, não é erigir uma respeitável tradição para legitimar o presente. Pelo contrário, a presença do passado aparece como uma espécie de mancha no presente. Uma abordagem histórica, portanto, funcional aos discursos de denúncia das mazelas da delação premiada. É nesse sentido que estamos diante de um continuísmo “crítico”<sup>6</sup>.

---

no nível da percepção da analogia entre passado e presente). Na historiografia sobre a Inconfidência Mineira, os prêmios recebidos por Joaquim Silvério são sempre mencionados, mas é raríssima a aproximação com a delação premiada atual. O trabalho que ainda é a mais importante pesquisa sobre o tema, apesar de alguns problemas e de ter envelhecido em alguns aspectos da abordagem, não o faz: MAXWELL, Kenneth. *A devassa da devassa. A inconfidência mineira: Brasil – Portugal – 1750-1808*. 6ª edição. Tradução de João Maia. São Paulo: Paz e Terra, 2005. Da mesma forma, as principais análises histórico-jurídicas sobre a Inconfidência não tocam no nosso ponto: com foco na questão do crime político, DAL RI Jr., Arno. *O Estado e seus inimigos*. A repressão política na história do direito penal, Rio de Janeiro, Revan, 2006. p. 143-150; mais genericamente, SALGADO, Karine. O direito no Brasil colônia à luz da Inconfidência Mineira. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, vol. 98, 2008. Disponível em: <http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/82/80> Acesso em: 25/09/2017. Com foco em curiosidades e propondo a enésima narrativa triunfalista sobre a Inconfidência Mineira (e, nesse sentido, historiograficamente pouco profissional), o livro dos advogados Ricardo Tosto e Paulo Guilherme Lopes chegou a afirmar “que a delação premiada, hoje tão em moda, não é grande novidade, tendo sido Silvério dos Reis talvez seu primeiro beneficiário”, porém, a interpretação não se desenvolve (TOSTO, Ricardo; LOPES, Paulo Guilherme M.. *O Processo de Tiradentes*. São Paulo: Conjur, 2007. p. 40).

<sup>6</sup> Vale ressaltar, ainda que tenha sido uma excepcionalidade no quadro dos discursos que eu pude analisar, que o mesmo argumento que busca uma continuidade entre as recentíssimas leis e as velhas Ordenações Filipinas também já chegou a ser utilizado para inserir a delação atual em uma grande tradição que a tornaria menos estranha do que parece (e, portanto, nas entrelinhas, não haveria razão para questionar a sua legitimidade). O artigo de Nayara Brito não chega a tirar explicitamente essas consequências da argumentação, pois o seu objetivo era mostrar que “o Livro V das Ordenações Filipinas não pode ser apenas objeto de censuras, uma vez que ele trouxe assuntos capazes de sugerir equacionamento, senão idêntico, próximo ou embrionário do que temos hoje na legislação penal pátria”. Um desses “assuntos” é justamente a delação premiada (cf. BRITO, Nayara Graciela Sales. Livro V

O nó que precisamos resolver agora é o do conceito de crítica para a historiografia. Para uma proposta como a de António Manuel Hespanha fundada no respeito à alteridade do passado<sup>7</sup>, não me parece que a crítica como denúncia da presença de elementos antigos no presente seja a mais adequada. Na verdade, quando o elemento antigo é mencionado como algo negativo no bojo de algum fenômeno atual, na verdade, essa negatividade já foi pré-definida pelo juízo crítico que se pretende fazer em relação ao objeto atual. No fundo, a história, nesse caso, não passa de um simples reforço retórico baseado no senso comum de que o presente é melhor do que o passado (ou, talvez, em estereótipos sobre alguns períodos específicos do passado). Ou seja, no fim das contas chegaríamos ao mesmo imaginário progressista que, globalmente, tende a legitimar o presente.

Não pretendo de forma alguma negar que existam analogias entre a delação premiada da nossa recentíssima legislação e institutos jurídicos de outrora. Para uma historiografia fundada, na esteira de Hespanha, no respeito à alteridade do passado (e, portanto, na descontinuidade) o importante é que o passado seja preservado ao máximo em sua espessura própria, o que não é contraditório com o eventual reconhecimento de que existem estruturas de longa duração. No caso da delação premiada, algumas das analogias entre presente e passado são, aliás, bastante evidentes. Todavia, respeitar a alteridade do passado significa conseguir ir além dessa sobreposição temporal. Tais semelhanças podem ser o nosso ponto de partida no sentido de que, de fato, as questões contemporâneas ao historiador estimulam as suas pesquisas com novos objetos e abordagens. Por isso, inclusive, é que me parece possível visitar um tema historiográfico tão clássico como a Inconfidência Mineira, sobre a qual, aparentemente, não havia mais quase nada a acrescentar, com uma pergunta nova nascida dos debates atuais sobre a delação premiada. No

---

das Ordenações Filipinas e três institutos atualmente conhecidos no Direito Penal. *Boletim Conteúdo Jurídico*, n. 118, 5 de dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29842> Acesso em: 04/08/2017).

<sup>7</sup> Nesse aspecto, no mesmo sentido, cf. COSTA, Pietro. Passado: dilemas e instrumentos da historiografia. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, n. 47, 2008. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/15733/10439> Acesso em: 12/01/2018.

entanto, as analogias entre passado e presente só podem ser um começo, mas não um ponto de chegada. Enfatizar as descontinuidades: eis a operação intelectual que o historiador deve ser capaz de realizar.

Com esses cuidados em mente, vamos nos debruçar um pouco mais de perto, agora, sobre o caso das delações de Joaquim Silvério dos Reis e o dispositivo das Ordenações Filipinas que, aparentemente, estava em jogo.

## 2. A LÓGICA DAS MERCÊS

Estamos no ano de 1788. Como bem se sabe, havia muito descontentamento na Capitania das Minas Geraes em relação às políticas de controle da colônia levadas a cabo pelo governo português, em particular no que diz respeito à drenagem de recursos através do fisco<sup>8</sup>. Isso é o que podemos determinar com alguma segurança que realmente incomodava os famosos inconfidentes. É muito mais difícil afirmar, por outro lado, se havia acordo quanto à independência, forma republicana, abolição da escravidão e assim por diante<sup>9</sup>.

Provavelmente em 15 de março de 1789, o nosso Joaquim Silvério dos Reis foi ter com o novo governador das Minas, o Visconde de Barbacena: o dia da chamada denúncia oral, que, em seguida, foi colocada por escrito e serviu como “corpo de delicto” para a abertura da investigação contra os conjurados. Para usar as palavras das Ordenações, Joaquim Silvério havia “descoberto” a conjuração, ou seja, ele havia tirado aquilo que a cobria. Nesses casos, as Ordenações, de fato, previam perdão e mercês (isto é, favores ou prêmios, por assim dizer):

E quanto ao que fizer conselho e confederação contra o Rey, se logo sem algum espaço, e antes que per outrem seja descoberto, elle o descobrir, merece perdão. E ainda por isso lhe deve ser feita

---

<sup>8</sup> Para uma boa síntese a respeito, cf. FURTADO, João Pinto. Inconfidência mineira. In: Romeiro, A.; Botelho, V. (orgs.). *Dicionário Histórico das Minas Gerais*. 3ª ed. rev. e ampl.. Belo Horizonte: Autêntica, 2013.

<sup>9</sup> Cf., sobre as dificuldades em determinar tais aspectos do projeto dos inconfidentes, o livro do historiador João Pinto Furtado: FURTADO, João Pinto. *O manto de Penélope*. História, mito e memória da Inconfidência Mineira de 1788-9. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

mercê, segundo o caso merecer, se elle não foi o principal tratador desse conselho e confederação. E não o descobrindo logo, se o descobrir depois por spaço de tempo, antes que o Rey seja disso sabedor, nem feita obra por isso ainda deve ser perdoado, sem haver outra mercê. E em todo caso que descobrir o tal conselho, sendo já per outrem descoberto, ou posto em ordem para se descobrir, será havido por commettedor do crime de Lesa Magestade, sem ser relevado da pena, que por isso merecer, pois o revelou em tempo, que o Rey já sabia, ou stava de maneira para o não poder deixar de saber<sup>10</sup>.

Depois da delação, Joaquim Silvério mesmo assim foi preso junto com outros acusados na Fortaleza da Ilha das Cobras, no Rio de Janeiro, e por lá permaneceu durante sete meses. Efetivamente, algo muito estranho para nós que estamos acostumados a ver os acusados saindo da prisão quando delatam (com todos os problemas, aliás, do inaceitável uso da prisão processual como instrumento de pressão)<sup>11</sup>. Nada muito surpreendente, porém, para a época que estamos analisando na medida em que não há, aqui, a lógica contratual que é congenial ao instituto hodierno da delação premiada.

Eu não posso me deter nos rocambolescos detalhes do processo dos inconfidentes, por isso eu vou diretamente ao ponto que nos interessa. Em primeiro lugar, juridicamente, nem tudo o que Joaquim Silvério obteve depois da delação eram prêmios (mercês) por ela. O pedido que ele faz ao vice-rei ao sair da prisão para que os processos que contra ele corriam na capitania de Minas Gerais fossem suspensos e alguns de seus bens devolvidos, por exemplo, não envolvia propriamente a ideia de um prêmio pela delação. Nesse requerimento – que nem é parte do processo (devassa) relativo à inconfidência – o ponto, juridicamente falando, girava em torno da competência. Segundo Joaquim Silvério, os seus inimigos na

<sup>10</sup> *Ordenações Filipinas*, Liv. V, Tit. VI, § 12.

<sup>11</sup> Para uma boa síntese das diferentes opiniões sobre o assunto (ainda que não concordemos com todas as conclusões dos autores), cf. SUXBERGER, A. H. G., MELLO, G. S. J. V. de. A voluntariedade da colaboração premiada e sua relação com a prisão processual do colaborador. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 3, n. 1, 2017. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/40/57> Acesso em: 09/11/2017.

capitania das Minas Geraes estavam injustamente movendo-lhe processos e algumas decisões já tinham atingido os seus bens. Todavia, os principais argumentos do nosso delator giravam em torno da incompetência dos juízes de Minas para julgá-lo. O motivo? Desde a sua prisão, o seu domicílio tornara-se o Rio de Janeiro, situação que não havia se modificado depois da sua saída da Fortaleza da Ilha das Cobras porque ele tinha sido solto “em homenagem”, isto é, não podia se ausentar da capital<sup>12</sup>. E assim ele solicitava a nulidade dos atos dos juízes, com a consequente liberação de alguns bens e indenização. O fato de ele ter colaborado com a “descoberta” da “confederação contra o rei” até é mencionada como recurso retórico adicional, mas não era o ponto juridicamente central.

No âmbito daquilo que podemos considerar consequência jurídica da delação, temos, por exemplo, o perdão da pena, a obtenção do *status* de fidalgo da casa real (e vantagens correlatas)<sup>13</sup> e alguns ofícios do aparato estatal português que Joaquim Silvério exerceria<sup>14</sup>.

É interessante notar que os pedidos dos dois últimos “prêmios” foram feitos em processos apartados após o encerramento do caso dos inconfidentes. Em suma, outro detalhe estranho para os olhos atuais. O caso do perdão da pena também é curioso porque o nosso delator é

---

<sup>12</sup> *Autos de devassa da inconfidência mineira*. Vol. 3. Belo Horizonte: Imprensa Oficial de Minas Gerais, 1981. p. 431-432.

<sup>13</sup> *Joaquim Silvério dos Reis, Carta de Padrão. Tença de 12\$000 rs num dos Almojarifados do Reino a título do Hábito da Ordem de Cristo. Registo Geral de Mercês de D. Maria I*, liv. 22, f. 66v, 1795. Dados arquivísticos disponíveis em: <http://digitalq.arquivos.pt/details?id=1981336> Acesso em: 29/09/2017. Vale anotar que este é, provavelmente, o documento mais importante relativo aos prêmios obtidos por Joaquim Silvério pela delação, mas nunca foi mencionado pela historiografia. As referências a tais prêmios aparecem em documentos indiretos na coleção dos “Autos da devassa” editado pela Imprensa Oficial de Minas Gerais entre os anos 1970 e 1980 e nos documentos encontrados por Valle Cabral e publicados em 1892 na “Revista Trimensal do Instituto Historico e Geographico Brasileiro”, Tomo LV, p. 405.

<sup>14</sup> Cf., por exemplo, *Requerimento do Coronel Joaquim Silvério dos Reis Monte Negro ao rei D. João VI, no qual pede a mercê do ofício vitalício de escrivão da ouvidoria da vila de S. João Del-Rei, comando do Rio das Mortes*. 4 de janeiro de 1808. Disponível em: [https://bdlb.bn.gov.br/redeMemoria/bitstream/handle/123456789/91326/AHU\\_ACL\\_CU\\_005%2c%20Cx.%20187%2c%20D.%201.pdf?sequence=3&isAllowed=y](https://bdlb.bn.gov.br/redeMemoria/bitstream/handle/123456789/91326/AHU_ACL_CU_005%2c%20Cx.%20187%2c%20D.%201.pdf?sequence=3&isAllowed=y) Acesso em: 13/10/2017.

solenemente ignorado enquanto acusado na sentença da inconfidência<sup>15</sup>. Ele foi perdoado tacitamente, sem a menção explícita ao já citado artigo das Ordenações. Uma situação muito insólita tendo em vista o modo de funcionamento da justiça criminal atual e das delações premiadas, mas que, talvez, faça sentido no contexto de uma ordem jurídica que ainda não era legalista<sup>16</sup>.

Para evitar a armadilha metodológica que esvazia o estranhamento até que ele se torne plenamente familiar, precisamos compreender todos esses “prêmios” na lógica de uma expressão utilizada no texto que vimos das Ordenações: mercês. Dessa forma, vamos levar a sério o estranhamento para que ele possa nos dizer algo sobre as especificidades históricas do instituto jurídico com o qual estamos lidando. As relações entre quem concede uma mercê e quem a recebe funda-se em um imaginário não-sinalagmático, não contratual. O conceito de mercês, na concepção da época, era algo próximo da graça, como podemos perceber pelo famoso “Diccionario da lingua portugueza” de Rafael Bluteau: “Mercê, f.f. graça, beneficio, dom gratuito v. g., fazer mercê da vida, de hum officio. § f. À mercê das ondas, dos ventos, i. e. à vontade, ao arbítrio (...); v. cortesia. (...)”<sup>17</sup>. Assim como nos casos de comutação ou perdão da pena através da graça real, as mercês eram expressão da magnanimidade do rei. O dever de generosidade era difuso no imaginário social da época e a medida da generosidade do soberano deveria estar de acordo com a própria majestade

---

<sup>15</sup> *Autos de devassa da inconfidência mineira*. Vol. 7. Belo Horizonte: Imprensa Oficial de Minas Gerais, 1982. p. 198-238 e p. 268-272.

<sup>16</sup> Sobre o caráter não legalista da ordem jurídico-penal do Antigo Regime português, cf. HESPANHA, António Manuel. Da “iustitia” à “disciplina”. Textos, poder e política penal no Antigo Regime. In: \_\_\_\_\_ (org.). *Justiça e Litigiosidade: história e prospectiva*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993. p. 287-327. No final do século XVIII, o direito penal brasileiro estava passando por uma transição, descrita em suas linhas gerais em WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. O direito penal entre o antigo e o moderno. In: \_\_\_\_\_. *Direito e justiça no Brasil colonial*. O tribunal da relação do Rio de Janeiro (1751-1808). Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

<sup>17</sup> BLUTEAU, Rafael; SILVA, António de Moraes. *Diccionario da lingua portugueza composto pelo padre D. Rafael Bluteau, reformado, e acrescentado por Antonio de Moraes Silva (...)*. Vol. 2: L-Z. Lisboa: Na Officina de Simão Thaddeo Ferreira, 1789. Disponível em: <http://www.brasiliana.usp.br/handle/1918/00299220> Acesso em: 29/09/2017.

da sua posição político-social<sup>18</sup>. Joaquim Silvério e os outros denunciadores da inconfidência (no total, foram seis denúncias que formaram o “corpo de delicto”<sup>19</sup> inicial, sem contar as outras que foram juntadas ao longo das investigações) sempre utilizaram a fórmula da recusa de qualquer prêmio<sup>20</sup>. A intenção do denunciador nunca poderia ser, retoricamente, obter um prêmio à altura do serviço prestado. Obviamente, tratava-se de retórica, mas, para uma história do pensamento, como a que eu estou tentando fazer, tal fórmula retórica não deve ser subestimada porque remete exatamente a esse imaginário não-sinalagmático que especifica o conceito de mercês da época. Por outro lado, é bem verdade que quem solicitava uma mercê deveria fazer por merecer.

É preciso, então, determinar o merecimento. A partir do século XVII, foi erigido em Portugal todo um aparato burocrático – com procedimentos e exigências regulamentadas – para a concessão das mercês<sup>21</sup>. Por essa razão, um dos documentos que Joaquim Silvério teve que produzir para o seu pedido de concessão do *status* de fidalgo da casa real (que incluía uma pensão em dinheiro) foi uma declaração do Visconde de Barbacena atestando que ele tinha sido o primeiro denunciador da conjuração. A propósito de tais exigências, vale lembrar que o conceito de mercê cobria praticamente qualquer retribuição do Estado por serviços

---

<sup>18</sup> Hespanha, António Manuel. As categorias do direito: o direito do início da era moderna e a imaginação antropológica da antiga cultura europeia. In: \_\_\_\_\_. *A política perdida*. Ordem e governo antes da modernidade. Curitiba: Juruá, 2010. p. 52

<sup>19</sup> O “corpo de delicto”, de acordo com manual de processo criminal de Joaquim José Caetano Pereira e Sousa (SOUSA, Joaquim José Caetano Pereira. *Primeiras linhas sobre o processo criminal*. Segunda edição emendada, e acrescentada. Lisboa: Oficina de Simão Thaddeo Ferreira, 1800. p. 40), poderia se constituir por “inspeção ocular”, “conjecturas legítimas” ou “depoimentos de testemunhas”. Outros oito depoimentos ainda seriam acrescentados ao “corpo de delicto” na sequência das investigações (*Autos de devassa da inconfidência mineira*. Vol. 1. Belo Horizonte: Imprensa Oficial de Minas Gerais, 1976. p. 89 nota 1).

<sup>20</sup> Cf., por exemplo, *Autos de devassa da inconfidência mineira*. Vol. 1. Belo Horizonte: Imprensa Oficial de Minas Gerais, 1976. p. 94-95 e p. 102.

<sup>21</sup> OLIVAL, Fernanda. La economía de la merced en la cultura política del Portugal moderno. In: PÉREZ, Francisco José Aranda & RODRIGUES, José Damião (eds.) *De Re Publica Hispaniae*: una vindicación de la cultura política en los Reinos ibéricos en la primera modernidad. Sílex: Madrid, 2008. p. 394-397.

dos súditos (inclusive dinheiro para publicação de um livro, que é um dos exemplos trazidos pela obra “Prática Judicial” do século XVIII na parte sobre o procedimento para obter uma mercê<sup>22</sup>), de modo que não nos deve surpreender essa rotinização burocrática.

Em dezembro de 1794, Joaquim Silvério dos Reis conseguiu se tornar fidalgo da casa real (além de ter obtido alguns outros “prêmios”). Em 1808, quase dez anos depois da sentença dos inconfidentes, reencontraremos o nosso delator solicitando a mercê de um ofício que restara vacante em São João Del-Rey<sup>23</sup>. Estava criada uma espécie de espiral de mercês. Não existia nada de similar a um contrato – como hoje – que pudesse estabelecer, mesmo que de forma aproximativa ou aberta, as obrigações entre as partes e o termo final delas, evitando que elas pudessem se prolongar indefinidamente no tempo. Mas isso não era um defeito do direito da época. Antes pelo contrário: é da essência do conceito de mercês colocar em marcha uma espécie de círculo virtuoso entre os sujeitos, que envolvia fidelidade ao superior, mas que acabava inserindo, também, o próprio soberano em uma teia de deveres. Por isso, não é de hoje que a historiografia vem enfatizando o papel da “economia das mercês” (ou do “dom”) como fulcro das relações políticas do Antigo Regime<sup>24</sup>. Nesse sentido, a lógica que conhecemos das obrigações contratuais não estava no horizonte das mercês concedidas aos delatores.

Na doutrina setecentista, aparentemente, não havia grande preocupação em tratar de maneira distinta as delações seguidas de mercês e/ou perdão. Elas acabavam se confundindo com as denúncias que davam início a ações penais (hoje em dia, o mais comum, ao contrário, é encontrarmos investigados que, no meio da ação, delatam para escapar de sanções mais graves ou mesmo da prisão processual, de modo que

---

<sup>22</sup> CABRAL, António Vanguerve. Capítulo LIV. Acerca das mercês que se requerem a Sua Magestade pelo Conselho da Fazenda. In: \_\_\_\_\_. *Pratica judicial*, muyto util, e necessaria para os que principião os officios de julgar, e advogar e para todos os que solicitaõ causas nos Auditorios de hum, e outro foro. Coimbra: Na Officina de Antonio Simoens Ferreira, 1730. p. 602-603.

<sup>23</sup> Cf. as duas notas anteriores relativas aos prêmios juridicamente vinculados à delação de Joaquim Silvério.

<sup>24</sup> Cf., por todos, as referências mencionadas em notas anteriores de Fernanda Olival e António Manuel Hespanha.

não é por acaso que muitos consideram a delação premiada uma técnica especial de investigação<sup>25</sup>). O famoso jurista Paschoal de Mello Freire e o verbete “denunciante/denunciador” do “Dicionário Jurídico” de Pereira e Sousa, por exemplo, chegam a mencionar as denúncias com prêmios na parte sobre o modo de iniciar a ação penal através de denúncia. Aliás, os prêmios relativos à delação de crime de lesa-majestade não eram casos isolados nas Ordenações<sup>26</sup>.

A nossa dificuldade é compreender esses dispositivos em um contexto em que o texto legal era somente uma das fontes do direito, em que se valorizava o arbítrio judicial como instrumento de equidade no caso concreto e em que a intervenção da graça tinha um papel importante para a veiculação da imagem do soberano como “pai”<sup>27</sup>. Uma hipótese plausível é que os dispositivos das Ordenações eram somente consolidações de práticas ou tentativas de estender/estimular para outros casos a premiação. Pois, seja através da graça real, seja através do arbítrio judicial, não me parece que existiriam dificuldades jurídicas em premiar um “súdito fiel” que tivesse denunciado um crime qualquer. Os prêmios da delação atual, naturalmente, operam em um sistema em que a lei tem, apesar de tudo, um papel constitutivo muito mais preeminente.

---

<sup>25</sup> Independentemente da correção dogmática do enquadramento, basta-nos sublinhar que, de fato, a delação premiada atual nasce no bojo de preocupações ligadas à efetividade de investigações contra organizações criminosas.

<sup>26</sup> “Divide-se [a denúncia] em pública, quando o delator diz o seu nome, ou oculta, caso contrário; em jurada ou simples; e em voluntária, quando a faz de livre vontade, ou necessária, quando a faz por mandado da lei. (...) As nossas leis aprovam estas espécies de denúncia. Com efeito, não só admitem a oculta e necessária no crime de blasfêmia, Ord. Liv. 5 tit. 2 § 5, lesa majestade tit. 6 § 12, adulteração da moeda tit. 12 § último, crime nefando e semelhantes, tit. 13 § 5, mas as Ordenações citadas até premiam os delatores” (FREIRE, Pascoal de Melo. *Instituições de Direito Criminal Português*. s/d Disponível em: <http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1012.pdf> Acesso em: 26/09/2017. p. 100); Pereira e Sousa, depois de definir o conceito de denunciante, colacionou vários dispositivos legais que previam prêmios para os denunciantes (SOUSA, Joaquim José Caetano Pereira e. *Esboço de hum dictionario juridico* (...). Obra posthuma. Tomo Primeiro (A – E), Lisboa: Typographia Rollandiana, 1825. Disponível em: [https://play.google.com/books/reader?id=tZZ-FAAAACA&printsec=frontcover&output=reader&hl=pt\\_BR&pg=GBS.PP5](https://play.google.com/books/reader?id=tZZ-FAAAACA&printsec=frontcover&output=reader&hl=pt_BR&pg=GBS.PP5) Acesso em: 11/08/2017. p. 288 e seguintes).

<sup>27</sup> Cf. o já mencionado artigo de A. M. Hespanha “Da iustitia à disciplina...”.

Não há nada de contratual nos prêmios obtidos por Joaquim Silvério dos Reis pela sua delação. Penso que essa seja a principal diferença que precisamos fixar para compreender historicamente as delações previstas nas Ordenações. Abstrair esse aspecto significa entender muito pouco daquela realidade histórica, pois a delação de Joaquim Silvério, de fato, remete a um dado importantíssimo das relações sociais, institucionais e políticas do Antigo Regime: a já referida “economia do dom” ou das “mercês”. Como bem explica António Manuel Hespanha, “el don nunca responde a esa lógica contable o comercial según la cual en le mente del bienhechor anida ya la idea previa de que va a ser puntualmente satisfecho”<sup>28</sup>, muito embora, por outro lado, tenha havido uma “progresiva implantación de la obligatoriedad de la recompensa” em termos burocráticos, isto é, para evitar que a coroa pagasse mercês indevidas<sup>29</sup>. Os prêmios pela delação de Joaquim Silvério – aqueles em que efetivamente havia essa relação jurídica de causa e consequência – enquadram-se justamente na lógica descrita por Hespanha, no centro de uma tensão entre liberalidade e obrigação de recompensar, de qualquer forma exterior à lógica contratual. A delação como fruto de negociações que se cristalizam em algo, no mínimo, semelhante a um contrato foi se desenhando paulatinamente ao longo das últimas décadas, como veremos logo adiante.

### 3. A LÓGICA DO CONTRATO

A delação premiada, além de se inscrever na história de longa duração dos traidores de todos os gêneros (desde que a longa duração não nos impeça de enxergar as descontinuidades), também se vincula à história plurissecular das práticas de negociação no âmbito da justiça criminal. A historiografia jurídica, ao contrário de alguns estereótipos renitentes, já vem mostrando desde há muito que o coração da justiça

<sup>28</sup> HESPANHA, António Manuel. La economía de la gracia. In: \_\_\_\_\_. *La gracia del derecho*. Economía de la cultura en la edad moderna. Trad. Ana Cañellas Haurie. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993b. p. 155

<sup>29</sup> HESPANHA, António Manuel. La economía de la gracia. In: \_\_\_\_\_. *La gracia del derecho*. Economía de la cultura en la edad moderna. Trad. Ana Cañellas Haurie. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993b. p. 175

criminal medieval era a negociação entre as partes<sup>30</sup>. A partir do final da Idade Média, aquilo que o historiador do direito Mario Sbriccoli chama de justiça negociada passa a conviver com uma justiça de aparato, que pretende punir em nome da ordem pública, pois o delito não seria mais somente um dano contra um indivíduo e seu *entourage* (como na concepção oriunda da Alta Idade Média)<sup>31</sup>. Porém, durante muito tempo ainda (no mínimo, até o final do século XVIII, com significativas variações locais), a justiça de aparato articulou-se com as negociações entre as partes; de certa forma ela pressupõe a existência de tais práticas e existem institutos jurídicos capazes de neutralizar a ação da justiça de aparato em nome da validade da paz estabelecida entre as partes<sup>32</sup>, institutos que serão combatidos ainda com mais força no contexto do legalismo dos séculos XIX e XX. Não por acaso, a ação penal pública ganha espaço nesse período<sup>33</sup>.

A delação premiada parece tomar uma estrada muito diferente, pois ela se materializa em uma espécie de negócio jurídico<sup>34</sup>.

---

<sup>30</sup> Cf., por exemplo, SBRICCOLI, Mario. *Giustizia negoziata, giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase degli studi di storia della giustizia criminale*. In: \_\_\_\_\_. *Storia del diritto penale e della giustizia*. Scritti editi e inediti. Vol. II. Milano: Giuffrè, 2009. Para uma boa síntese em português, do mesmo autor, cf. as primeiras páginas de SBRICCOLI, Mario. *Justiça criminal. Discursos Sediciosos*, n. 17/18, 2010.

<sup>31</sup> SBRICCOLI, Mario. “Vidi communiter observari”. *L'emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII*. In: \_\_\_\_\_. *Storia del diritto penale e della giustizia*. Vol. I. Milano: Giuffrè, 2009.

<sup>32</sup> Para uma síntese eficaz sobre o assunto, cf. ALESSI, Giorgia. *Processo penale: profilo storico*. Roma/Bari: Laterza, 2001; ALESSI, Giorgia. *O direito penal moderno entre retribuição e reconciliação*. In: DAL RI JÚNIOR, Arno; SONTAG, Ricardo (org.). *História do direito penal entre medievo e modernidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 169-195.

<sup>33</sup> Para o caso brasileiro, cf. as pesquisas de Lucas Ribeiro Garro intitulada “Furto de gado, ação penal e justiça não estatal: sobre o nascimento da ação penal pública condicionada à representação no Brasil” (no prelo) e a de Arley Fernandes Teixeira, “O perdão do ofendido na cultura jurídico-penal brasileira do século XIX: negociação no século da justiça pública?” (neste mesmo número da RBDPP).

<sup>34</sup> Alguns juristas consideram o documento que finaliza as negociações de uma delação um verdadeiro negócio jurídico. Cf., por último, ROSA, Alexandre Morais da. *Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico*. Florianópolis: Modara, 2018. p. 243. Mesmo aqueles que não o consideram um negócio jurídico em sentido estrito,

É evidente que é possível imaginar a existência de negociações nos bastidores de todo e qualquer processo penal, mas, na condição de historiador do direito, o que me interessa é a cristalização de tais práticas em institutos jurídicos, o que não é nada inócua, pois as características de um instituto definem práticas também. Nesse sentido, o que eu gostaria de destacar é que, em comparação com a atualidade, o instituto da delação no caso de Joaquim Silvério, como vimos, não é negocial. Ou seja, ele não pressupõe a formalização de um acordo entre as partes. Por essa razão, aquilo que Joaquim Silvério teve que fazer, em termos de documentos produzidos, de ações concretas para se mover no aparato da época, é muito diferente do que deve fazer um delator hoje. Se houve alguma negociação, ela era externa à justiça criminal em si: muito diferente da situação atual.

A ênfase nos mecanismos de negociação nos permite introduzir mais uma ruptura no âmbito da história recente da delação premiada no Brasil. As primeiras delações previstas na legislação brasileira da década de 1990 não eram institutos negociais. As delações foram ganhando esses contornos com o passar dos anos.

NÚMERO DA LEI	NOME DA LEI	ARTIGOS
7.492/1986 (modificada pela lei n. 9.080/1995)	<i>Lei do colarinho branco ou dos crimes contra o sistema financeiro</i>	Art. 25 (acréscimo do § 2º pelo art. 1º da lei 9.080/1995)
8.072/1990	<i>Lei dos crimes hediondos</i>	Art. 7º (acréscimo no § 4º do art. 159 do código penal)
8.137/1990 (modificada pela lei n. 9.080/1995)	<i>Lei dos crimes contra a ordem tributária</i>	Art. 16 (acréscimo do § 2º pelo art. 1º da lei 9.080/1995)
9.034/1995	<i>Lei de combate ao crime organizado</i>	Art. 6

---

admitem que há uma espécie de lógica contratual. Cf., por exemplo, MEN-DRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 6. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Atlas, 2016. p. 150-205.

NÚMERO DA LEI	NOME DA LEI	ARTIGOS
9.613/1998	<i>Lei dos crimes de lavagem de dinheiro</i>	Art. 1, § 5
9.807/1999	<i>Lei de proteção a vítimas e testemunhas</i>	Art. 13
10.409/2002	<i>Lei de tóxicos</i>	Art. 32, § 2
12.529/2011	<i>Lei antitruste</i>	Art. 86
12.846/2013	<i>Lei anticorrupção</i>	Art. 16
12.850/2013	<i>Lei de combate ao crime organizado</i>	Aer. 3 e ss.

No famoso caso Banestado, do início dos anos 2000, houve a formalização de um termo de acordo de delação premiada que se tornou modelo para os processos subsequentes (inclusive para a Lava-Jato)<sup>35</sup>. Não por acaso, ele é posterior à famosa lei de proteção às testemunhas de 1999 (invocada no preâmbulo do acordo) que, talvez, possamos considerar que previa alguns dispositivos negociais<sup>36</sup>. Algumas leis posteriores também chegaram a mencionar expressamente “acordos”, todavia, a regulamentação legal detalhada da negociação é ainda posterior. O principal marco nesse sentido é a atual lei nº 12.850 de 2013. Antes dessa legislação, incluindo, por exemplo, o prêmio por delação da lei de crimes hediondos de 1990, a meu ver, ainda estavam fundadas na lógica do direito subjetivo<sup>37</sup>. Não

<sup>35</sup> Cf. *Acordo de delação premiada (Ministério Público Federal-PR x Alberto Yousef)*. Curitiba, 16 de dezembro de 2003. Disponível em: <https://blogdovladimir.files.wordpress.com/2015/08/acordo-dedelac3a7c3a30-de-alberto-youssef.pdf> Acesso em: 29/09/2017.

<sup>36</sup> Houve, inclusive, divergência na doutrina da época para determinar se as consequências previstas para os delatores nesta lei eram direitos subjetivos ou não. Cf., por exemplo, LEAL, João José. A lei 9.807/99 e a figura do acusado-colaborador ou prêmio à delação. *Revista dos Tribunais*, vol. 782, 2000. p. 450-451.

<sup>37</sup> Ainda que em termos ligeiramente diferentes dos meus, Vinícius Vasconcelos é um dos poucos juristas que eu encontrei que se preocuparam em sublinhar as diferenças entre esses dois momentos: a lei de 2002, segundo ele, seria o momento em que se começou a conceber a delação premiada como um acordo entre as partes” e a lei de 2013 seria o “triumfo da justiça criminal

se pressupunha uma negociação: se o acusado delatasse, ele teria direito ao prêmio previsto em lei. Evidentemente, havia um largo espaço para o arbítrio judicial, mas isso ainda não é o suficiente para caracterizar um instituto negocial. Para não ferir a precisão dogmática, vale ressaltar que eu emprego a expressão ‘lógica do direito subjetivo’ porque houve polêmica na época se tais institutos criavam ou não direitos subjetivos. Eu não pretendo entrar em tal debate, porque a expressão que eu usei é mais ampla e pretende se opor tão somente à lógica da negociação.

A delação premiada, assim, está inserida em um amplo processo – que os processualpenalistas já vêm percebendo (e não é de hoje) – de inserção de elementos negociais no processo penal brasileiro nas últimas décadas. Esquemáticamente, para crimes de menor potencial ofensivo, o grande marco é a lei que instituiu os juizados especiais criminais, a lei nº 9.099 de 1995; para crimes graves, isto é, que envolvem organizações criminosas, graves danos ao erário público, e assim por diante, o marco mais importante é a já referida lei de 2013.

Negociações. Todavia, em ambos os casos, a desativação, ainda que parcial, da punição estatal não se faz em nome da paz estabelecida entre as partes ou mesmo entre o acusado e o poder público, como na lógica da justiça negociada pré-moderna analisada, por exemplo, pelo historiador do direito Mario Sbriccoli. Nos termos de acordo de delação, é possível encontrar, sintomaticamente, a menção ao “interesse público” naquele negócio jurídico. Qual é esse interesse público? Basicamente, punir os outros membros da organização criminosa. Mesmo no caso dos juizados especiais criminais, ao contrário das visões superficiais que enxergam tal lei simplesmente como portadora de institutos despenalizadores, o propósito central – e isso se vê pelos debates parlamentares da época – era fazer o poder punitivo chegar em lugares que ele não alcançaria pela via do custoso e pesado processo penal tradicional<sup>38</sup>. Ou seja, as negociações

---

negocial no processo penal brasileiro” (VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 41).

<sup>38</sup> Cf. a interessante pesquisa de PAULO, Alexandre Ribas de. Breve abordagem histórica sobre a lei dos Juizados Especiais Criminais. *Âmbito Jurídico*, v. 70, 2009. Disponível em: [http://ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6919&revista\\_caderno=22](http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6919&revista_caderno=22) Acesso em: 29/09/2017.

atuais estariam sendo feitas em nome de objetivos similares àqueles da justiça antinegocial pré-moderna? A semelhança existe, mas, escavando um pouco mais a fundo, é possível perceber que as negociações contemporâneas estão perfeitamente inseridas no interior das atuais tendências efficientistas do processo penal, cuja legitimidade repousa no hodierno imaginário punitivista.

Em síntese, quanto mais procuramos dar concretude aos fundamentos e ao modo de funcionamento do instituto da delação premiada nos dois momentos históricos aqui escolhidos (final do século XVIII e transição do século XX para o XXI) – se é que ele era um verdadeiro ‘instituto’ nas Ordenações Filipinas – mais claras se tornam as suas especificidades. Existiam prêmios nos dois casos: o primeiro, porém, na lógica das mercês que poderia estimular uma espiral de relações de reciprocidade sem termo definido (que foi o que aconteceu no caso do nosso Joaquim Silvério); um modo de funcionamento que se opõe tanto à lógica do direito subjetivo de alguns dos primeiros prêmios criados pela legislação brasileira do final do século XX, tida como a origem próxima da atual delação premiada, como à lógica negocial típica dos últimos desenvolvimentos do instituto no nosso direito em que o processo de obtenção da informação se encerra com documentos redigidos na forma de contratos (por mais que exista divergência dogmática sobre o enquadramento deles como contratos propriamente ditos). Em suma, comparar passado e presente sem diluir um no outro.

## **CONCLUSÕES E POST SCRIPTUM**

O imaginário punitivista que serve de pano de fundo para as atuais delações incide sobre o próprio modo como vem se lidando socialmente com esses novos traidores, sobretudo em casos de corrupção. Por um lado, ainda existe o juízo moral negativo da traição (as reminiscências de Judas / Joaquim Silvério não deixaram de surtir algum efeito). Por outro lado, tais traições parecem corresponder a um desejo social que não me parece ser somente o da justa punição contra quem se apropriou privadamente da coisa pública. Trata-se, a meu ver, da já referida sanha punitivista contemporânea.

Inclusive, em um livro recente sobre a Inconfidência Mineira para leigos, o jornalista Pedro Dória precisou utilizar um expediente no mínimo curioso para evitar a supramencionada tensão. Ele basicamente defende que o Estado no Antigo Regime se identificava com uma pessoa e que, portanto, apesar de os impostos serem pequenos em comparação com a atualidade, a ausência de qualquer “retorno” para a sociedade justificaria a ação dos inconfidentes - conseqüentemente, a odiosidade do delator. Um raciocínio que se funda em uma visão absolutamente caricaturada do Estado no Antigo Regime. Nesse sentido, a corrupção, naquela época, seria “dinheiro que se tira do soberano”, enquanto, hoje em dia, seria sinônimo de expropriar toda a população, pois “os impostos têm destino claro: o benefício da sociedade”. Daí a diferença entre os delatores atuais e Joaquim Silvério: “o delator no século XVIII, ao comunicar crimes ao Estado, na verdade entregava quem lutava por alguma forma de liberdade ao tirano. Ao comunicar crimes ao Estado hoje, o delator os revela à sociedade. Se um dia a vítima do delator foi o povo, hoje o povo é vítima dos crimes delatados”<sup>39</sup>. Ora, bem sabemos que o objeto de tutela indireto de todos os crimes é essa tal “sociedade”. Desse ponto de vista, toda delação seria boa e bela. Em outras palavras, tirando as devidas conseqüências do argumento de Dória: para os crimes que me parecem justos, a delação é ruim; para os crimes que me parecem realmente injustos, a delação é boa. Abstraindo a fragilidade teórico-filosófica do raciocínio, ele denota um total desconhecimento acerca dos crimes que se assemelhavam ao nosso conceito de corrupção no período colonial (que ele toma como algo inexistente em função de um a-histórico e onipresente “patrimonialismo” da nossa sociedade, cuja única mudança seria: aceitabilidade no século XVIII; inaceitabilidade hoje, o que é outra oposição que, do ponto de vista histórico, não se sustenta)<sup>40</sup>. No fundo, a comparação pretensamente

<sup>39</sup> DORIA, Pedro. *1789 – Os contrabandistas, assassinos e poetas que lutaram pela independência do Brasil*. Rio de Janeiro: Harper Collins, 2017. p. 13-14

<sup>40</sup> Sobre corrupção no Brasil colonial, cf. ROMEIRO, Adriana. *Corrupção e poder no Brasil: uma história, séculos XVI a XVIII*. Belo Horizonte: Autêntica, 2017. Para uma análise histórico-jurídica da passagem para a modernidade jurídico-penal em tema de crimes de corrupção no Brasil do século XIX, cf. FARIA, Alexia Alvim Machado. *Peita, suborno e a construção do conceito jurídico penal de corrupção: patronato e venalidade no Brasil imperial (1824-1889)*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de

histórica de Pedro Dória merece muito mais crédito como sintoma do já mencionado imaginário punitivista atual do que como explicação histórica, na medida em que, por exemplo, ignora toda a enorme gama de graus de reprovabilidade de condutas que poderiam se encaixar nos tipos penais de corrupção em nome da proteção abstrata de um Estado do Bem-Estar Social. Esse tipo de simplificação grosseira, a meu ver, só se explica graças ao punitivismo que constitui o senso comum contemporâneo sobre esses crimes e que tornam aparentemente óbvia uma legitimação tão superficial como essa da delação premiada, ignorando que ela é, de fato, um instituto cheio de perigos, que desafia, sim, uma série de padrões garantistas de direito penal e que pode, sim, custar muito para o nosso aparato jurídico.

Apesar do otimismo de Pedro Dória, de alguns juristas, advogados, e, principalmente, de vários representantes do Ministério Público, existem muitas perguntas em aberto sobre a delação premiada. A maioria delas gira em torno da compatibilidade entre negociação e garantias individuais. E nem todos esses problemas são contingências relativas à aplicação ou a abusos de alguns agentes da justiça criminal.

A história do direito não tem as respostas para tais perplexidades. As respostas não estão no passado. Legitimar ou deslegitimar a delação premiada invocando a continuidade entre coisas bonitas ou feias do passado (respectivamente) não resolve qualquer problema, nem prático e nem teórico. A dita continuidade entre o caso de Joaquim Silvério e a nossa recente legislação não ajuda a tornar mais arguto o olhar do jurista sobre o presente. Como compreender as especificidades históricas do direito atual (ou de um instituto jurídico) sem o contraste das diferenças do passado? Para o jurista do direito positivo, aprofundar a compreensão do seu próprio contexto deveria significar conseguir ir além das sobreposições simplistas da memória (no nosso caso, reforçadas, é verdade, pelas mitologias em torno da Inconfidência Mineira), de modo a afinar a sua leitura do instituto (e seus riscos) tendo em vista as suas especificidades históricas. E o raciocínio é válido seja para os juristas radicalmente contrários à delação premiada como para aqueles que consideram que ela merece ser mantida.

---

Minas Gerais, Faculdade de Direito, 2018. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1843/BUOS-B2HFKE>. Acesso em: 21/09/2018.

Comparação entre passado e presente: como bem sublinhou Paolo Grossi, um precioso instrumento nas mãos do historiador do direito<sup>41</sup>. Através dele (e da correspondente ênfase na descontinuidade) parece-me que a contribuição do historiador do direito para o processualpenalista possa ser muito mais efetiva, muito embora, talvez, um pouco mais discreta.

## REFERÊNCIAS

*Acordo de delação premiada (Ministério Público Federal-PR x Alberto Youssef)*. Curitiba, 16 de dezembro de 2003. Disponível em: <https://blogdovladimir.files.wordpress.com/2015/08/acordo-dedelac3a7c3a3o-de-alberto-youssef.pdf> Acesso em: 29/09/2017.

ALESSI, Giorgia. O direito penal moderno entre retribuição e reconciliação. In: DAL RI JÚNIOR, Arno; SONTAG, Ricardo (org.). *História do direito penal entre medievo e modernidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

ALESSI, Giorgia. *Processo penale: profilo storico*. Roma/Bari: Laterza, 2001.

ALMEIDA, Cândido Mendes de (org.). *Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal*. 14<sup>a</sup> ed.. Rio de Janeiro: Tipografia do Instituto Filomático, 1870. Disponível em: [http://www.governodosoutros.ics.ul.pt/?menu=consulta&id\\_obra=65&acao=ver](http://www.governodosoutros.ics.ul.pt/?menu=consulta&id_obra=65&acao=ver) Acesso em: 26/09/2017.

*Autos de devassa da inconfidência mineira*. Vol. 1. Belo Horizonte: Imprensa Oficial de Minas Gerais, 1976.

*Autos de devassa da inconfidência mineira*. Vol. 3. Belo Horizonte: Imprensa Oficial de Minas Gerais, 1981.

*Autos de devassa da inconfidência mineira*. Vol. 7. Belo Horizonte: Imprensa Oficial de Minas Gerais, 1982.

BLUTEAU, Rafael; SILVA, Antônio de Moraes. *Dicionário da língua portuguesa composto pelo padre D. Rafael Bluteau, reformado, e acrescentado por Antonio de Moraes Silva (...)*. Vol. 2: L-Z. Lisboa: Na Officina de Simão Thaddeo Ferreira,

---

<sup>41</sup> GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. 2<sup>a</sup> ed. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Boiteux, 2007. p. 18

1789. Disponível em: <http://www.brasiliana.usp.br/handle/1918/00299220>  
Acesso em: 29/09/2017.

BRITO, Nayara Graciela Sales. Livro V das Ordenações Filipinas e três institutos atualmente conhecidos no Direito Penal. *Boletim Conteúdo Jurídico*, n. 118, 5 de dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29842> Acesso em: 04/08/2017.

CABRAL, António Vanguerve. Capítulo LIV. Acerca das mercês que se requerem a Sua Magestade pelo Conselho da Fazenda. In: CABRAL, António Vanguerve. *Pratica judicial*, muyto util, e necessaria para os que principiaõ os officios de julgar, e advogar e para todos os que solicitaõ causas nos Auditorios de hum, e outro foro. Coimbra: Na Officina de Antonio Simoens Ferreira, 1730.

CABRAL, Valle. Conjuração mineira. Premio de uma traição. *Revista Trimensal do Instituto Historico e Geographico Brasileiro*, tomo LV, parte 1, 1892. Disponível em: <https://archive.org/stream/revistadoinstitut13brasgoog#page/n411/mode/2up>  
Acesso em: 25/09/2017.

COSTA, Pietro. Passado: dilemas e instrumentos da historiografia. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, n. 47, 2008. <http://dx.doi.org/10.5380/rfdupr.v47i0.15733>

DAL RI Jr., Arno. *O Estado e seus inimigos*. A repressão política na história do direito penal, Rio de Janeiro, Revan, 2006.

DORIA, Pedro. *1789 – Os contrabandistas, assassinos e poetas que lutaram pela independência do Brasil*. Rio de Janeiro: Harper Collins, 2017.

DUTRA, Ludmila Corrêa. A confissão e a delação premiada como método investigativo: uma releitura de técnicas medievais. In: BRODT, L. A.; SIQUEIRA, F. (orgs.). *Limites ao poder punitivo*: diálogos na ciência penal contemporânea. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

FARIA, Aléxia Alvim Machado. *Peita, suborno e a construção do conceito jurídico penal de corrupção*: patronato e venalidade no Brasil imperial (1824-1889). Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, 2018. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1843/BUOS-B2HFKE>  
Acesso em: 21/09/2018.

FREIRE, Pascoal de Melo. *Instituições de Direito Criminal Português*. s/d Disponível em: <http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1012.pdf> Acesso em: 26/09/2017.

FURTADO, João Pinto. Inconfidência mineira. In: ROMEIRO, A.; BOTELHO, V. (orgs.). *Dicionário Histórico das Minas Gerais*. 3ª ed. rev. e ampl.. Belo Horizonte: Autêntica, 2013.

FURTADO, João Pinto. *O manto de Penélope*. História, mito e memória da Inconfidência Mineira de 1788-9. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. 2ª ed. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Boiteux, 2007.

HESPANHA, António Manuel. As categorias do direito: o direito do início da era moderna e a imaginação antropológica da antiga cultura europeia. In: HESPANHA, António Manuel. *A política perdida*. Ordem e governo antes da modernidade. Curitiba: Juruá, 2010.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Coimbra: Almedina, 2012.

HESPANHA, António Manuel. Da “iustitia” à “disciplina”. Textos, poder e política penal no Antigo Regime. In: HESPANHA, António Manuel (org.). *Justiça e Litigiosidade: história e prospectiva*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993. p. 287-327.

HESPANHA, António Manuel. La economía de la gracia. In: HESPANHA, António Manuel. *La gracia del derecho*. Economía de la cultura en la edad moderna. Trad. Ana Cañellas Haurie. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993b.

Joaquim Silvério dos Reis, *Carta de Padrão. Tença de 12\$000 rs num dos Almojarifados do Reino a título do Hábito da Ordem de Cristo*. Registo Geral de Mercês de D. Maria I, liv. 22, f. 66v, 1795. Dados arquivísticos disponíveis em: <http://digitarq.arquivos.pt/details?id=1981336> Acesso em: 29/09/2017.

LEAL, João José. A lei 9.807/99 e a figura do acusado-colaborador ou prêmio à delação. *Revista dos Tribunais*, vol. 782, 2000.

LIMA, Roberto Kant de; MOUZINHO, Gláucia Maria Pontes. Produção e reprodução da tradição inquisitorial no Brasil: entre delações e confissões premiadas. *Dilemas: revista de estudos de conflito e controle social*, vol. 9, n. 3, set-dez 2016.

MAXWELL, Kenneth. *A devassa da devassa. A inconfidência mineira: Brasil – Portugal – 1750-1808*. 6ª edição. Tradução de João Maia. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

MEIRELLES, Cecília. Romanceiro da Inconfidência [1953]. In: MEIRELLES, Cecília. *Obra Poética*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1977. Disponível em: <http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/5628/material/>

CEC%C3%83%C2%ADLi%20Meireles%20-%20Romanceiro%20da%20Inconfi-  
d%C3%83%C2%AAncia%20%5BRev%5D%5B1%5D.pdf Acesso em: 29/09/2017.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. 6. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Atlas, 2016.

OLIVAL, Fernanda. La economía de la merced en la cultura política del Portugal moderno. In: PÉREZ, Francisco José Aranda & RODRIGUES, José Damião (eds.) *De Re Publica Hispaniae: una vindicación de la cultura política en los Reinos ibéricos en la primera modernidad*. Sílex: Madrid, 2008.

PAULO, Alexandre Ribas de. Breve abordagem histórica sobre a lei dos Juizados Especiais Criminais. *Âmbito Jurídico*, v. 70, 2009. Disponível em: [http://ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6919&revista\\_caderno=22](http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6919&revista_caderno=22) Acesso em: 29/09/2017.

*Requerimento do Coronel Joaquim Silvério dos Reis Monte Negro ao rei D. João VI, no qual pede a mercê do ofício vitalício de escrivão da ouvidoria da vila de S. João Del-Rei, comando do Rio das Mortes*. 4 de janeiro de 1808. Disponível em: [https://bdlb.bn.gov.br/redeMemoria/bitstream/handle/123456789/91326/AHU\\_ACL\\_CU\\_005%2c%20Cx.%20187%2c%20D.%201.pdf?sequence=3&isAllowed=y](https://bdlb.bn.gov.br/redeMemoria/bitstream/handle/123456789/91326/AHU_ACL_CU_005%2c%20Cx.%20187%2c%20D.%201.pdf?sequence=3&isAllowed=y) Acesso em: 13/10/2017.

ROMEIRO, Adriana. *Corrupção e poder no Brasil: uma história, séculos XVI a XVIII*. Belo Horizonte: Autêntica, 2017.

ROSA, Alexandre Morais da. *Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico*. Florianópolis: Modara, 2018.

SALGADO, Karine. O direito no Brasil colônia à luz da Inconfidência Mineira. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, vol. 98, 2008. <https://doi.org/10.9732/82>

SBRICCOLI, Mario. “Vidi communiter observari”. L'emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII. In: SBRICCOLI, Mario. *Storia del diritto penale e della giustizia*. Scritti editi e inediti. Vol. I. Milano: Giuffrè, 2009.

SBRICCOLI, Mario. Giustizia negoziata, giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase degli studi di storia della giustizia criminale. In: SBRICCOLI, Mario. *Storia del diritto penale e della giustizia*. Scritti editi e inediti. Vol. II. Milano: Giuffrè, 2009.

SBRICCOLI, Mario. Justiça criminal. *Discursos Sediciosos*, n. 17/18, 2010.

SOUSA, Joaquim José Caetano Pereira e. *Esboço de hum dicionario juridico (...)*. Obra posthuma. Tomo Primeiro (A – E), Lisboa: Typographia Rollandiana, 1825.

Disponível em: [https://play.google.com/books/reader?id=t2ZFAAAACA&printsec=frontcover&output=reader&hl=pt\\_BR&pg=GBS.PP5](https://play.google.com/books/reader?id=t2ZFAAAACA&printsec=frontcover&output=reader&hl=pt_BR&pg=GBS.PP5) Acesso em: 11/08/2017.

SUXBERGER, A. H. G., MELLO, G. S. J. V. de. A voluntariedade da colaboração premiada e sua relação com a prisão processual do colaborador. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 3, n. 1, 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.40>

TASSE, Adel El. Delação premiada: novo passo para um procedimento medieval. *Ciências Penais*, vol. 5, 2006.

TOSTO, Ricardo; LOPES, Paulo Guilherme M. *O Processo de Tiradentes*. São Paulo: Conjur, 2007.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. O direito penal entre o antigo e o moderno. In: WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. *Direito e justiça no Brasil colonial*. O tribunal da relação do Rio de Janeiro (1751-1808). Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

### Informações adicionais e declarações dos autores

*Agradecimentos:* agradeço vivamente à prof.a Claudia Storti por ter me estimulado a escrever sobre o assunto e pelas interessantes conversações que tivemos a respeito durante o meu período como *visiting professor* na *Università degli Studi di Milano* em outubro de 2017. Agradeço também aos meus alunos Aléxia Alvim e Álvaro Monteiro pelos profícuos diálogos que ajudaram a maturar as ideias deste artigo, assim como a Arthur Barrêto e Anna Clara Lehmann Martins não somente pelas proveitosas conversas sobre o assunto, mas, também, pela colaboração na leitura dos manuscritos do século XVIII.

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

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

*Declaração de ineditismo e originalidade (declaration of originality):* Esta é uma versão em português mais sintética, com alguns acréscimos e modificações, do artigo de minha própria autoria “*Sotto il segno di Joaquim Silvério dos Reis (o di Giuda)? Note sulla storia della delazione premiata in Brasile*” publicado na *Rivista Italiana di Storia del Diritto (Italian Review of Legal History)*, n. 3, 2017 ([https://irlh.unimi.it/wp-content/uploads/2018/01/16\\_Sonntag\\_it.pdf](https://irlh.unimi.it/wp-content/uploads/2018/01/16_Sonntag_it.pdf)). Futura republicação somente se realizará com a indicação expressa da referência da publicação na *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*.

### Dados do processo editorial

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

▪ Recebido em: 17/01/2019

▪ *Autor convidado*

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

### Equipe editorial envolvida

▪ Editor-chefe: 1 (VGV)

### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

SONTAG, Ricardo. Para uma história da delação premiada no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 441-468, jan./abr., 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.220>



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

# Análise Econômica da Racionalidade do Acordo de Colaboração Premiada

## *Economic Analysis of the Rationality of the Collaboration Agreement*

**Tiago Kalkmann<sup>1</sup>**

Universidade Federal do Rio Grande do Sul – Porto Alegre/RS

tiagokalkmann@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/8527244412088630>

 <https://orcid.org/0000-0003-1744-7311>

---

**RESUMO:** Este artigo pretende questionar se o acordo de colaboração premiada, previsto no art. 4º da Lei nº 12.850/2013, é uma decisão economicamente racional sob o ponto de vista do acusado colaborador. Para essa finalidade, serão expostos os elementos constituintes do acordo de colaboração premiada, demonstrando que sua instauração no sistema penal brasileiro ocorreu em um contexto de urgência pela resposta penal e de ineficiência dos instrumentos tradicionais de investigação. Em seguida, será utilizada a metodologia da análise econômica do direito para examinar a racionalidade da decisão do acusado de colaborar com as investigações. O trabalho conclui que a decisão de colaborar com as investigações não constitui escolha racional de acordo com os pressupostos da economia neoclássica. Partindo dos substratos da economia comportamental, verifica-se que a decisão é influenciada por vieses cognitivos causados por assimetria de informações entre acusação e defesa e pela utilização da prisão cautelar como forma de alteração da perspectiva do acusado. Dessa forma, o sistema conduz à utilização irracional da colaboração, que precisa ser equilibrada com outros instrumentos jurídicos indutores de comportamento.

**PALAVRAS-CHAVE:** Colaboração Premiada; Racionalidade; Viés Cognitivo; Heurística; Assimetria de Informações.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Editor da Revista de Direito Penal e Política Criminal da UFRGS.

**ABSTRACT:** *This article questions whether the criminal collaboration, as on the article 4 from Law nº 12.850/2013, is an economically rational decision to the defendant. In order to that, firstly, will be discussed the essential elements of the collaboration plea agreement, proving that its implantation in Brazilian's criminal justice system took place in the center of demands for punishment and inefficiency of the traditional investigation methods. Using the methodology of law and economics, this research quarrels the rationality of the decision to collaborate with the investigations. The work recognizes that this decision is not rational under the premises of the neoclassical economy. Thus, by the outlines provided by the behavioural economy, it's verifiable that this choice is influenced by cognitive biases, branched mostly from the informational asymmetry and the exceeding application of pre-trial detention to distort defendant's trial projection. In conclusion, the system leads to an irrational use of collaboration plea, that needs to be offset by other legal tools as a mean to induct behaviours.*

**KEYWORDS:** *Plea agreement; Rationality; Cognitive bias; Heuristic; Informational asymmetry.*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. A Colaboração Premiada. 1.1. A Validade da Colaboração Premiada. 2. Avaliação Econômica da Racionalidade do Acordo. 2.1. Manifestação economicamente racional. 2.2. A manifestação da vontade na colaboração. 2.3. Os desvios de racionalidade do acordo. Conclusões. Referências.

---

## INTRODUÇÃO

O trabalho em tela busca trazer o enfoque econômico para o exame da colaboração premiada no contexto brasileiro, em especial na análise da voluntariedade enquanto requisito de validade do acordo de colaboração.

Para esta finalidade, serão aplicados os instrumentos de *law and economics* (análise econômica do direito) à verificação das condições da manifestação de vontade do colaborador, questionando em que medida, na realidade, a decisão do acusado de colaborar com as investigações pode ser considerada uma decisão racional e eficiente do ponto de vista econômico. Por outro lado, verificar-se-á se a negativa de colaborar e o

prosseguimento ao julgamento “comum” poderia ou não acrescer vantagens econômicas à situação jurídica do acusado, que poderiam chegar até mesmo à absolvição por ausência de provas.

A análise econômica do direito não importa em um novo objeto da análise, mas na aplicação da metodologia econômica ao universo do direito. Portanto, os institutos jurídicos são analisados sob a relação custo-benefício, ou seja, qualquer ato jurídico envolve a alocação de recursos em um ambiente de escassez<sup>2</sup>. A análise econômica do direito pode ser considerada consequencialista e utilitarista, focada nos benefícios que podem ser alcançados com o menor custo possível.

O instrumento de análise se expandiu na academia norte-americana, encontrando um amplo espaço de desenvolvimento. A economia passou a propor instrumentos para prever a forma como os comportamentos dos indivíduos serão afetados pela legislação (COOTER, ULEN, 2012, p. 2-9), propondo análise das normas jurídicas mediante os primados da eficiência e da distribuição<sup>3</sup>.

A economia passa a demonstrar como a lei é um “preço”, ou seja, a regulação de determinado tema é sempre uma vantagem ou desvantagem levada em conta pelos indivíduos ao tomarem determinada decisão. Os contratos, sob a ótica econômica, são barganhas entre indivíduos, em que cada um busca a maximização de seu interesse; o direito, ao impor condições, é um preço a ser arcado pelas partes (POSNER, 2010, p. 20-27). No direito penal, a pena imposta pela lei é um custo sopesado pelo indivíduo com as vantagens que derivam da conduta criminosa<sup>4</sup> (BECKER, 1974, p. 7-10).

---

<sup>2</sup> COOTER e ULEN (2012, p. 1) destacam que até 1960, aproximadamente, o uso da economia no direito se resumia à legislação antitruste e à regulação do mercado. Após, seu uso foi se expandindo para outras áreas mais tradicionais, como o direito civil, constitucional e até mesmo penal. No âmbito da análise econômica do direito penal, passaram a ser feitas diversas perguntas, como o grau de eficiência das punições mais severas como instrumento de prevenção geral, por exemplo.

<sup>3</sup> A análise econômica não ignora a influência de outros fatores nas condutas dos indivíduos, em especial dos valores e das normas morais. Todavia, tais discussões estão fora do direito e da economia, adentrando o campo da política ou da cultura.

<sup>4</sup> Robert COOTER e Thomas ULEN (2012, p. 463) destacam que o criminoso é uma pessoa que age racionalmente, calculando os custos e vantagens da

Contudo, a própria teoria econômica diverge acerca da forma como devem ser analisadas as condutas individuais, surgindo diversas escolas que buscam explicar o comportamento do ser humano em escassez de recursos.

A Escola de Chicago fundamenta-se nos postulados da economia neoclássica e foi desenvolvida sobretudo pelos trabalhos de Richard Posner e Ronald Coase. Segundo os pressupostos deste modelo, o indivíduo agirá sempre de maneira racional, buscando aquilo que lhe trará maior vantagem com menor uso de recursos (eficiência econômica). Para parte dos teóricos desta corrente (dentre eles Richard Posner), a própria análise econômica do direito só existiria pela aplicação dos primados da microeconomia clássica (AGUIAR, 2013).

A Behavioral Law and Economics, que possui em Cass SUNSTEIN (2008) um dos maiores expoentes, questiona alguns pressupostos da Escola de Chicago e da economia clássica. Afirma que os indivíduos nem sempre vão buscar apenas os próprios interesses de maneira egoísta<sup>5</sup>. Ademais, por vezes a racionalidade e o poder de escolha dos indivíduos são limitados<sup>6</sup>, fazendo com que a conduta efetivamente tomada não seja, necessariamente, maximizadora do seu bem-estar<sup>7</sup>. Contudo,

---

atividade; além disso, é uma pessoa amoral, pois é movido à atividade criminosa pela simples perspectiva de vantagem sem deixar-se crivar por culpa ou moralidade.

<sup>5</sup> Na realidade, a escola behaviorista, ao introduzir elementos comportamentais na análise econômica, não busca substituir o paradigma neoclássico da Escola de Chicago (BAR-GILL, EPSTEIN, 2007, p. 1-5). A ideia é de aprimorar a aplicação da microeconomia, com o acréscimo de novos elementos, sem excluir os pressupostos da eficiência e da maximização das vantagens da teoria econômica.

<sup>6</sup> Na realidade, propõe que as decisões são tomadas não apenas com base na racionalidade, mas também em heurísticas, que são considerados atalhos à racionalidade que aceleram o processo de tomada de decisão, embora às vezes haja desvio da racionalidade comum (KOROBKIN, ULLEN, 2000, p. 26-27). Uma das principais heurísticas seria o processo da chamada “cascata de disponibilidade”, exposta por KURAN e SUNSTEIN (1999, p. 34-36). Voltaremos às heurísticas em momento posterior.

<sup>7</sup> BAR-GILL e HAREL (2001, p. 6-12), estudiosos da corrente behaviorista, defendem que o simples aumento da pena, considerado pela teoria neoclássica como um indutor da redução da criminalidade, não possui todo este poder de prevenção do crime. Segundo os autores, o criminoso nem sempre age da

outros autores afirmam que a teoria behaviorista nada traz de novo, pois a teoria neoclássica já traria, em si, a flexibilidade necessária para acolher os argumentos relacionados a heurísticas e indisponibilidade de informações (WRIGHT, 2007, p. 2-6).

O debate entre os pressupostos destes dois modelos de análise<sup>8</sup> é essencial para o deslinde do tema deste artigo. Como se pretende demonstrar, o acordo de colaboração premiada nem sempre é resultado de manifestação racional do colaborador.

Na primeira parte, serão definidos os contornos institucionais da colaboração premiada, bem como seu surgimento em um contexto de emergência e de deficiência na produção da prova. Em seguida, serão definidos os seus requisitos fundamentais e o que se entende por manifestação voluntária para fins de acordo processual.

Na segunda parte, será avaliada economicamente a voluntariedade do colaborador, expondo as diferenças na racionalidade da manifestação de vontade segundo as escolas neoclássica e behaviorista. Em especial, serão expostos os elementos relacionados à chamada “teoria dos jogos”, que busca explicar a tomada de decisão do acusado por colaborar e não ir a julgamento. Por fim, será demonstrado como a voluntariedade no acordo de colaboração está assentada em acentuada assimetria de informações e uso exacerbado da prisão preventiva, que retiram a natureza racional da opção.

Por fim, serão demonstradas estratégias, como a manutenção da liberdade do colaborador e o reequilíbrio da assimetria de informações entre acusador e acusado, que podem auxiliar na reinserção de racionalidade no sistema.

---

maneira racional como prega a teoria neoclássica, sendo que muitas vezes subestima os riscos de punição.

<sup>8</sup> Existem inúmeros outros modelos de análise econômica, cada um com suas particularidades. Podem ser citados os modelos da *Public Choice Theory*, exemplificada pelo trabalho de MCNUTT (2002) e portadora de análise relevante do ponto de vista da manifestação política, bem como da *New Haven*, que propõe análise como foco no Estado Social, exemplificada pelos trabalhos de Guido CALABRESI (2008). Para as finalidades deste artigo, contudo, as escolas com maiores contribuições são a neoclássica e a behaviorista, razão pela qual são tratadas com particularidade.

## 1. A COLABORAÇÃO PREMIADA

A colaboração premiada é um instrumento de justiça negociada (VASCONCELOS, 2014, p. 229) que consiste em um acordo por meio do qual um acusado ou investigado se compromete com o órgão acusatório a colaborar com as investigações e receber do Estado um prêmio pelo auxílio prestado.

Trata-se de instituto muito utilizado pela justiça italiana como forma de obter provas para dismantelar as máfias (FONSECA, 2017, p. 74-83), principalmente pela figura dos *pentiti* – que poderia ser traduzido como arrependidos –, que se “arrependem” da prática criminosa e passam a auxiliar as investigações, delatando seus comparsas.

É, na realidade, um instituto processual com reflexos no direito material<sup>9</sup>. O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de se manifestar sobre a sua natureza jurídica, asseverando que se trata de instrumento de obtenção de prova<sup>10</sup>, o que exclui a concepção de que a colaboração, por si só, seria meio de prova<sup>11</sup>. Entretanto, não se pode concordar com a visão reducionista da Corte, pois esta definição ignora os reflexos materiais da colaboração, como a redução da pena e até mesmo a extinção da punibilidade.

A colaboração premiada encontra-se atualmente regulamentada no art. 4º da Lei nº 12.850/2013<sup>12</sup>, com a previsão de prêmios e formas de

<sup>9</sup> Destaca PEREIRA (2013, p. 36-41) que a delação, que ele chama de arrependimento processual, se diferencia do arrependimento material ou substantivo. Este último englobaria os casos em que o agente encerra a conduta típica ou age para evitar seus efeitos, e tem para si um prêmio para esta conduta. Seriam os conhecidos casos de arrependimento eficaz ou desistência voluntária. A delação ocorreria em momento posterior, processual, em que o acusado confessaria seus crimes e auxiliaria as autoridades.

<sup>10</sup> Veja-se, a este respeito, a decisão proferida pelo Ministro Dias Toffoli na Questão de Ordem no Inquérito nº 4.130.

<sup>11</sup> A diferença consiste, basicamente, em que a colaboração não é prova, mas um instrumento utilizado para se obter as provas. Portanto, nunca poderá haver uma decisão condenatória proferida exclusivamente com fundamento em colaboração premiada; também não poderia, em teoria, haver a decretação de prisão preventiva com esse fundamento. A colaboração necessita da chamada prova corroborativa, ou seja, uma prova validamente produzida que venha a corroborar ou confirmar as informações advindas do acordo.

<sup>12</sup> Na realidade, a previsão legal da chamada delação premiada remonta a 1990, com a promulgação da Lei de Crimes Hediondos. A referida legislação passou

colaboração. Todavia, essa diversidade apenas torna mais difícil determinar a natureza jurídica da colaboração e a justificativa para a concessão do prêmio ao colaborador. Alguns buscam justificar o prêmio sob a ótica dos fins da pena e da prevenção geral e especial (BITTAR, 2011, p. 76-86). Contudo é extremamente questionável em que medida o colaborador apresenta-se menos culpável ou a presença do instituto é capaz de inibir a prática criminosa.

Na realidade, a colaboração premiada possui mista, pois apresenta tanto efeitos processuais quanto materiais. A raiz político-criminal do instituto no ordenamento jurídico brasileiro remonta à incursão de ideias do movimento *law and order*<sup>13</sup> (BRITO, 2017, p. 46-54), marcado pelo medo social difuso e a emergência do Estado na apresentação de punições concretas. Tal situação justifica a adoção de novas medidas chamadas de “processo penal de emergência”<sup>14</sup>, marcado pela adoção de medidas excepcionais supostamente justificadas por uma situação emergencial (CHOUKR, 2002, p. 6), que muitas vezes sequer existe. Não é mera coincidência o que se desenvolve no interior da Operação Lava-Jato.

Na linha do que assentam MORAIS e BONACCORSI (2016), a luta contra a corrupção constitui o novo mote atribuído ao processo penal, ou seja, a situação emergencial que demanda atuação rápida. A premência de tal “guerra” justifica o uso de medidas excepcionais ou emergenciais:

O direito penal e o processo penal no âmbito dos crimes econômicos e do novo perfil criminógeno foi se encaminhando para

---

a prever a redução da pena para o criminoso que delatasse seus comparsas no crime de extorsão mediante sequestro. Aos poucos, o instituto foi se expandindo, passando a ser previsto em diversas regulações. A respeito desse histórico, deve-se consultar BITTAR (2011, p. 89-158). Todavia, a expressa garantia de direitos básicos ao colaborador e aos delatados só passou a ser prevista na Lei 12.850, como o procedimento mínimo para a gestão do instituto.

<sup>13</sup> Lembre-se que a implantação da delação premiada no Brasil ocorreu com a Lei de Crimes Hediondos, expoente do movimento *Law and Order*. Trata-se de um movimento que reduz o crime a uma questão de polícia (BELLI, 2003, p. 58-64), com aumento excessivo de policiamento, recrudescimento das penas e o desenvolvimento de mecanismos de resolução rápida dos crimes.

<sup>14</sup> O processo penal de emergência é a contrapartida processual do direito penal do inimigo. Segundo esta corrente processual, a sociedade está assolada por inimigos do povo, que demandam uma intervenção enérgica e excepcional do estado na condução das investigações.

uma aproximação com a luta contra o narcotráfico, depois com a luta contra o terror para agora se apoiar em uma luta contra a corrupção. Para viabilizar esse fim político se apoiou em um processo penal contaminado pelo emergencialismo penal, voltado para uma resposta imediata e cautelar, vinculada a prisões processuais e outras fórmulas invasivas de investigação e por outro lado, em um direito premial, que usa a colaboração como possibilidade de esclarecimento efetivo (MORAIS, BONACCORSI, 2016, p. 98).

A colaboração premiada é um entre vários instrumentos transpostos de sistemas jurídicos exógenos com o objetivo de facilitar a condução das investigações e obter as provas necessárias à persecução penal de maneira rápida para atender aos anseios punitivistas.

Justamente por isso é que se pode dizer que a colaboração é o atestado de óbito da capacidade investigativa estatal. A colaboração premiada implica esvaziamento do ônus probatório imposto à acusação, que deixa de ser responsável por produzir as provas incriminatórias e impõe ao acusado a carga de sua condenação<sup>15</sup> (VASCONCELLOS, 2017, p. 268).

Frente a uma demanda crescente por punição – especialmente no âmbito da criminalidade organizada e de colarinho branco – e a incapacidade dos órgãos de obter provas por outros meios<sup>16</sup> (SILVA, 2017, p. 290-293), faz-se uso do referido instrumento com frequência assustadora.

O uso da colaboração premiada com a montagem de shows televisivos transmite a sensação de segurança e aplaca a cultura de emergência (MENDES, BARBOSA, 2016, p. 73). Surgem nesse contexto os

---

<sup>15</sup> Como tentativa de reduzir os riscos e os danos associados aos mecanismos negociais, especialmente decorrentes da inversão do regime acusatório, a Lei nº 12.850/2013 assegura que os elementos não podem ser utilizados exclusivamente em seu desfavor. Da mesma forma, não podem ser utilizados para a condenação do próprio delator (VASCONCELLOS, 2017, p. 269).

<sup>16</sup> Uma das razões para a verificada disfuncionalidade probatória está na estrutura dos delitos que se pretende investigar. A corrupção administrativa organizada apresenta um *modus operandi* complexo, normalmente por meios tecnológicos sofisticados, autoria mediata (*Hintermann*), conexão entre organizações diversas e imersão no aparato estatal (SILVA, 2017, p. 288-289).

paladinos da paz social e os aurores da justiça, ovacionados pela adoção de medidas de urgência<sup>17</sup>.

Diante de um estado incapacitado, a supremacia é dos instrumentos investigativos que necessitam de menor esforço, trazendo resultados rápidos ao custo da preservação de garantias processuais. De outra forma, o Estado simplesmente não seria capaz de investigar a criminalidade organizada e de colarinho branco<sup>18</sup>. A colaboração perdeu seu caráter excepcional e assumiu o papel de protagonista das investigações (SILVA, 2017, p. 290).

### 1.1. A VALIDADE DA COLABORAÇÃO PREMIADA

Ultrapassando a justificativa do instituto e a análise do seu contexto de surgimento, passa-se ao exame dogmático do instituto, conforme implantado pela Lei nº 12.850/2013.

Nos termos do art. 4º da referida lei, a colaboração deve ser voluntária, alcançar algum dos resultados legalmente descritos, a renúncia do direito ao silêncio (§ 14) e a presença de advogado do colaborador (§ 15). A doutrina indica como requisito obrigatório a confissão do colaborador, ou seja, este deve ser partícipe ou coautor da conduta e confessar a sua prática<sup>19</sup> (BITTAR, 2011, p. 168-172).

---

<sup>17</sup> Engana-se quem pensa que tais ações espetacularizadas incontestadamente reduzem a criminalidade: BELLI (2003, p. 58-64) contesta os dados do movimento Tolerância Zero nos Estados Unidos, indicando que as taxas de diminuição da criminalidade já eram decrescentes quando as medidas foram efetivamente implantadas. Aliás, aponta que outras medidas menos invasivas geraram taxas de diminuição ainda maior, como o policiamento comunitário implantado em San Diego.

<sup>18</sup> CHOUKR (2002, p. 45-52) alerta que o fenômeno emergencial deixa suas marcas principalmente no campo probatório. Este movimento acomodativo leva à involução das técnicas investigativas dos órgãos policiais e a não diversificação dos instrumentos probatórios.

<sup>19</sup> A confissão é considerada como pressuposto lógico da possibilidade de colaborar. De outra forma, entende a doutrina que a colaboração de alguém que não é coautor ou partícipe é infrutífera. A precedência lógica, contudo, não é dogma inquestionável; deve-se levar em conta, por exemplo, a existência da chamada *Alford Guilty Plea* no sistema norte-americano, em que o acusado pode negociar com a acusação sem que precise assumir a culpa por qualquer ato. Aliás, a

Colocar a confissão como elemento preliminar da delação reforça seu caráter de mero instrumento de obtenção do maior número de culpáveis possível para impulsionar a máquina acusatória. Inaugura-se um novo regime de verdade no processo penal que, apesar disso, não abandona a confissão como eixo fundante do sistema penal desde o século XVIII (AMARAL, GLOECKNER, 2017, p. 72-73).

Com relação à renúncia ao direito ao silêncio, verifica-se a existência de enorme paradoxo, pois é impossível manter-se plenamente o direito fundamental à não autoincriminação e ao mesmo tempo celebrar acordo (BRITO, 2017, p. 74-83). Por essa razão, deve-se ter muito cuidado com a extensão de tal exigência. Mantenha-se em mente que o silêncio constitui direito constitucional fundamental (art. 5º, LXIII, da Constituição Federal) e são descabidas quaisquer exigências de renúncia genérica de direito, bem como renúncia ao silêncio que ultrapasse os limites dos fatos investigados<sup>20</sup>.

A efetividade da colaboração, enquanto requisito de sua validade, implica em afirmar que o colaborador não será apenas mais uma testemunha no processo, mas deve colaborar ativamente com as investigações dos fatos (LIMA, 2013, p. 793-795). Condicionar a validade da colaboração à sua efetividade constitui erro do legislador, pois submete a concessão do prêmio à forma como o Estado atuará em posse das informações concedidas. Em outras palavras, caso o Estado receba as informações, mas se omita, a colaboração poderia ser considerada inválida<sup>21</sup>.

A lei propõe cinco resultados que devem derivar da colaboração do acusado: a) a identificação dos demais coautores e partícipes da organização

---

exigência da confissão revela-se descabida, uma vez que em nosso sistema ela só encontra validade quando confirmada pelos demais elementos de prova.

<sup>20</sup> A maneira mais adequada de analisar esta renúncia, do ponto de vista constitucional, é aplica-la a cada informação revelada pelo colaborador, devendo ser mantida a possibilidade de se negar a revelar qualquer informação que entende irrelevante ou despropositada. O prêmio será devido de acordo com a intensidade da colaboração do acusado (BITTAR, 2011, p. 181-187).

<sup>21</sup> A exigência da condenação dos coautores poderia significar o condicionamento do prêmio do colaborador a variáveis até mesmo de natureza processual, como a prescrição ou a defesa técnica (PEREIRA, 2013, p. 154-173). Felizmente, a legislação brasileira não inclui a necessidade de condenação dos coautores como requisito de eficácia da colaboração.

e as infrações por ele praticadas<sup>22</sup>; b) revelação da estrutura hierárquica e divisão de tarefas da organização criminosa; c) prevenção de infrações penais<sup>23</sup>; d) recuperação total ou parcial do produto das infrações; ou e) localização de eventual vítima com a integridade física preservada<sup>24</sup>.

Todavia, o requisito de validade mais importante para este estudo é a voluntariedade do acordo e das informações prestadas, para fins de verificação do grau de racionalidade dessa suposta manifestação voluntária.

A doutrina tradicional indica que a voluntariedade se verifica quando o acordo é também desejado pelo colaborador, ou seja, não foi forçado de nenhuma forma (PEREIRA, 2013, p. 132). Este requisito, por si só, já não é facilmente verificável. O colaborador normalmente encontra-se em situação de vulnerabilidade quando firma o acordo com a acusação, seja física, psicológica ou informacional, ou seja, em desigualdade sobre o conhecimento das informações até então existentes sobre o caso. AIRES e FERNANDES (2017, p. 266) destacam que a tentativa de assegurar a voluntariedade justificou a adoção de diversos mecanismos legais, como a obrigatória assistência do defensor e a homologação judicial, por exemplo. Apesar disso, tais mecanismos não são suficientes para assegurar a real vontade do colaborador, tendo em vista as diversas vulnerabilidades a que se encontra submetido.

Do ponto de vista físico, deve-se destacar que é extremamente comum que o colaborador esteja preso cautelarmente antes ou depois de firmar o acordo. Alguns acordos negociam até mesmo a duração da prisão cautelar (BOTTINO, 2016, p. 360-366). Sob o prisma psicológico, muitas vezes o acusado se vê premido a colaborar sob a ameaça constante de condenação ou decretação de prisão.

Do ponto de vista informacional, o acusado encontra-se vulnerável por não entender até que ponto a acusação detém elementos de prova

---

<sup>22</sup> Este é o conhecido caso da “delação premiada”, ou seja, o colaborador identifica os demais agentes da prática criminosa em troca de prêmio. É a forma mais tradicional de colaboração e a primeira a ser implantada em nossa legislação.

<sup>23</sup> Nesta modalidade, a colaboração seria justificada, dogmaticamente, pela prevenção especial, ou seja, evitar que determinados agentes levem à cabo a prática delitiva.

<sup>24</sup> Não é demais frisar que tais resultados são alternativos, ou seja, não se exige que a colaboração leve a todos os resultados supracitados.

que podem condená-lo<sup>25</sup>, prejudicando a escolha entre colaborar ou ser processado. A questão se afigura relevante pelo fato de que o investigado ou acusado opta por não ir a julgamento sem conhecer propriamente as consequências de sua escolha, ou seja, sem saber se a acusação possui ou não elementos de condenação.

A doutrina ainda estuda a influência da informação (ou da falta dela) na formação da vontade do acordo (COSTA, 2017, p. 157-161). No âmbito do direito privado, a manipulação ou ocultação de informações para obter determinado acordo pode acarretar a anulabilidade do negócio jurídico, caso se verifiquem as hipóteses de dolo (arts. 145 a 150 do Código Civil). No direito do consumidor, a vulnerabilidade informacional é tratada com maior profundidade, sendo a obtenção de todas as informações relativas a produto ou serviço alçada à categoria de direito básico do consumidor contratante (art. 6º, inciso III, e art. 46, do Código de Defesa do Consumidor).

Se partirmos do pressuposto de que a voluntariedade significa que o acordante desejou o resultado, não se pode afirmar seguramente tal vontade quando o acusado não conhece todas as consequências da decisão de firmar ou de não firmar o acordo. A teoria econômica revela que decisões tomadas com vulnerabilidade de informações efetivamente ignoram os resultados desvantajosos que podem ser causados, lançando uma nova luz à análise da voluntariedade do ponto de vista da racionalidade econômica.

## 2. AVALIAÇÃO ECONÔMICA DA RACIONALIDADE DO ACORDO

Nesse capítulo, pretende-se analisar, segundo os parâmetros da economia behaviorista, se a decisão de colaborar com as investigações pode ser considerada perfeitamente racional. Para essa finalidade, primeiramente será feita uma comparação entre a manifestação

---

<sup>25</sup> Na realidade, a vulnerabilidade informacional só faz sentido do ponto de vista econômico e sob o prisma da teoria dos jogos. Por essa lente, a vulnerabilidade informacional revela que o colaborador possui menores condições de tomar decisões racionais, fazendo com que adote estratégias contrárias aos seus interesses. O assunto será mais bem desenvolvido nos pontos 2.2 e 2.3, *infra*.

de vontade para a economia neoclássica e os aportes oferecidos pela economia comportamental.

Em seguida, buscar-se-á compreender de que forma a colaboração processual é analisada pela teoria econômica, considerando o acordo processual como uma conduta estratégica nos moldes propostos pela teoria dos jogos.

Por fim, demonstraremos como os instrumentos oferecidos pela teoria dos jogos e pela economia comportamental denotam a possibilidade de que a colaboração venha a ser considerada uma decisão irracional por parte do réu, não contribuindo para a maximização das vantagens que podem resultar da condução do processo.

## 2.1. MANIFESTAÇÃO ECONOMICAMENTE RACIONAL

Com os estudos elaborados por Richard Posner (1985), entendeu-se ser possível a realização de uma análise econômica para qualquer ramo do direito, utilizando-se o método da escolha racional para uma alocação eficiente de recursos. Ou seja, qualquer decisão (divorciar-se, cometer determinado crime, firmar um contrato, ou, até mesmo, firmar um acordo de colaboração premiada) pode ser analisada sob a ótica de uma escolha que maximize a utilidade de quem decide, desde que ele o faça premido por racionalidade<sup>26</sup>. Assim, tudo se torna passível de ser estudado pela economia: o divórcio será uma escolha racional se trazer utilidade ao cônjuge, e assim por diante.

O “Ótimo de Pareto” (COOTER, ULEN, 2012, p. 14), segundo a visão clássica, é a situação em que as condutas racionais geram aumento de utilidade para todos os agentes. A decisão racional e voluntária de firmar contrato, por exemplo, pode se demonstrar um ótimo de Pareto, quando trazer vantagens para todos os envolvidos<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> A maximização da utilidade é o guia para se aferir a racionalidade, considerados estes parâmetros. A conduta humana racional sempre maximizará a utilidade ou trará vantagens ao agente, ainda que não seja uma vantagem necessariamente econômica.

<sup>27</sup> O equilíbrio de Pareto possui sua utilidade muito questionada, uma vez que descreve uma situação ideal de pouca verificabilidade prática. Em razão

Por óbvio, tais preceitos são aplicáveis à decisão de se cometer um crime. Segundo Gary BECKER (1974, p. 1-2), os indivíduos fazem escolhas racionais para cometerem ou não crimes, baseadas no cálculo probabilístico de vantagens e custos. Entre as vantagens, existe o proveito imediato do crime, enquanto entre os custos há a probabilidade de ser processado e punido pela conduta<sup>28</sup>. Com o instrumento probatório da colaboração premiada, os crimes de corrupção tornam-se mais facilmente elucidáveis, como já explanado anteriormente, gerando esperanças do incremento do papel preventivo geral da pena para a criminalidade de colarinho branco, haja vista que, para a escolha pela prática da conduta corrupta, tal fator (maior facilidade de elucidação) passaria a ser considerado pelo sujeito racional no cálculo dos custos e dos benefícios (dentro da equação elaborada por Gary Becker), levando em conta a probabilidade dos autores destes crimes serem identificados e punidos. Aliás, qualquer meio eficiente de investigação poderia ser considerado, perante o parâmetro econômico, um instrumento de prevenção geral.

A contraposição que se faz à teoria do comportamento racional deriva de ordem social e psicológica. Como bem lembra Geraldo BRENNER (2009, p. 72-75), alguns crimes serão cometidos, ainda que a punição seja severa<sup>29</sup>. São vários os casos em que por emoção, irracionalidade, desconhecimento e até mesmo descuido pessoas cometem crimes. Como é que se poderia explicar o cometimento de um crime em que o agente

---

destas críticas, várias outras formas de equilíbrio econômico foram propostas. Um exemplo é o Equilíbrio de Kaldor-Hicks (COOTER, ULEN, 2012, p. 14), em que as decisões serão economicamente racionais e trarão equilíbrio desde que a soma de todas as vantagens geradas supere as desvantagens. Dessa forma, ainda que um agente sofra apenas desvantagens, pode se verificar uma situação de equilíbrio desde que as vantagens dos demais agentes (ou de um deles) supere as perdas dos demais.

<sup>28</sup> Nem todos os seres humanos racionais, quando postos em determinadas situações, irão efetivamente cometer crimes, uma vez que a própria economia não é cega à existência de valores que guiam a conduta individual. Para dar uma resposta a essa situação a Teoria Econômica classifica o criminoso como um ser racional e amoral.

<sup>29</sup> A probabilidade de ser punido é um custo analisado pelo criminoso, segundo a posição clássica e conforme a equação de Gary Becker (1974, p.7-9). Dessa forma, quanto maior a punição maior é o custo da conduta criminosa, razão pela qual se poderia imaginar que punições severas sempre evitariam crimes.

certamente será submetido a uma pena grave? Como é que se explicam os dados (já apontados) que demonstram até mesmo o crescimento de determinados tipos de criminalidade mesmo com o incremento da pena? GONÇALVES (2015, p. 80) afirma que os crimes desprovidos de razão ou com racionalidade reduzida não são alvos da análise econômica. Ao contrário do afirmado pelo autor, tais situações são objeto da análise econômica behaviorista.

A economia behaviorista assevera que o indivíduo nem sempre apresenta processo perfeitamente racional de tomada de decisões, mas que comete erros sistemáticos com base em heurísticas ou atalhos de racionalidade. As formulações da economia comportamental buscam demonstrar que indivíduos não erram aleatoriamente, mas sistematicamente, apresentando desvio do padrão de comportamento previsto e descrito pela economia neoclássica (ULEN, MCADAMS, 2008, p. 4-5). Para os fins deste trabalho, os desvios mais importantes são os desvios da perfeita racionalidade<sup>30</sup>.

O ser humano nem sempre toma todas as suas decisões com base em avaliações de custos e benefícios. Muitas decisões são baseadas em heurísticas, que nada mais são do que atalhos utilizados no processo de tomada de decisão que podem levar a um resultado diverso daquele que seria considerado economicamente eficiente<sup>31</sup>.

Estudos empíricos (ULEN, MCADAMS, 2008, p. 9-10) indicam que os indivíduos tendem a sobrestimar a incidência e a relevância de eventos memoráveis ou famosos, ainda que em contrariedade aos fatos. É a chamada heurística da disponibilidade. KAHNEMAN (2011, p. 106-112) define a disponibilidade como o processo de julgar a frequência de um evento pela facilidade com que ele vem à mente. Se os eventos memoráveis

---

<sup>30</sup> Os autores apontam que o comportamento do ser humano não desvia apenas da racionalidade proposta pela economia neoclássica, mas também de diversos outros pressupostos daquele paradigma. Assim, existem também desvios da conduta egoísta (como no caso de doação pura ou assistência social), do autocontrole (como no caso dos vícios) e também da conduta utilitária (ULEN, MCADAMS, 2008, p. 6-7).

<sup>31</sup> Na verdade, a utilização de atalhos de raciocínio na maioria das vezes leva a resultados eficientes, pois o fundamento dos atalhos é, majoritariamente, resultado de experiências verdadeiras. Contudo, muitas vezes a decisão é orientada por atalho que não conduz à maximização das vantagens que era esperada.

o são justamente por serem mais comuns, este atalho mental pode levar a estimativas de frequência próximas da realidade; todavia, podem ser memoráveis por diversos outros motivos além de uma ocorrência frequente. Christine JOLLS (2004, p. 11) acrescenta que a disponibilidade influencia a decisão de cometer infração. O cálculo da probabilidade de punição não depende apenas da frequência com que são descobertos os crimes, mas também de métodos vívidos e escandalosos de detecção<sup>32</sup>.

Em sequência à heurística da disponibilidade<sup>33</sup>, verifica-se o viés da projeção, segundo o qual os agentes possuem a tendência de superestimar a quantidade de pessoas que agem da mesma forma. Portanto, é tendência imaginar que diversas outras pessoas cometem o mesmo crime, por exemplo, e não são presas<sup>34</sup>.

Deve ser feita, ainda, referência aos chamados “descontos hiperbólicos”, na linha noticiada por ULEN e MCADAMS (2008, p. 22-24). Os autores indicam que os agentes, no momento da escolha, tendem a preferir retornos menores e antecipados a retornos maiores e posteriores, desde que a vantagem menor seja quase imediata<sup>35</sup>. Portanto, grandes ofertas momentâneas atraem mais do que ganhos de longo prazo.

---

<sup>32</sup> A autora cita o exemplo de infrações de trânsito. Segundo os estudos, a utilização de tíquetes de multa de cor laranja para casos de estacionamento ilegal aumenta a visibilidade da punição e são mais fáceis de trazer à memória. Dessa forma, apresenta um efeito preventivo maior e auxilia na diminuição das infrações, ainda que o número de multas aplicadas venha a ser efetivamente reduzido (JOLLS, 2004, p. 11).

<sup>33</sup> ULEN e MCADAMS (2008, p. 19) denotam que a “projeção” pode ser uma decorrência direta da heurística da disponibilidade, como nos casos em que o indivíduo se associa com pessoas que pensa e age de forma semelhante. Assim, é mais fácil retomar à memória indivíduos que pensam e agem da mesma forma. Todavia, os autores reiteram que não há uma imbricação necessária entre os dois.

<sup>34</sup> O viés da projeção tem relação com as chamadas teorias da adequação social da conduta: uma conduta deve deixar de ser criminosa quando houver ampla aceitação social. Todavia, o agente superestima a ocorrência de tais crimes e a forma como são aceitos por seus pares, podendo gerar controvérsias acerca da culpabilidade de indivíduo que age sob o pretexto de um consenso social inexistente.

<sup>35</sup> Os autores anotam que se ambos retornos forem relativamente distantes, o indivíduo preferirá o retorno maior ainda que seja de longo prazo. Dessa forma, para manipular decisões com base nesta heurística, basta o oferecimento de descontos gigantes para o momento, fazendo com que a proposta seja

Além disso, aponta GAROUPA (2003, p. 9) que indivíduos tendem a ser otimistas acerca de suas habilidades e superestimar os lucros que podem derivar da prática criminosa. É a chamada “propensão otimista”, que diz respeito também à minimização das chances de ser preso ou condenado. O criminoso otimista comete mais crimes do que aquele puramente racional: não são erros aleatórios, mas direcionados pela visão que o indivíduo possui de si mesmo. Assim, a prevenção criminosa demandaria maiores sanções ou então o desenvolvimento de formas de eliminar a referida propensão ao otimismo.

Intimamente relacionada à citada propensão é a “ilusão de controle”. Diversas evidências psicológicas demonstram que indivíduos estimam sua capacidade de controlar os riscos e adversidades em um patamar superior à realidade (ULEN, MCADAMS, 2008, p. 20-21). De maneira semelhante, as propostas que se demonstram mais “controláveis” ou “maleáveis” são atrativas, ainda que tal perspectiva de controle não ofereça benefício real.

KAHNEMAN (2011, p. 218-219) aponta, por fim, que a escolha em situações de risco não ocorre da forma como prevista tradicionalmente pela teoria da utilidade. Segundo o autor, toda escolha que envolve riscos dependerá da adoção de um “ponto de referência” determinado. Por isso a “teoria da perspectiva” oferece melhor solução, fundamentada nos seguintes elementos: a) toda valoração de ganhos ou perdas depende do “nível de adaptação”<sup>36</sup>; b) a sensibilidade às perdas é decrescente<sup>37</sup>; c) perdas são mais significantes do que ganhos, fazendo com que o indivíduo adote postura de aversão às perdas<sup>38</sup>.

---

quase “irrecusável”, ainda que a longo prazo os ganhos pudessem ser maiores em análise puramente racional.

<sup>36</sup> Um exemplo deste princípio é a forma de adaptação ao clima, por exemplo. Uma pessoa que está em câmara fria e sai para os 25° do ambiente externo sentirá calor, enquanto pessoa que sai de fornalha para o mesmo ambiente irá sentir frio, uma vez que o nível de adaptação de cada pessoa é completamente diverso.

<sup>37</sup> Segundo essa perspectiva, aponta KAHNEMAN (2011, p. 357) que a diferença subjetiva entre 100 e 200 dólares é maior do que aquela entre 1.200 e 1.100 dólares, justamente em razão da diminuição da sensibilidade às perdas. Da mesma forma, acender uma luz forte em uma sala escura é mais detectável do que a mesma luz em uma sala já amplamente iluminada.

<sup>38</sup> Tome-se, como exemplo, uma decisão em um jogo. O indivíduo pode prosseguir apostando, com 50% de chance de ganhar 1000 reais, ou desistir e ficar

Portanto, a perspectiva de perder funciona como um custo muito maior à prática criminosa do que a possibilidade de “deixar de ganhar” o objeto ou valor. A depender da forma como as opções são apresentadas ao criminoso, preso ou não, suas perspectivas são alteradas, podendo fazer com que tome decisões contrárias à pura utilidade racional.

## 2.2. A MANIFESTAÇÃO DA VONTADE NA COLABORAÇÃO

O acusado ou investigado no contexto de uma organização criminosa se vê dividido entre duas opções: a) firmar acordo com a acusação, abandonar a atividade criminosa e aceitar a pena proposta; ou b) prosseguir na atividade criminosa e correr o risco de ser investigado e, eventualmente, condenado. O desenvolvimento, contudo, não irá depender apenas de sua ação, mas de uma série de variáveis, que vão desde o teor do acordo proposto até a conduta dos demais membros da organização criminosa<sup>39</sup>.

A melhor forma de analisar a escolha do indivíduo se dá por meio da “teoria dos jogos”. Segundo PICKER (1994, p. 2-3), a teoria dos jogos é um conjunto de ferramentas e linguagens para descrever e prever comportamentos estratégicos. Em outras palavras, a teoria dos jogos é um modelo teórico que busca descrever as ações estratégicas adotadas pelas pessoas em contextos em que o resultado das ações depende também das ações de outros agentes. Segundo o autor, a teoria tem sua aplicação em todas as situações em que uma pessoa deve agir levando em conta a ação de outra pessoa<sup>40</sup>, a fim de montar a estratégia que aumenta sua utilidade considerando as variáveis de ação.

---

com 500. Nessa situação, aponta KAHNEMAN (2011, p. 225) que a maioria das pessoas fica com aquilo que é “certo”. Por outro lado, se a perspectiva do jogo muda para a perda, a decisão mudará. Assim, em outro jogo, o indivíduo pode optar por uma “perda” certa de 500 reais ou jogar, com 50% da chance de perder 1000 reais ou de não perder qualquer valor. Nessa situação, a maioria das pessoas tem comportamento avesso às perdas, optando por jogar. Todavia, os valores envolvidos são exatamente os mesmos nos dois jogos, o que demandaria solução idêntica segundo a teoria da utilidade. Entretanto, a alteração de perspectiva de ganho para perda altera a matriz de comportamento.

<sup>39</sup> Como se verá, o primeiro colaborador recebe mais incentivos pela lei. Portanto, o fato de nenhum membro da organização ter firmado acordo aumenta a utilidade, pois os prêmios prometidos pela lei são maiores.

<sup>40</sup> Na realidade, o autor aponta que em praticamente todas as situações haverá mais de dois tomadores de decisão influenciando no jogo, tendo em vista as

GONÇALVES (2015, p. 69) destaca que o conflito ocorre uma vez que todos os agentes buscam desenvolver estratégias para maximizar sua utilidade, mas sempre de acordo com as regras pré-estabelecidas. Existem vários tipos de jogos, cada um com suas peculiaridades. Os jogos podem ser simultâneos, quando todos os jogadores devem jogar ao mesmo tempo, desconhecendo a estratégia alheia, ou sequenciais, quando o jogador monta sua estratégia levando em conta a ação do jogador anterior.

A aplicabilidade da teoria dos jogos à colaboração premiada decorre de seu essencial teor interativo, que autoriza sua expansão às demais áreas do conhecimento em que se verifica a necessidade de interação entre agentes para o alcance dos resultados (VASCONCELLOS, 2006, p. 171-174).

O exemplo de jogo simultâneo citado pelos teóricos consiste no chamado dilema dos prisioneiros (PICKER, 1994, p. 3-6). Há uma situação em que dois indivíduos estão isoladamente presos e não podem se comunicar. A polícia oferece a chance a cada um deles de confessar e delatar o outro, em troca de diminuição da pena. Se nenhum confessar, a pena será menor, pois os investigadores não têm provas no momento. Todavia, se apenas um delatar e o outro não, este sofrerá pena muito mais grave. Nesta situação, a melhor opção para cada um dos prisioneiros é delatar, pois não pode suportar o risco de sofrer uma pena muito mais grave caso apenas o outro delate. Portanto, há a mesma estratégia dominante para ambos os jogadores<sup>41</sup>. Caso os jogadores (prisioneiros) efetivamente pudessem combinar suas jogadas, o melhor seria não confessar, tendo em vista as penas ainda menores que receberiam diante da ausência de provas.

Esta deve ser considerada a situação prática da colaboração premiada. Não se trata de jogo simultâneo; além disso, os agentes não estão isolados, sendo possível que combinem suas estratégias. O elemento

---

inúmeras variáveis e consequências de uma determinada ação em sociedade. Além disso, uma decisão possivelmente estará relacionada com uma próxima medida, montando uma estratégia de jogo sofisticada (PICKER, 1994, p. 12).

<sup>41</sup> A estratégia dominante é aquela que oferece retornos maiores do que as estratégias alternativas. A estratégia dominada, por sua vez, oferece retornos menores que as outras alternativas. A presença de uma estratégia dominante soluciona o jogo, pois é a melhor opção para o jogador segundo a teoria da utilidade.

cooperativo é inserido na teoria dos jogos por John Nash, que propôs nova forma de equilíbrio dentro da teoria dos jogos (FIANI, 2009, p. 93-109).

Segundo Nash (FIANI, 2009, p. 93-109), a cooperação dentro do jogo é compatível com o objetivo de ganho individual, ou seja, os ganhos individuais são maximizados mediante a cooperação com o adversário<sup>42</sup>. O equilíbrio de Nash ocorre justamente quando cada jogador está satisfeito com a sua estratégia, considerando as estratégias adotadas pelos demais jogadores; ou seja, as estratégias geraram vantagens a todo o coletivo de jogadores. Se aplicarmos isso à colaboração premiada, perceberemos que o Equilíbrio de Nash ocorre justamente enquanto nenhum membro da organização criminoso colabora com a investigação.

Segundo BOTTINO (2016, p. 373-374), os custos da opção por colaborar são: a) a renúncia ao silêncio e ao direito de não autoincriminação<sup>43</sup>, b) a incerteza quanto à homologação do acordo. A esses custos, adiciona-se outro, não citado pelo autor: o abandono da prática criminosa e os benefícios a ela inerentes. Este talvez seja o custo mais expressivo a ser suportado pelo colaborador em termos econômicos. Na “Operação Lava-Jato”, somente os crimes já denunciados envolveram o pagamento de propinas na faixa de R\$ 6,4 bilhões de reais<sup>44</sup>. A atividade criminosa, dentro de tais organizações, revelou-se lucrativa e com um custo quase mínimo. Conforme exposto anteriormente, a colaboração premiada é utilizada em razão da incapacidade de o Estado investigar tais crimes e obter condenações por outros meios. Portanto, colaborar e abandonar a prática criminosa

---

<sup>42</sup> A cooperação traz elementos de sofisticação à teoria dos jogos, uma vez que o jogador deve considerar não mais apenas sua estratégia individual, mas se comportar de maneira compatível com a estratégia coletiva de maximização das vantagens.

<sup>43</sup> Nesse sentido, o direito norte-americano oferece opção interessante. Em alguns estados, admite-se a “Alford Guilty Plea”, em que o acusado transige e aceita ser submetido à pena, sem que para isso tenha que confessar ou renunciar ao direito ao silêncio. Trata-se de forma de reduzir os custos de manter acordo. No caso brasileiro, como já frisado, o art. 4º, § 14, exige expressamente a renúncia ao direito ao silêncio.

<sup>44</sup> Dados extraídos do portal da Operação Lava-Jato: <http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/resultados/a-lava-jato-em-numeros>. Acesso em 18/09/2017.

constitui escolha extremamente onerosa para o indivíduo, do ponto de vista estritamente econômico.

Já a utilidade que vem da colaboração consiste em uma diminuição da pena. Todavia, colaborar equivale a cambiar uma punição incerta, que depende do poder de investigação do Estado (manifestamente fracassado) por uma punição certa, embora reduzida<sup>45</sup>. Nos termos do art. 4º, § 4º da Lei nº 12.850/2013, a denúncia pode deixar de ser oferecida para o primeiro membro que colaborar, desde que não seja o líder da organização criminosa. Este constitui a vantagem máxima que pode advir do acordo. Em seguida, as informações vão se tornando menos úteis às investigações, fazendo com que os prêmios oferecidos sejam inversamente proporcionais ao número de colaboradores<sup>46</sup>.

Portanto, medindo-se a vantagem da colaboração em função do número de colaboradores, a melhor representação gráfica seria uma curva descendente. Enquanto ninguém colabora, estamos em um Equilíbrio de Nash: evita-se que a acusação descubra qualquer prova, enquanto a atividade criminosa e seu proveito são mantidos. A primeira colaboração atinge um alto nível de utilidade, enquanto da segunda em diante a utilidade é cada vez menor, tendente a zero.

Observe-se que após a primeira colaboração por um dos membros da organização criminosa passa a ser vantajoso colaborar, embora com

---

<sup>45</sup> Podemos citar o seguinte exemplo. A pena prevista para o crime de organização criminosa é de 3 a 8 anos de reclusão, enquanto o benefício comum pela colaboração premiada, segundo a lei, é uma redução de até 2/3 da pena. Suponha que o agente tenha 25% de chance de ser condenado a 8 anos de prisão, tendo em vista a ineficácia do órgão de investigação. Tal probabilidade equivale a um custo de 2 anos. Colaborando, o agente obtém uma redução de 2/3, sendo condenado a uma pena de 5 anos e 4 meses. A princípio, pode parecer que teve um benefício de 2 anos e 8 meses. Todavia, considerando a remota possibilidade de punição, o custo de persistir na prática criminosa era de apenas 2 anos, enquanto o custo de colaborar foi de 5 anos e 4 meses. Obviamente, tal percentual é hipotética, sendo praticamente impossível mensurar a eficácia dos órgãos de investigação. Todavia, o exemplo serve para demonstrar que a aparente utilidade de um acordo de colaboração nem sempre se verifica.

<sup>46</sup> Nos termos do art. 4º, §§ 1º e 2º da Lei nº 12.850/2013, a eficácia da colaboração e as circunstâncias pessoais serão o parâmetro para a extensão do prêmio. Quanto mais informações a acusação já detiver, menos eficazes serão as novas informações prestadas, fazendo com que a vantagem seja cada vez menor.

prêmios menores. Posteriormente, a colaboração deixa de ser vantajosa, uma vez que os prêmios passam a ser muito pequenos. Nesse ponto, até mesmo a acusação deixa de oferecer acordos, pois já possui as informações necessárias para a persecução penal.

BOTTINO (2016, p. 380-382) defende que a colaboração, por se tratar de uma decisão informada e assistida por advogados, deve ser considerada uma escolha racional, dentre as vantagens ao alcance do agente. Não se pode concordar com o argumento do autor. Tratando-se de jogo não simultâneo e cooperativo, que permite a combinação de estratégias coletivas, o Equilíbrio de Nash encontra-se no ponto onde nenhum membro da organização firma acordo de colaboração premiada. A opção por colaborar revela-se como uma estratégia dominada, com retornos menores do que a opção por não colaborar. Tampouco pode-se afirmar que existiria outro Equilíbrio de Nash quando todos os membros colaboram (equilíbrio de estratégias dominadas), uma vez que a vantagem de colaborar é inversamente proporcional ao número de colaboradores e tende a zero.

Os instrumentos negociais no direito brasileiro não se resumem à colaboração premiada. Os juizados especiais criminais, previstos no art. 98, inciso I, da Constituição Federal, foram criados com a finalidade de obter consensualmente a solução de controvérsias penais em casos de certas infrações, evitando pena privativa de liberdade<sup>47</sup>.

Tampouco a análise econômica de tais mecanismos é novidade no direito comparado. Na Itália é comum o estudo da cláusula de *nolo contendere* (BITTAR, 2011, p. 12-24), enquanto que no sistema anglo-saxônico há ampla difusão de modelos para explicação do *guilty plea* e *plea bargaining*. O modelo de Rachlinski para análise econômica do processo é utilizado por ULEN e MCADAMS (2008, p. 29-30) para alcançar conclusão semelhante à que foi exposta nesse trabalho: os réus, pelo modelo racional de aversão às perdas, deveriam optar por ir a julgamento em vez de aceitar a punição certa em decorrência de *plea bargaining*.

---

<sup>47</sup> Na realidade, o Brasil instaurou mecanismos negociais como a transação penal, por exemplo, mas manteve-se apartado tanto do *guilty plea* quanto do *plea bargaining*, pois a transação é mais que uma confissão e menos que um amplo acordo sobre a qualificação do crime e a pena. O Ministério Público continua vinculado ao princípio da legalidade processual e à obrigatoriedade da ação penal.

Contudo, se o Equilíbrio de Nash consiste na ausência de colaboração premiada, como explicar a difusão do instituto no atual cenário brasileiro? Da mesma forma, BIRKE (1999, p. 207) questiona como é possível que mais de 90% dos casos norte-americanos à época fossem resolvidos por *plea bargaining* se o natural seria o indivíduo prosseguir a julgamento.

A resposta mais plausível às duas perguntas é oferecida por BIRKE (1999, p. 247-250): não são as propostas do acusador que são muito irresistíveis. Pelo contrário, os réus ou investigados estão cometendo erros sistemáticos e poderiam obter maiores vantagens rejeitando peremptoriamente os acordos oferecidos pelo órgão de acusação<sup>48</sup>. A conclusão apresentada pelo autor não corresponde de maneira plena à aplicação da colaboração em nosso sistema processual. Deve-se considerar que as absolvições estão se tornando cada vez menos frequentes com o avanço das operações de combate à corrupção, o que aumentaria de maneira substancial o custo da decisão de não colaborar. Não obstante, ainda se verifica que a decisão de colaborar é tomada mediante a incidência de atalhos de racionalidade e não propriamente pelo cálculo de utilidade.

### 2.3. OS DESVIOS DE RACIONALIDADE DO ACORDO

Como demonstrado nos tópicos anteriores, o nosso sistema penal é ineficiente. A deficiência de outros meios de prova para investigar a criminalidade organizada diminui a probabilidade de punição. Dessa forma, o equilíbrio da ausência de colaboração é ainda mais evidente. De fato, a Justiça Criminal seria eficiente quando o acusado culpado tende a aceitar acordos (*plea bargaining*) por saber que há alta probabilidade de ser celeremente condenado (GIVATI, 2011, p. 20-21). Todavia, tal pressuposto é inaplicável a nossa realidade, porque a celeridade processual é considerada apenas limiar teórico em nosso sistema.

---

<sup>48</sup> ULEN e MCADAMS (2008, p. 13) demonstram que a doutrina explícita ainda mais a situação, afirmando que existem vários vieses cognitivos e heurísticas que impedem os réus de tomarem decisões que maximizariam suas vantagens e utilidades.

Existe claro incentivo à colaboração em nosso sistema: saber que outro membro da organização criminosa aceitou proposta de acordo. O vislumbre da possível persecução criminal tornada factível por informações do primeiro colaborador aumenta os custos da manutenção da prática criminosa, gerando efeito de adesão em massa a novos acordos<sup>49</sup>. O Efeito Adesão, também conhecido como Efeito de Manada, ajuda a explicar porque novos acordos continuam sendo feitos de maneira sistemática.

Todavia, o Efeito Adesão, embora relevante, não explica a razão pela qual o primeiro colaborador opta pelo acordo. Há relevante e visível quebra de equilíbrio, nos moldes propostos pela teoria neoclássica, que não se explica nos termos da racionalidade pura e simples, já que os benefícios de prosseguir na prática criminosa seriam bem maiores. Outrossim, o Efeito Adesão é insuficiente para explicar o surgimento constante de novos acordos, mesmo após tanto tempo, principalmente considerando que os prêmios derivados do acordo são decrescentes e tendentes à zero.

Nesse sentido, as heurísticas demonstradas pela economia behaviorista oferecem resposta adequada para o fenômeno da proliferação irracional da colaboração.

O primeiro elemento de destaque é a assimetria de informações entre acusação e defesa. Como a acusação não tem o dever de expor as provas em seu poder e o alcance das evidências absolutórias que eventualmente venha a ter acesso, como sói acontecer em determinadas hipóteses no direito norte-americano com a chamada *Brady Rule*<sup>50</sup>, o investigado não tem as mesmas condições de sopesar racionalmente os custos e benefícios de celebrar acordo. Em razão da assimetria de informações,

---

<sup>49</sup> O Efeito Adesão, embora possa ser motivado pelo cálculo utilitário como demonstrado acima, apresenta um viés muito mais psicológico e comportamental do que aparenta. Há uma tendência de se fazer algo porque muitas outras pessoas assim o fazem. AGUIAR, FONSECA e TABAK (2015, p. 26) demonstram como esse efeito possibilitou o desenrolar da Operação Mãos Limpas, na Itália, e atualmente é presente na condução da Operação Lava Jato.

<sup>50</sup> O dever de abertura das evidências não é inédito muito menos implausível. No direito norte-americano, a *Brady Rule* demanda que a acusação disponibilize para a defesa quaisquer evidências absolutórias que eventualmente tenha em seu poder, como forma de equilibrar a assimetria de informações inerente ao processo (PETEGORSKY, 2013, p. 3604-3605; DOUGLASS, 2007, p. 582).

as decisões serão enviesadas em determinados sentidos demonstrados pela economia behaviorista.

No Brasil, não é arriscado dizer que imperava o entendimento de que a impunidade para crimes de corrupção era a regra, até o caso do Mensalão (AGUIAR, FONSECA, TABAK, 2015, p. 32). O trauma causado pelo caso demonstra seu armazenamento na memória coletiva e sua fácil lembrança quando se trata de crimes de corrupção.

Facilmente aplicável à esta situação a heurística da disponibilidade, já exposta. Aliás, se uma memorável queda de avião é trazida à memória com facilidade, com mais razão um processo criminal noticiado durante anos. A situação recente e traumática de condenação da criminalidade de colarinho branco é facilmente lembrada, induzindo comportamentos favoráveis à colaboração por simples medo de uma condenação equivalente àquela presa na memória. Portanto, muitos acusados ou investigados na Operação Lava Jato vieram buscar a acusação para colaborar ainda que sequer tivessem sido presos (AGUIAR, FONSECA, TABAK, 2015, p. 34).

Sobejamente relevante para a manutenção do viés da disponibilidade é o constante incremento da visibilidade midiática da Operação Lava Jato (MENDES, BARBOSA, 2016, p. 73). Cada vez mais operações são deflagradas e ainda mais acordos de colaboração firmados, incrementando o Efeito Adesão e os eventos memoráveis. O resultado é a manutenção de número crescente de colaboradores, ignorando a sua utilidade tendente a zero.

A assimetria de informações inclina o indivíduo em direção ao otimismo e à ilusão de controle. É inegável que a colaboração, por seu aspecto alegadamente consensual, aparenta maior possibilidade de controle, parecendo ao colaborador que se encontra em melhor situação do que estaria sendo submetido como réu a um processo penal.

O Ministério Público Federal, obviamente, observa a propensão dos acusados a aceitar acordos “especiais” ou “personalizados”, oferecendo no âmbito da Operação Lava Jato propostas com prêmios que estão fora dos limites legais, como redução da pena de multa, suspensão dos procedimentos e até mesmo benefícios de execução da pena que ainda não existe (CANOTILHO, BRANDÃO, 2017, p. 155-160). A interpretação é lastreada na máxima *a maiori, ad minus* (o que é válido para o mais, deve necessariamente valer para o menos), vale dizer, se é possível o acordo

de colaboração premiada tendo como prêmio o perdão judicial ou acordo de imunidade (o mais), seria possível o menos, que é a redução acima da fração máxima de 2/3 da Lei 12.850/2013 (SILVA, 2017, p. 298-299).

Essas razões reforçam ainda mais a concepção de que a colaboração premiada passou a ser a regra para determinado tipo de criminalidade. Conforme os dados atualizados até 31 de agosto de 2017, apenas em primeira instância foram firmados 158 acordos com pessoas físicas<sup>51</sup>.

Igualmente importante se demonstra a decretação de prisão preventiva do investigado ou acusado. Tradicionalmente, a prisão é entendida como um custo a ser suportado pelo acusado que não colabora, enquanto a liberdade é vantagem a ser obtida (AGUIAR, FONSECA, TABAK, 2015, p. 28-30). Todavia, os efeitos psicológicos da prisão preventiva dificultam a crença na possibilidade de escolhas racionais (sob a ótica do custo-benefício) para preso preventivo (SANGUINE, 2014, p. 22-26). A liberdade provisória não deve ser analisada como vantagem a ser obtida por meio da colaboração, mas como direito constitucionalmente assegurado sempre que ausentes indícios de materialidade e autoria e os pressupostos da medida. A prisão é utilizada como indutora de heurísticas e como modo de turvar e enviesar a racionalidade em favor do acordo de colaboração.

Sob o viés dos descontos hiperbólicos, o oferecimento da liberdade provisória como decorrência da colaboração é a indução de um retorno imediato quase irresistível ao acusado. Ele se vê na possibilidade de obter um prêmio, evitar o processo e ser libertado imediatamente. Por essa razão, aceita os benefícios imediatos, ainda que a opção por ser processado pudesse oferecer retornos maiores a longo prazo.

Todavia, a função mais importante da prisão preventiva constitui na alteração da perspectiva do colaborador, nos moldes da teoria da perspectiva exposta por KAHNEMAN (2011, p. 218-219). Um indivíduo preso possui a tendência de optar pela colaboração ainda que os prêmios oferecidos sejam ínfimos, uma vez que a simples perspectiva de ser libertado da prisão preventiva constitui uma vantagem, naquele momento, superior a quaisquer custos. Trata-se de um nível de adaptação completamente diverso daquele do colaborador solto. Da mesma forma, o indivíduo preso

---

<sup>51</sup> Dados disponíveis em: <http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/resultados/a-lava-jato-em-numeros>. Acesso em 20/09/2017.

possui maior tendência a aceitar quaisquer acordos, pelo simples princípio comportamental de aversão às perdas<sup>52</sup>. Não à toa, a doutrina revela sua desconfiança da prisão preventiva como forma de obter acordos de colaboração nas investigações atuais (AIRES, FERNANDES, 2017, p. 278-279).

Ao analisar o equilíbrio entre perdas e ganhos, SUNSTEIN e THALER (2008, p. 33-34) indicam experimentos de aversão às perdas segundo os quais o valor atribuído pelo indivíduo a algo que ele já tem chega a duas vezes mais do que o valor real<sup>53</sup>. Poder-se-ia inferir, analogicamente, que os prêmios oferecidos ao acusado solto deveriam ser pelo menos duas vezes maiores do que os prêmios aceitos pelos acusados presos. Fácil compreender a preferência por firmar acordo com acusados presos.

Os mesmos autores destacam que indicar determinada opção como “padrão” faz com que a ela se direcionem as preferências da maior parte dos indivíduos<sup>54</sup>. O padrão de colaboração da Operação Lava Jato, bem como a sua visibilidade como meio comum de obtenção da liberdade provisória para réus presos, justifica a opção pelo acordo.

Todas as condições acima expostas, além de tantas outras, institucionais ou não, contribuíram para a proliferação dos acordos de colaboração, ainda que esta opção não pudesse ser considerada a mais racional. A colaboração premiada tende a chegar em um nível de esgotamento, em

---

<sup>52</sup> Nesse âmbito, a aversão às perdas exposta por KAHNEMAN (2011, p. 218-219) pode ser analisada do ponto de vista individual ou comparativo. Do ponto de vista individual, o acusado preso que decide por não colaborar perde a imediata possibilidade de liberdade provisória; portanto, adota posição de aversão à perda e favorável à colaboração. Comparativamente, por outro lado, o acusado solto apresentaria maior resistência ao acordo, pois seria avesso a sofrer os custos da colaboração imediatamente.

<sup>53</sup> O experimento descrito por SUNSTEIN e THALER (2008, p. 33-34) consistia na distribuição de canecas entre os alunos de uma Turma, deixando poucos alunos sem receber. Estes, então, deveriam negociar a compra da caneca com os alunos que as receberam. A conclusão alcançada é de que os alunos estavam dispostos a pagar apenas metade daquilo que os outros alunos esperavam receber.

<sup>54</sup> Segundo SUNSTEIN e THALER (2008, p. 35), a visibilidade da opção como padrão funciona como um “empurrão” para a conduta individual, em razão do viés da manutenção do *status quo*. Nesse viés, adotar posturas ou estratégias arriscadas funciona de maneira contrária às estratégias comportamentais da maioria, que preferem adotar o “padrão”. Há uma certa semelhança, neste ponto, quanto ao Efeito Adesão.

que a utilidade de novas informações é ínfima e o prêmio oferecido tende a zero. Em outubro de 2016, a Polícia Federal do Paraná já demonstrou a desnecessidade de novos acordos de colaboração premiada<sup>55</sup>. À época, em primeira instância haviam sido feitos 66 acordos de colaboração premiada (SILVA, 2017, p. 292-293). Não obstante, continuaram sendo firmados mais e mais acordos. A cifra atualizada está em 158 acordos<sup>56</sup>. Mesmo após o suposto esgotamento, o número de acordos mais que dobrou. Se os acordos continuam sendo desvantajosos para os colaboradores, persiste a seguinte pergunta: por que o órgão de acusação continua propondo os acordos?

A proposta de acordo pelo Ministério Público Federal sempre leva em conta os cálculos de *law and economics*. A acusação continua propondo acordos com prêmios altos e desproporcionais à utilidade das informações, porque tornou-se mais interessante repatriar ativos como condição do acordo de colaboração do que continuar obtendo provas (SILVA, 2017, p. 305). Com base no cálculo de BECKER (1974, p. 12-14), a colaboração tornou-se um meio transversal de aplicar uma elevada “pena de multa” de natureza atípica.

Denota-se um discurso utilitário-economicista como tônica do processo penal relativo aos crimes de corrupção, que leva os órgãos de persecução e o Poder Judiciário a buscarem um resultado patrimonial no processo (mercantilização processual), atropelando-se a legalidade penal - caracterizada por regras imperativas e de aplicação obrigatória – e tornando a liberdade objeto de compra pelo colaborador.

A mercantilização do processo penal mina valores constitucionais, como a imparcialidade judicial e o dever do Ministério Público, encorajando os participantes do processo a celebrar colaborações conduzidas por interesses partidários (BROWN, 2016, p. 92-94).

Deve-se atentar ao fato de que os órgãos acusatórios não são alheios à existência de heurísticas e vieses cognitivos que afetam os comportamentos dos acusados. Pelo contrário, o uso da prisão preventiva

---

<sup>55</sup> MEGALEI, Bela. PF se opõe a novas delações premiadas na Lava Jato. São Paulo: Folha de São Paulo. 04 de Outubro de 2016. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/10/1819588-pf-se-opoe-a-novas-dela-coes-premiadas-na-lava-jato.shtml>>. Acesso em: 07 jan. 2017.

<sup>56</sup> Dados disponíveis em: <http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/resultados/a-lava-jato-em-numericos>. Acesso em 20/09/2017.

como “incentivo” à colaboração demonstra o domínio dos instrumentos da economia comportamental. ULEN e MCADAMS (2008, p. 30) demonstram que a acusação está ciente dos vieses e utilizam-nos para influenciar suas decisões no processo penal<sup>57</sup>. A possibilidade de a acusação manipular ou induzir vieses cognitivos não é alvissareira, contando com inúmeros estudos no sistema de *common law*.

Não é de se estranhar, também, que os próprios acusados sobrestimem a pena em momentos de crise, com base nos estudos de ULEN e MCADAMS (2008, p. 29-30). Muito menos estranho é que o órgão acusatório se aproveite do momento de crise política e ofereça mais acordos, induzindo o incremento do viés da disponibilidade. Seja pela assimetria de informações, seja pela utilização da prisão preventiva como forma de alteração da perspectiva do acusado ou, até mesmo, pelas múltiplas relações entre estes, o acordo de colaboração revela-se cada vez mais irracional e desvantajoso para o acusado.

Criou-se um cenário em que a colaboração não é mais tratada nos limites da legalidade, mas conduzida de forma discricionária como trunfo para que os demais investigados também sejam levados a fazer acordos e expandir o alcance da “rede de criminosos” à disposição da acusação. A manipulação de desvios cognitivos aliada a prisões preventivas por longos períodos ameaça elemento essencial ao acordo, que é a livre escolha dos colaboradores, mediante a extrapolação dos lindes legais do acordo e a criação de condicionantes ao puro arbítrio da autoridade (MORAIS, BONACCORSI, 2016, p. 100-101).

## CONCLUSÕES

O objetivo deste trabalho foi questionar se a decisão de colaborar com a justiça constitui ou não escolha economicamente racional e eficiente do ponto de vista do acusado colaborador.

---

<sup>57</sup> Os autores citam o exemplo da fraude em seguradoras. Os investidores subestimam o risco de fraudes nos momentos em que o mercado está em bom desempenho. Dessa forma, a acusação pode equilibrar a situação promovendo mais acusações durante momentos de bom desempenho, promovendo exemplos vívidos de fraude que podem induzir uma heurística da disponibilidade (ULEN, MCADAMS, 2008).

Para este objetivo, foi demonstrado, primeiramente, o que se entende pelo instituto e a forma como foi transplantado ao contexto brasileiro. Nesse sentido, especial atenção à dependência instaurada entre poder de investigação e instrumentos colaborativos, ressaltando a dificuldade de o Estado proceder à prova dos fatos por outros meios.

Em seguida, foram trazidos alguns dos pilares da análise econômica neoclássica e as críticas feitas pela corrente comportamental, ressaltando a insuficiência do critério da pura utilidade e racionalidade para explicar o comportamento econômico dos indivíduos. Da mesma forma, foi demonstrado que, pelos pressupostos da economia neoclássica e da teoria dos jogos, o equilíbrio econômico na colaboração premiada, do ponto de vista dos colaboradores, seria a coordenação de estratégias para a rejeição dos acordos. Ademais, foi assentado que a maior vantagem que o acordo oferece é para o primeiro colaborador; em seguida, a utilidade é decrescente e tendente a zero.

Por fim, buscou-se uma explicação para a proliferação dos acordos nos pressupostos da economia comportamental. Alcançamos a conclusão de que os acordos de colaboração são erros sistemáticos realizados pelos colaboradores, motivados principalmente pela assimetria de informações (e, em consequência, vieses cognitivos) e pelo uso da prisão preventiva como mecanismo de alteração da perspectiva econômica.

Na realidade, o uso irracional da colaboração oferece diversos riscos. A mercantilização do processo penal, voltado apenas à repatriação de ativos e aplicação transversa da pena de multa, mina o primado da legalidade, possibilitando a compra da liberdade e acelerando o processo de seletividade do sistema criminal. Ademais, o uso da prisão preventiva como incentivo à colaboração traz efeitos nefastos a longo prazo, que não podem ser ignorados pela pressão momentânea de apresentação de resultados.

O que se concluiu, ao final da análise dos pressupostos teóricos e de sua incidência prática, é que a decisão de colaborar com as investigações é economicamente irracional e ineficaz, sendo possível apenas em razão de desvios cognitivos que manipulam o próprio conceito de voluntariedade do acordo.

Verificado o uso irracional e contrário à eficiência econômica, nada mais natural que o direito interfira para equilibrar a atuação dos agentes de acordo com os valores constitucionalmente protegidos (PICKER, 1994, p.

20). A melhor forma de corrigir os vícios de racionalidade da colaboração, do ponto de vista do colaborador, seria aprimorando o sistema de justiça: incrementar a celeridade do processo e desenvolver instrumentos de investigação que independam do auxílio da própria organização criminosa.

Além disso, restringir o uso da prisão preventiva às hipóteses estritamente necessárias é uma demanda não apenas no âmbito da colaboração premiada, mas de todo o sistema de justiça, que apresenta elevados percentuais de presos provisórios em situações precárias e que podem, inclusive, ser absolvidos posteriormente.

Por fim, a assimetria de informações pode e deve ser corrigida com instrumentos já existentes. No sistema norte-americano, por exemplo, a acusação possui o dever de revelar as evidências absolutórias ou exculpatórias que estejam em seu poder, sob a égide da chamada *Brady Rule*. A introdução de regra semelhante poderia contribuir para uma diminuição da assimetria de informações e possibilitar que o acusado analise de maneira coerente e informada os custos e benefícios da colaboração.

O objetivo da pesquisa não é condenar a possibilidade de uso da colaboração premiada. Pelo contrário, sua aplicação possibilitou avanços em outros países e vem contribuindo para uma mudança de cultura punitiva no sistema brasileiro, antes focado somente em crimes patrimoniais e tráfico de drogas. Todavia, a utilização deve ocorrer de maneira racional e coerente com o princípio da legalidade, possibilitando decisões informadas e marcadas pela boa-fé objetiva, principalmente na atuação do ente estatal que oferece o acordo.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Julio César de. FONSECA, Cibele Benevides Guedes da. TABAK, Benjamin Miranda. *A Colaboração Premiada Compensa?* Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/Senado, agosto/2015 (Texto para Discussão nº 181). Disponível em: [www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos). Acesso em: 22 set. 2017.

AGUIAR, Bernardo Augusto Teixeira de. *A análise econômica do direito: aspectos gerais. Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. XVI, n. 110, mar. 2013. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13019&revista\\_caderno=27](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13019&revista_caderno=27)>. Acesso em: 22 set.2017.

AIRES, Murilo T.; FERNANDES, Fernando A. *A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais*

do réu colaborador. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 253-284, jan./abr. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.46>.

AMARAL, Augusto J.; GLOECKNER, Ricardo J. A delação nos sistemas punitivos contemporâneos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 25, v. 128, p. 65-89, fev. 2017.

BAR-GILL, Oren; HAREL, Alon. Crime Rates and Expected Sanctions: The Economics of Deterrence Revisited, *J. LEGAL STUD.*, vol. 30, nº 2, p. 485-501, jun./2001. <https://doi.org/10.1086/322055>.

BAR-GILL, Oren. EPSTEIN, Richard. Consumer Contracts: Behavioral Economics vs. Neoclassical Economics. *Law & Economics Research Paper Series*, Working Paper No. 07-17, New York, 2007.

BECKER, Gary S. Crime and Punishment: an economic approach. In: BECKER, Gary S.; LANDES, William M. (Eds.) *Essays in the Economics of crime and Punishment*. [S.l.]: National of Economic Research, 1974. p. 1-54. Disponível em: <<http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>>. Acesso em: 22set. 2017.

BELLI, Benoni. *Violência, Tolerância Zero e Democracia no Brasil: Paradoxos da Década de 90*. Tese (Doutorado em Sociologia) – UnB, Brasília, 2003.

BIRKE, Richard. Reconciling Loss Aversion and Guilty Pleas, *Utah Law Rev.*, Salt Lake City, p. 205-254, 1999.

BITTAR, Walter Barbosa. *Delação Premiada: Direito Estrangeiro, Doutrina e Jurisprudência*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BOTTINO, Thiago. Colaboração Premiada e Incentivos à Cooperação no Processo Penal: uma análise crítica dos acordos firmados na Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 122, pags. 359-390, set./out. 2016.

BRENNER, Geraldo. *Entendendo o Comportamento Criminoso: educação, ensino de valores morais e a necessidade de coibir o comportamento criminoso: uma contribuição da teoria econômica e um recado para nossas autoridades*. Porto Alegre: AGE, 2009.

BRITO, Michelle Barbosa de. *Delação Premiada e Decisão Penal: da eficiência à integridade*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

BROWN, Darryl. K. *Free Market Criminal Justice: How Democracy and Laissez Faire Undermine the Rule of Law*. New York: Oxford. 2016. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780190457877.001.0001>.

CALABRESI, Guido. *The Cost of Accidents: a legal and economic analysis*. New Haven: Yale University Press, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 133, ano 25, p. 133-171, jul. 2017.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo Penal de Emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

COOTER, Robert. ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 6ª Ed. Boston: Addison-Wesley, 2012.

COSTA, Leonardo Dantas. *Delação Premiada*. A atuação do Estado e a Relevância da Voluntariedade do Colaborador com a Justiça. Curitiba: Juruá, 2017.

DOUGLASS, John G. Can Prosecutors Bluff? *Brady v. Maryland and Plea Bargaining*. *Case Western Reserved Law Review*, vol. 57, p. 581-592, 2007. Disponível em: <http://scholarship.richmond.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1083&context=law-faculty-publications>. Acesso em: 22 set. 2017.

FAURE, Michael. LUTH, Hanneke. Behavioural Economics in Unfair Contract Terms: Cautions and Considerations. *Journal of Consumer Policy*, vol. 34, n° 3, pags. 337-358, 2011. <https://doi.org/10.1007/s10603-011-9162-9>.

FIANI, Ronaldo. *Teoria dos Jogos*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

FONSECA, Cibele B. G. *Colaboração premiada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

GAROUPA, Nuno. Behavioral Economic Analysis of Crime: A Critical Review, *European J. Law & Econ.*, vol. 15, p. 5-15, 2003.

GIVATI, Yehonatan. The Comparative Law and Economics of Plea Bargaining: Theory and Evidence. *Discussion Paper n° 39*, Harvard Law School, Cambridge, MA 02138, 2011. Disponível em: <[http://www.law.harvard.edu/programs/olin\\_center/fellows\\_papers/pdf/Givati\\_39.pdf](http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/fellows_papers/pdf/Givati_39.pdf)> Acesso em: 22 set. 2017. <https://doi.org/10.2139/ssrn.1889316>.

GONÇALVES, Carlos Eduardo. A Análise Econômica do Direito Penal. In: ÁVILA, Gustavo Noronha de. MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. VIANNA, Tulio Lima. *Criminologias e política criminal*. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 67-90.

HALBERSBERG, Yoed. GUTTEL, Ehud. Behavioral Economics and Tort Law. *Hebrew University of Jerusalem Legal Studies Research*, paper series n° 2-15. Jerusalem, 2015.

JOLLS, Christine. On Law Enforcement With Boundedly Rational Actors. *Discussion Paper n° 494*. Harvard Law School, Cambridge, MA 02138, 2004. <https://doi.org/10.2139/ssrn.631222>.

KAHNEMANN, Daniel. *Thinking, Fast and Slow*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011. <https://doi.org/10.4324/9781912453207>.

KOROBKIN, Russell. ULEN, Thomas. Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics. *California Law Review*, Berkeley, vol. 88, n° 4, Jul. 2000. <https://doi.org/10.2307/3481255>.

KURAN, Timor. SUNSTEIN, Cass. Availability Cascades and Risk Regulation. *Stanford Law Review*, Stanford vol. 51, nº 4, pags. 683-768, abril 1999. <https://doi.org/10.2307/1229439>.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de Processo Penal*. Niterói/RJ: Impetus, 2013.

MCNUTT, Paddy. *The Economics of Public Choice*. Second Edition. Northampton: Edward Elgar, 2002.

MENDES, Soraia da Rosa; BARBOSA, Kássia Cristina de Souza. Anotações sobre o requisito da voluntariedade e o papel do/a juiz/a em acordos de colaboração premiada envolvendo investigados/as e /ou réus/és presos/as provisoriamente. In: MENDES, Soraia da Rosa (org.). *A delação/colaboração premiada em perspectiva*. Brasília: IDP, 2016.

MORAIS, Flaviane de Magalhães B. B. BONACCORSI, Daniela Villani. A Colaboração por Meio do Acordo de Leniência e Seus Impactos Junto ao Processo Penal Brasileiro: um estado a partir da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 122, pags. 93-113, set./out. 2016.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação Premiada: Legitimidade e Procedimento*. 2ª Ed. Curitiba: Juruá, 2013.

PETEGORSKY, Michael Nasser. Plea Bargaining in the Dark: The Duty to Disclose Exculpatory Brady Evidence During Plea Bargaining, *Fordham L. Rev.*, vol. 81, p. 3599-3650, 2013. Disponível em: <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol81/iss6/13>. Acesso em: 22 set. 2017.

PICKER, Randal. An Introduction to Game Theory and the Law. *Coase-Sandor Institute for Law & Economics*, Working Paper No. 22, Chicago, 1994.

POSNER, Ericc. *Análise econômica do direito contratual: sucesso ou fracasso?* São Paulo: Saraiva, 2010.

POSNER, Richard. An Economic Theory of the Criminal Law. *Columbia Law Review*, New York, vol. 85, nº 6, out. 1985.

ROSA, Alexandre Moraes da; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law & Economics*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SANGUINÉ, Odone. *Prisão Cautelar, Medidas Alternativas e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SILVA, Marcelo Rodrigues da. A colaboração premiada como terceira via do direito penal no enfrentamento à corrupção administrativa organizada. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.50>.

SUNSTEIN, Cass. THALER, Richard. *Nudge: improving decisions about health, wealth and happiness*. Yale University Press, 2008. <https://doi.org/10.4324/9781912282555>.

ULEN, Thomas. MCADAMS, Richard. Behavioral Criminal Law and Economics. *John M. Olin Program in Law and Economics*, Working Paper No. 440, Chicago, 2008. <https://doi.org/10.4337/9781781950210.00021>.

WINTER, Harold. *The Economics of Crime: an introduction to rational crime analysis*. New York: Routledge, 2008. <https://doi.org/10.4324/9780203927465>.

WRIGHT, Joshua. Behavioral Law And Economics, Paternalism, And Consumer Contracts: An Empirical Perspective. *NYU Journal of Law & Liberty*, Vol. 2, No. 3, pp. 470-511, 2007

VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de. *Economia: micro e macro*. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – PUC/RS, Porto Alegre/RS, 2014.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. 1ª ed. São Paulo: RT, 2017.

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

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

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

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

### Dados do processo editorial

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

- Recebido em: 27/10/2018
- Controle preliminar e verificação de plágio: 28/10/2018
- Avaliação 1: 10/11/2018
- Avaliação 2: 16/11/2018
- Decisão editorial preliminar: 08/12/2018
- Retorno rodada de correções: 17/01/2019
- Decisão editorial final: 18/01/2019

### Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Revisores: 2

### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

KALKMANN, Tiago. Análise econômica da racionalidade do acordo de colaboração premiada. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 469-504, jan./abr. 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.195>



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

**Processo Penal em  
perspectiva interdisciplinar**

---

*Criminal Procedure in an  
Interdisciplinary Perspective*

---



# A tomada da decisão judicial criminal à luz da psicologia: heurísticas e vieses cognitivos

*Decision-making in criminal justice in the light of the psychology: heuristics and cognitive biases*

**Flávio da Silva Andrade<sup>1</sup>**

Universidade Federal de Minas Gerais – Belo Horizonte/MG

flavio.andrade.ro@gmail.com

 lattes.cnpq.br/9592306654276563

 orcid.org/0000-0001-9571-6551

---

**RESUMO:** A partir dos conhecimentos da psicologia, este ensaio procura primeiro demonstrar como o ser humano, valendo-se de heurísticas, pensa e age para resolver problemas e tomar decisões em seu dia a dia. Em seguida, o estudo busca revelar como as heurísticas são empregadas para a tomada da decisão judicial criminal, comentando-se sobre os vieses e sobre os poderes e perigos da intuição, ressaltando-se que o juiz jamais deve prescindir do pensamento racional e lógico, desenvolvido a partir do contraditório. Portanto, chama-se a atenção para a necessidade de o juiz conhecer as heurísticas e os vieses de julgamento, de modo que busque tomar decisões de maneira mais deliberativa e menos intuitiva, ainda que haja uma enorme cobrança por celeridade nos tempos atuais. Reforça-se, ao final, a necessidade de se propiciar e exigir uma formação multidisciplinar do magistrado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Processual Penal; Psicologia; Interseção; Tomada da decisão judicial; Heurísticas; Vieses; Formação multidisciplinar do juiz.

**ABSTRACT:** *Based on knowledge coming from psychology, this essay seeks first to demonstrate how human beings, using heuristics, think and act to solve problems and make decisions in their day to day. Afterwards, the study*

---

<sup>1</sup> Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Juiz Federal do TRF da 1ª Região, titular da 4ª Vara da Subseção Judiciária de Uberlândia/MG.

*seeks to reveal how heuristics are used in decision-making in criminal justice, commenting on the biases and the powers and perils of intuition, emphasizing that the judge should never dispense with rational and logical thinking, developed from the adversary proceeding. Therefore, it is pointed out the need for the judge to know the heuristics and biases of judgment, so that he seeks to make decisions in a more deliberative and less intuitive way, although there is a huge charge for speed in the current times. Finally, the need to provide and demand a multidisciplinary training of judges is reinforced.*

**KEYWORDS:** *Criminal Procedure Law; Psychology; Intersection; Judicial decision-making; Heuristics; Biases; Multidisciplinary training of judges.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. A psicologia cognitiva, a resolução de problemas e a tomada de decisões; 1.1. Cognição, pensamento, intuição, *insight*, memória e conhecimento; 1.2. Pensando para resolver problemas e tomar decisões; 2. A tomada da decisão judicial criminal, as heurísticas e os vieses cognitivos; Considerações finais; Referências.

---

## INTRODUÇÃO

O juiz, como integrante do Poder Judiciário num Estado de Direito, deve cumprir o papel de tomar decisões e dirimir os conflitos de interesse trazidos à sua apreciação. Na esfera do processo penal, cabe-lhe, por exemplo, rejeitar ou acolher um pedido de prisão provisória assim como condenar ou absolver o acusado da prática de um delito.

Não há dúvida de que, para exercer sua relevante função, o magistrado deve conhecer a ciência jurídica, saber interpretar a lei e valorar as provas a partir do debate paritário das partes, de modo que possa formar sua convicção e bem decidir a causa. Porém, a formação do juiz naturalmente não pode ser estritamente jurídica. O magistrado de hoje precisa deter conhecimentos para além do campo jurídico.

Há saberes extrajurídicos, como os produzidos pela psicologia, pela economia, pela ciência política, pela sociologia e pela filosofia, que são essenciais para um adequado e satisfatório exercício da função jurisdicional, pois iluminam a tomada da decisão. A psicologia

vai além, tendo desenvolvido estudos que ajudam a compreender os processos mentais e os pensamentos que permeiam a tomada de decisões pelo ser humano.

Nessa perspectiva, é oportuno conhecer as descobertas da psicologia no campo da tomada de decisões, de modo a buscar entender como o juiz pensa para decidir, e como raciocina para tomar decisões judiciais em seu dia a dia. Quais heurísticas e vieses cognitivos operam na atuação decisória de um juiz criminal? Uma pesquisa assim é interessante para todo operador do direito, mas o é especialmente para o magistrado, que deve perseguir uma formação continuada e multidisciplinar, que o torne mais apto para exercer o cargo, para resolver as contendas e tomar decisões justas e legítimas, por mais intrincados que sejam os problemas retratados nos processos.

Assim, neste trabalho, a partir dos conhecimentos produzidos pela ciência psicológica, almeja-se expor as noções sobre as heurísticas que balizam a tomada de decisões, assim como comentar sobre os vieses (falhas cognitivas) que podem comprometer a realização da justiça na esfera do processo penal.

## **1. A PSICOLOGIA COGNITIVA, A RESOLUÇÃO DE PROBLEMAS E A TOMADA DE DECISÕES**

A psicologia “é a ciência do comportamento e dos processos mentais”<sup>2</sup>, e emprega métodos científicos que “permitem aos psicólogos fazer afirmações seguras e sólidas sobre como as pessoas agem e por que elas fazem o que fazem”<sup>3</sup>. A psicologia cognitiva é o ramo da psicologia que estuda os processos internos da mente humana ligados à atenção, percepção, pensamento, linguagem, aprendizagem, memória, resolução de problemas e tomada de decisões<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> MYERS, David G. *Psicologia*. 9ª ed. Trad. de Daniel Argolo Estill e Heitor M. Corrêa. Rio de Janeiro: LTC, 2016, p. 5.

<sup>3</sup> GLEITMAN, Henry; REISBERG, Daniel; GROSS, James. *Psicologia*. 7ª ed. Trad. de Ronaldo Cataldo Costa. Porto Alegre: Artmed, 2009, p. 65.

<sup>4</sup> EYSENCK, Michael W.; KEANE, Mark T. *Manual de Psicologia Cognitiva*. 5ª ed. Trad. de Magda França Lopes. Porto Alegre: Artmed, 2007, p. 11.

Neste tópico, pretende-se discorrer sobre a resolução de problemas e a tomada de decisões a partir das descobertas feitas pela psicologia. Antes disso, porém, é preciso explicitar alguns conceitos essenciais para a compreensão das questões que cercam a temática que será abordada.

### 1.1. COGNIÇÃO, PENSAMENTO, INTUIÇÃO, *INSIGHT*, MEMÓRIA E CONHECIMENTO

Cognição, segundo David Myers<sup>5</sup>, é um termo que abrange “as atividades mentais associadas ao pensamento, ao conhecimento, à lembrança e à comunicação”. Já Charles Morris e Albert Maisto<sup>6</sup> explicam que os psicólogos utilizam a palavra cognição “para se referir a todos os processos que empregamos para adquirir e administrar informações”.

O pensamento diz respeito ao ato de ter ideias, de refletir ou de raciocinar. Pensar envolve várias atividades mentais, como meditar, ponderar, recordar ou imaginar. A palavra pensamento, portanto, é capaz de abarcar vários processos psicológicos diferentes<sup>7</sup>.

Na psicologia cognitiva, a noção de pensamento centra-se mais nas atividades internas voltadas à resolução de problemas e à tomada de decisões<sup>8</sup>. Por meio do pensamento é que se resolve um quebra-cabeça, avalia-se a verdade de uma alegação ou se reflete sobre a viabilidade de comprar um bem, especialmente quando de maior valor. O pensamento, dessa forma, é enxergado como o fluxo de ideias que acontece na mente com o propósito de se resolver um problema ou tomar uma decisão.

Segundo Daniel Kahneman, há duas formas de pensar: uma rápida e outra devagar. A primeira é intuitiva e automática, não exige esforço e acontece “sem percepção de controle voluntário”. A segunda

---

<sup>5</sup> MYERS, David G. *Psicologia*. 9ª ed. Trad. de Daniel Argolo Estill e Heitor M. Corrêa. Rio de Janeiro: LTC, 2016, p. 281.

<sup>6</sup> MAISTO, Albert A.; MORRIS, Charles G. *Introdução à Psicologia*. 6ª ed. Trad. de Ludmilla Teixeira Lima e Marina Sobreira Duarte Baptista. São Paulo: Prentice Hall, 2004, p. 219.

<sup>7</sup> GLEITMAN, Henry; FRIDLUND, Alan J.; REISBERG, Daniel. *Psicologia*. 6ª ed. Trad. de Danilo R. Silva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 399.

<sup>8</sup> GLEITMAN, Henry; FRIDLUND, Alan J.; REISBERG, Daniel. *Psicologia*. 6ª ed. Trad. de Danilo R. Silva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 399.

forma de pensar é mais lenta, porém “mais lógica e deliberativa”<sup>9</sup>. O referido autor esclarece que “os nomes Sistema 1 e Sistema 2 são amplamente utilizados em psicologia” para se referir a essas duas formas de funcionamento da mente humana<sup>10</sup>. O S1 representa uma atividade cognitiva automática e involuntária, enquanto o S2 representa a reflexão, a concentração e o autocontrole.

O interessante e mais complexo nesse estudo é buscar entender como interagem o S1 e o S2. Kahaneman afirma que há influências mútuas entre tais sistemas, mas o S2 com frequência faz escolhas e julgamentos a partir de impressões e sensações geradas pelo S1<sup>11</sup>. Conquanto o S1 seja a origem de decisões acertadas, é também a fonte de muitas escolhas e julgamentos equivocados, o que deve levar o tomador da decisão a procurar identificar os sinais de que ele pode estar pisando num “campo minado cognitivo”<sup>12</sup>.

Nessa linha, o pensamento pode ser consciente ou inconsciente. Robert Burton esclarece que o primeiro gera a sensação embutida do esforço consciente e da intenção enquanto o pensamento inconsciente não possui essa sensação. Este acontece fora da consciência, sem que haja intencionalidade. “Pensamentos conscientes passam a sensação de que estão sendo pensados; pensamentos inconscientes, não”<sup>13</sup>.

Duane P. Schultz e Sydney Ellen Schultz afirmam que, “cada vez mais, os psicólogos cognitivos concordam que o inconsciente é capaz de realizar muitas funções que antes se acreditava precisarem de deliberação e intenção”. Eles destacam que “pesquisas sugerem que a maior parte de nosso pensamento e processamento de informações ocorre no inconsciente, que pode operar mais rápida e eficientemente do que a

---

<sup>9</sup> KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e Devagar: Duas formas de pensar*. Trad. de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 22 e 29.

<sup>10</sup> KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e Devagar: Duas formas de pensar*. Trad. de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 29.

<sup>11</sup> KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e Devagar: Duas formas de pensar*. Trad. de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 519.

<sup>12</sup> KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e Devagar: Duas formas de pensar*. Trad. de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 522.

<sup>13</sup> BURTON, Robert A. *Sobre ter certeza. Como a neurociência explica a convicção*. Trad. de Marcelo Barbão. São Paulo: Blucher, 2017, p. 169.

mente consciente”.<sup>14</sup> Já que o pensamento intuitivo e inconsciente (S1) tem a relevância aqui apontada, fazendo-se constantemente presente nos processos de resolução de problemas e de tomada de decisões, convém expor com clareza o conceito de intuição e o de *insight*.

A intuição é uma voz que vem do inconsciente. Nas palavras de Myers<sup>15</sup>, “a intuição é um sentimento ou pensamento imediato, automático e sem esforço, em comparação com o raciocínio explícito e consciente”. Ela expressa uma cognição imediata, um entendimento rápido, sem aparente esforço<sup>16</sup>. No processo intuitivo, algo é feito ou uma atitude é tomada sem que se saiba explicar bem o porquê. Luis Manuel Fonseca Pires afirma que “a intuição é irracional porque irrompe sem prévia racionalização, em qualquer maturação intelectualiva precedente, sem ser elaborada pela consciência como seu constructo. A intuição aflui em um rompante. Percebê-la, considerá-la, ou rechaçá-la são átimos posteriores, aí sim adequados ao processo raciocinativo.”<sup>17</sup>

Como se verá adiante, graças à intuição o ser humano pode se valer de heurísticas<sup>18</sup> rápidas e frugais nas tarefas de resolver problemas e de tomar decisões. No entanto, ao mesmo tempo em que ela se revela poderosa, expressando inteligência e sabedoria por permitir que de ma-

<sup>14</sup> SCHULTZ, Duane P.; SCHULTZ, Sydney Ellen. *História da Psicologia Moderna*. 10ª ed. Trad. de Cíntia Naomi Uemura. São Paulo: Cengage Learning, 2017, p. 361.

<sup>15</sup> MYERS, David G. *Psicologia*. 9ª ed. Trad. de Daniel Argolo Estill e Heitor M. Corrêa. Rio de Janeiro: LTC, 2016, p. 287.

<sup>16</sup> BURTON, Robert A. *Sobre ter certeza*. Como a neurociência explica a convicção. Trad. de Marcelo Barbão. São Paulo: Blucher, 2017, p. 170.

<sup>17</sup> PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Justiça Arquetípica – Instituto, Intuição e Sentimento de Justiça – A Consciência de Justiça*. In: MARTINS, Ricardo Marcondes; PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Um Diálogo sobre a Justiça*. A Justiça Arquetípica e a Justiça Deontica. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 139.

<sup>18</sup> Aurélio Buarque de Holanda Ferreira assim define heurística: “conjunto de regras e métodos que conduzem à descoberta, à invenção e à resolução de problemas”. Em relação ao termo heureka, do grego *heúreka*, esclarece que significa “achei, encontrei”, expressão que ficou famosa depois que Arquimedes, matemático e físico grego do século III a.C, a empregou ao compreender a força de empuxo (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 3ª ed. Curitiba: Positivo, 2004, p. 1035).

neira automática e célere se tome uma decisão acertada, a intuição pode ser perigosa em muitas situações, na medida em que, ao se valer dela, a pessoa enfatiza seus sentimentos e subestima o pensamento consciente, o raciocínio lógico, mais refletido<sup>19</sup>.

Por sua vez, o *insight* é a repentina compreensão de algo que não se percebia ou a inesperada descoberta da forma para se resolver um problema. “Um insight não é uma solução baseada em estratégia, e sim um súbito lampejo de inspiração que resolve um problema”<sup>20</sup>.

O conceito de *insight* se aproxima e se confunde com o de intuição. Entretanto, a intuição acontece de forma rápida e automática diante de um problema a se resolver ou de uma decisão a se tomar. Já o *insight* geralmente ocorre um tempo depois de a pessoa já ter se debruçado sobre um problema ou após ter refletido sem sucesso sobre a melhor decisão a se tomar<sup>21</sup>. De forma inesperada<sup>22</sup>, quando já não mais se pensava (conscientemente) na questão, a pessoa experimenta um “súbito lampejo de inspiração” que revela a solução para o problema ou indica a decisão mais acertada para determinado caso. Outro aspecto diferenciador é que, na intuição, a ideia orientadora da solução não se mostra clara, bem definida, enquanto, no *insight*, a ideia repentina é mais clara, ilumina a questão e propicia sua resolução.

As duas últimas definições relevantes para se avançar neste trabalho são a de memória e a de conhecimento.

A memória, na visão da psicologia, “é a aprendizagem que persiste através do tempo, informações que foram armazenadas e que

---

<sup>19</sup> MYERS, David G. *Psicologia*. 9ª ed. Trad. de Daniel Argolo Estill e Heitor M. Corrêa. Rio de Janeiro: LTC, 2016, p. 290.

<sup>20</sup> MYERS, David G. *Psicologia*. 9ª ed. Trad. de Daniel Argolo Estill e Heitor M. Corrêa. Rio de Janeiro: LTC, 2016, p. 395.

<sup>21</sup> WEITEN, Wayne. *Introdução à Psicologia*. Temas e Variações. 7ª ed. Trad. de Zaira G. Botelho, Maria Lúcia Brasil, Clara A. Colotto e José Carlos B. dos Santos. São Paulo: Cengage Learning, 2010, p. 238.

<sup>22</sup> Wayne Weiten afirma que estudos recentes sugerem que essas “repentinas manifestações são precedidas por um movimento gradual em direção às soluções”, mas que isso acontece “fora da percepção de quem resolve o problema” (WEITEN, Wayne. *Introdução à Psicologia*. Temas e Variações. 7ª ed. Trad. de Zaira G. Botelho, Maria Lúcia Brasil, Clara A. Colotto e José Carlos B. dos Santos. São Paulo: Cengage Learning, 2010, p. 238).

podem ser recuperadas”<sup>23</sup>. Ela diz respeito à forma como o cérebro codifica, armazena e recupera as informações. Como o pensamento abrange a atividade de se recordar, de recuperar informações que estão armazenadas na memória (de curto ou de longo prazo), ela influi diretamente na resolução de problemas e na tomada de decisões. Porém, ao se valer da memória para recuperar informações e tomar decisões, o ser humano precisa estar ciente de que, além das memórias reais, há as falsas memórias<sup>24</sup>, isto é, lembranças ilusórias que a pessoa toma como se fossem reais<sup>25</sup>.

O conhecimento, por sua vez, consiste na representação mental daquilo que já se sabe ou daquilo que se aprende a partir do papel decisivo da memória, a qual retém e recupera a informação. É o conhecimento, calcado nas informações armazenadas e recuperadas na memória, que “fornece o material sobre o qual somos capazes de pensar” para resolver problemas e tomar decisões<sup>26</sup>. Quando considera que detém o conhecimento, o tomador de decisões tende a valer-se logo do S1 para fazer escolhas e julgamentos.

## 1.2. PENSANDO PARA RESOLVER PROBLEMAS E TOMAR DECISÕES

Demonstrado o que se entende por psicologia cognitiva, por pensamento e tendo claros os conceitos correlatos, passar-se-á a expor como o ato de pensar opera na área de resolução de problemas e na tomada de decisões.

Para sobreviver, para executar uma série de tarefas e para alcançar o progresso na jornada de sua existência, o homem, assim

<sup>23</sup> MYERS, David G. *Psicologia*. 9ª ed. Trad. de Daniel Argolo Estill e Heitor M. Corrêa. Rio de Janeiro: LTC, 2016, p. 249.

<sup>24</sup> Para uma abordagem detalhada do assunto com enfoque na prova penal: GESU, Cristina di. *Prova penal e falsas memórias*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

<sup>25</sup> MYERS, David G. *Psicologia*. 9ª ed. Trad. de Daniel Argolo Estill e Heitor M. Corrêa. Rio de Janeiro: LTC, 2016, p. 273.

<sup>26</sup> GLEITMAN, Henry; FRIDLUND, Alan J.; REISBERG, Daniel. *Psicologia*. 6ª ed. Trad. de Danilo R. Silva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 400 e 410.

como outros seres vivos, precisa pensar e resolver os problemas que surgem diante de si. A racionalidade do ser humano é o que lhe permite solucionar problemas, lidar com situações novas e tomar decisões ao longo da vida<sup>27</sup>.

A atenção, primeiramente, será voltada para o tema da resolução de problemas, para o processamento de ideias direcionado a alcançar uma solução que não está disponível. E, aqui, vale consignar que não se enquadra no conceito de problema aquela situação em que se revela óbvia a solução<sup>28</sup>. Depois disso, o estudo se concentrará na tomada de decisões.

No processo de solução de um problema, o primeiro passo é representar o quebra-cabeça, isto é, interpretar ou definir o problema que deve ser resolvido. A representação do problema consiste em bem defini-lo e categorizá-lo, buscando conhecer os aspectos que o caracterizam. Como assinalam Michael Eysenck e Mark Keane<sup>29</sup>, se o problema não é bem compreendido ou se está mal definido, é muito mais difícil encontrar a solução<sup>30</sup>.

Assim, nessa tarefa, o ser humano parte de um estado inicial e objetivo buscando encontrar o caminho que levará à resolução do desafio ou charada. “Ao procurar esse caminho, somos muito influenciados não apenas pelo problema que se nos apresenta, mas também pelo modo como entendemos o problema”<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> MYERS, David G. *Psicologia*. 9ª ed. Trad. de Daniel Argolo Estill e Heitor M. Corrêa. Rio de Janeiro: LTC, 2016, p. 282.

<sup>28</sup> EYSENCK, Michael W.; KEANE, Mark T. *Manual de Psicologia Cognitiva*. 5ª ed. Trad. de Magda França Lopes. Porto Alegre: Artmed, 2007, p. 416.

<sup>29</sup> EYSENCK, Michael W.; KEANE, Mark T. *Manual de Psicologia Cognitiva*. 5ª ed. Trad. de Magda França Lopes. Porto Alegre: Artmed, 2007, p. 416.

<sup>30</sup> “Não é de se surpreender que os problemas bem-definidos sejam mais fáceis” de serem resolvidos. “(...) Portanto, é totalmente razoável que as pessoas muitas vezes tentem resolver problemas maldefinidos primeiramente tornando-os bem-definidos, ou seja, procurando maneiras de esclarecer e especificar o estado objetivo” (GLEITMAN, Henry; REISBERG, Daniel; GROSS, James. *Psicologia*. 7ª ed. Trad. de Ronaldo Cataldo Costa. Porto Alegre: Artmed, 2009, p. 311).

<sup>31</sup> GLEITMAN, Henry; REISBERG, Daniel; GROSS, James. *Psicologia*. 7ª ed. Trad. de Ronaldo Cataldo Costa. Porto Alegre: Artmed, 2009, p. 310.

Feita a representação do problema, o segundo passo é escolher a estratégia tendente a solucioná-lo. As estratégias apontadas pela psicologia cognitiva são<sup>32</sup>:

a) tentativa e erro: baseia-se na sucessiva eliminação de soluções incorretas. Essa pode ser a melhor tática, por exemplo, para, num molho de 05 chaves, descobrir qual é a certa para abrir determinada fechadura;

b) recuperação de informações: buscar na memória a maneira ou caminho utilizado para resolver um problema semelhante enfrentado numa outra ocasião;

c) algoritmos: “procedimentos em que todas as operações requeridas para chegar à solução são especificadas passo a passo. Se um problema tem solução, um algoritmo garante que sua solução será encontrada”<sup>33</sup>, mesmo que, em alguns casos, possa levar muito tempo; e

d) heurísticas<sup>34</sup>: estratégias simples de pensamento que permitem que o problema seja resolvido de forma rápida e eficiente. Trata-se de métodos ou procedimentos que ajudam a solucionar questões ou problemas mais difíceis. Na heurística de escalada, busca-se aproximar aos poucos da solução, sem voltar atrás. Na heurística de subobjetivos, o problema é dividido em partes menores e mais administráveis, tornando mais fácil sua resolução. Por sua vez, na heurística de análise de meios e fins, faz-se uma combinação entre os dois tipos anteriores, buscando reduzir a diferença entre a situação atual e o fim almejado. Já a heurística de retroação consiste em tentar resolver o problema de trás para a frente<sup>35</sup>.

Portanto, muitos problemas podem ser resolvidos pelo método da tentativa e erro ou pela recuperação de informações armazenadas na memória,

---

<sup>32</sup> MAISTO, Albert A.; MORRIS, Charles G. *Introdução à Psicologia*. 6ª ed. Trad. de Ludmilla Teixeira Lima e Marina Sobreira Duarte Baptista. São Paulo: Prentice Hall, 2004, p. 227.

<sup>33</sup> GLEITMAN, Henry; FRIDLUND, Alan J.; REISBERG, Daniel. *Psicologia*. 6ª ed. Trad. de Danilo R. Silva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 432.

<sup>34</sup> “Heurísticas são atalhos que nos ajudam a chegar rapidamente a uma solução”, mas por vezes, ao contrário dos algoritmos, são responsáveis por erros (GLEITMAN, Henry; FRIDLUND, Alan J.; REISBERG, Daniel. *Psicologia*. 6ª ed. Trad. de Danilo R. Silva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 433).

<sup>35</sup> MAISTO, Albert A.; MORRIS, Charles G. *Introdução à Psicologia*. 6ª ed. Trad. de Ludmilla Teixeira Lima e Marina Sobreira Duarte Baptista. São Paulo: Prentice Hall, 2004, p. 228.

mas outros exigem que o ser humano, a partir de seus pensamentos, crie ou empregue um algoritmo, procedimento que contrasta com a heurística, método mais simples, prático e rápido de se resolver um problema, como acima asseverado. Porém, como destaca David Myers<sup>36</sup>, a heurística é uma estratégia mais propensa ao erro, isto é, não garante uma solução correta.

Ainda que se busque conhecer as estratégias de resolução de problemas, há obstáculos, como o viés de confirmação, que podem impedir ou embaraçar bastante o alcance do objetivo desejado. O referido viés – dele se tratará mais adiante – é a tendência do solucionador de problema de buscar informações que apoiam suas pré-concepções, ignorando ou distorcendo evidências em sentido contrário<sup>37</sup>. Em razão desse viés, ele percebe e aborda o problema somente de determinada maneira.

Um bom solucionador de problemas procura conhecer os tratagens possíveis para o enfrentamento dos desafios. Primeiro, ele estrutura a questão em sua mente, organiza seus pensamentos e, se possível, emprega logo a técnica que se revela mais indicada para alcançar a resolução da questão. Se não detém o conhecimento específico, procura por ele, testa hipóteses e descarta as abordagens inexitasas, mas, sobretudo, sempre pensa de modo flexível e criativo<sup>38</sup>. Ele sabe que a fixação ou o viés confirmatório pode frustrar seu intento.

Dando prosseguimento neste ensaio, será agora analisada a tomada de decisão, que consiste num tipo especial de resolução de problemas, em que já se conhece as soluções ou escolhas possíveis<sup>39</sup>. Seu propósito, como esclarecem Maisto e Morris<sup>40</sup>, “não é apresentar

---

<sup>36</sup> MYERS, David G. *Psicologia*. 9ª ed. Trad. de Daniel Argolo Estill e Heitor M. Corrêa. Rio de Janeiro: LTC, 2016, p. 282.

<sup>37</sup> MYERS, David G. *Psicologia*. 9ª ed. Trad. de Daniel Argolo Estill e Heitor M. Corrêa. Rio de Janeiro: LTC, 2016, p. 283.

<sup>38</sup> MAISTO, Albert A.; MORRIS, Charles G. *Introdução à Psicologia*. 6ª ed. Trad. de Ludmilla Teixeira Lima e Marina Sobreira Duarte Baptista. São Paulo: Prentice Hall, 2004, p. 230.

<sup>39</sup> MAISTO, Albert A.; MORRIS, Charles G. *Introdução à Psicologia*. 6ª ed. Trad. de Ludmilla Teixeira Lima e Marina Sobreira Duarte Baptista. São Paulo: Prentice Hall, 2004, p. 230.

<sup>40</sup> MAISTO, Albert A.; MORRIS, Charles G. *Introdução à Psicologia*. 6ª ed. Trad. de Ludmilla Teixeira Lima e Marina Sobreira Duarte Baptista. São Paulo: Prentice Hall, 2004, p. 230.

novas soluções, mas identificar a melhor disponível com base no critério que esteja sendo usado”<sup>41</sup>.

Na tomada de decisão, especialmente de uma decisão mais séria ou importante, a pessoa não pode se valer do método da tentativa e erro. Conforme o caso, o indivíduo pode eventualmente se orientar por um algoritmo, mas a natureza e a complexidade da questão a ser decidida pode reclamar o emprego de um mais apurado raciocínio lógico, dedutivo ou indutivo ou de ambos.

Geralmente, porém, seja por falta de tempo ou por já estarem acostumadas a uma estratégia mais fácil, as pessoas empregam heurísticas no processo de tomada de decisão, isto é, optam por estratégias de pensamento mais simples que ajudam a resolver problemas de forma intuitiva, rápida e sem esforço.

O estudo das heurísticas e dos vieses em torno da tomada de decisões tem como marco um trabalho, dos anos 70, elaborado Daniel Kahneman e Amos Tversky. Eles realizaram experimentos reveladores de como as pessoas pensam a partir de atalhos mentais, de modo a simplificar e agilizar o processo de tomada de decisões, ficando, porém, sujeitas a erros cognitivos<sup>42</sup>. De acordo com Morris e Maisto, há basicamente 3 tipos de heurística que as pessoas utilizam para tomar decisões, agindo de maneira intuitiva, simplificada e ágil:

a) heurística da representatividade: orienta a tomada da decisão a partir da alta probabilidade de que alguém ou algo se encaixa num determinado modelo ou é similar a um protótipo representativo de uma classe ou categoria. Nem sempre, porém, a decisão é acertada, pois “ignora outras considerações de estatística e de lógica”<sup>43</sup>;

---

<sup>41</sup> No capítulo 2, ver-se-á que, em relação às decisões judiciais, o critério decisivo e preponderante é naturalmente o da justiça, vista como um valor que representa o que é certo, justo, equânime, traduzido na ideia de dar a cada um aquilo que é seu.

<sup>42</sup> KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. *Judgment under uncertainty: heuristics and biases*. Science, v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, set. 1974. Disponível em: [http://psiexp.ss.uci.edu/research/teaching/Tversky\\_Kahneman\\_1974.pdf](http://psiexp.ss.uci.edu/research/teaching/Tversky_Kahneman_1974.pdf). Acesso em: 30 nov. 2018.

<sup>43</sup> MYERS, David G. *Psicologia*. 9ª ed. Trad. de Daniel Argolo Estill e Heitor M. Corrêa. Rio de Janeiro: LTC, 2016, p. 286.

b) heurística da disponibilidade: acontece quando a decisão é tomada a partir das informações que prontamente se tornam disponíveis na mente da pessoa. As informações são acessadas rapidamente e sem maior esforço, o que muitas vezes produz erros e equívocos cognitivos em desfavor do tomador da decisão; e

c) heurística da perseverança da crença, também denominada de viés de confirmação: opera quando a tomada de decisão se dá a partir de conceitos ou ideias iniciais que não mais se sustentam à luz das provas que chegaram ao conhecimento da pessoa. Consiste na tendência de o tomador da decisão se agarrar às suas crenças mesmo diante das evidências em sentido contrário<sup>44</sup>.

Quando está presente o viés confirmatório que orientou uma decisão, embora se ofereça à pessoa a chance de avaliar uma nova informação ou sopesar outra prova, ela tende a considerar apenas aquilo que confirma as suas crenças prévias. As informações ou provas que colidam com suas concepções “são encaradas com ceticismo, sujeitas a fortes críticas, reinterpretadas ou, em alguns casos, pura e simplesmente ignoradas”<sup>45</sup>.

De todo modo, é inegável que o uso desses mecanismos (heurísticas) para a tomada de decisões é prático e muitas vezes necessário na vida cotidiana. Entretanto, por outro prisma, frequentemente também indica o desejo, marcado pela ansiedade, de decidir de forma rápida e sem maior esforço, apontando ainda um excesso de confiança nos conhecimentos, nas crenças primevas e, principalmente, na intuição de quem decide, o que pode ensejar opções ou escolhas equivocadas e até desastrosas<sup>46</sup>.

As heurísticas (atalhos mentais) podem levar, em verdade, aos denominados vieses cognitivos, que nada mais são do que tendências ou inclinações de pensamento decorrentes de pré-concepções, de ideias prévias. Os vieses são, pois, falhas cognitivas geradas por um pensar tendencioso, que desrespeita uma expectativa de imparcialidade.

---

<sup>44</sup> MYERS, David G. *Psicologia*. 9ª ed. Trad. de Daniel Argolo Estill e Heitor M. Corrêa. Rio de Janeiro: LTC, 2016, p. 287.

<sup>45</sup> GLEITMAN, Henry; FRIDLUND, Alan J.; REISBERG, Daniel. *Psicologia*. 6ª ed. Trad. de Danilo R. Silva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 444.

<sup>46</sup> MYERS, David G. *Psicologia*. 9ª ed. Trad. de Daniel Argolo Estill e Heitor M. Corrêa. Rio de Janeiro: LTC, 2016, p. 287.

Há vários vieses apontados na literatura, convindo comentar apenas os principais. Além do já referido viés de confirmação, há o viés da ancoragem, que consiste na tendência de o tomador da decisão se orientar (ou se ancorar) basicamente por uma informação primeva, por uma referência do passado, apresentando dificuldade de se desvencilhar de uma primeira impressão (efeito *priming*)<sup>47</sup>.

Existem também o viés de adesão, conceituado como a tendência de pensar, acreditar ou decidir de uma determinada forma porque outras pessoas assim o fazem, e o viés de grupo (ou de endogrupo), representado pela propensão de o tomador da decisão buscar favorecer o grupo a que pertence<sup>48</sup>.

Assim, nem sempre decidir a partir das heurísticas, de forma rápida e intuitiva, é o melhor a fazer. Há situações ou momentos em que o ato decisório deve ser precedido de raciocínio e de ponderação, avaliando-se com logicidade os prós e contras de uma escolha. Decidir sem pressa, seguindo critérios lógicos, avaliando as alternativas, sopesando vantagens e desvantagens, é sempre a forma adequada para se fazer a escolha mais racional e certa.

A intuição pode funcionar, mas estudiosos da psicologia cognitiva demonstram que muitas vezes as decisões intuitivas e instantâneas são falhas, ruins<sup>49</sup>. As pessoas, sobretudo quem tem o encargo de tomar decisões importantes em função de seu ofício, precisam estar cientes de que a decisão calcada numa abordagem heurística, embora aconteça de forma mais simples e ágil, pode se revelar equivocada e estúpida, como alerta David Myers<sup>50</sup>.

No estudo da heurística da tomada de decisão fica patente a relevância da intuição, representada por sentimentos e pensamentos

---

<sup>47</sup> KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e Devagar*: Duas formas de pensar. Trad. de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 152-157.

<sup>48</sup> MYERS, David G. *Psicologia*. 9ª ed. Trad. de Daniel Argolo Estill e Heitor M. Corrêa. Rio de Janeiro: LTC, 2016, p. 528.

<sup>49</sup> MAISTO, Albert A.; MORRIS, Charles G. *Introdução à Psicologia*. 6ª ed. Trad. de Ludmilla Teixeira Lima e Marina Sobreira Duarte Baptista. São Paulo: Prentice Hall, 2004, p. 232.

<sup>50</sup> MYERS, David G. *Psicologia*. 9ª ed. Trad. de Daniel Argolo Estill e Heitor M. Corrêa. Rio de Janeiro: LTC, 2016, p. 285.

automáticos, rápidos. Segundo Myers<sup>51</sup>, os poderes da intuição são revelados de várias formas, como, por exemplo, por uma espécie de visão cega, em que a pessoa reage a algo mesmo sem o reconhecer; por sentimentos súbitos que precedem o raciocínio lógico; por ideias instantâneas que não se consegue verbalizar; pela lembrança de “como se faz alguma coisa sem saber que se sabe”; pela detecção de traços da personalidade de alguém depois de analisar, por poucos segundos, seu comportamento.

Não obstante, segundo o mencionado professor norte-americano<sup>52</sup>, a intuição apresenta seus pecados, como, por exemplo, o do viés retrospectivo, caracterizado por se presumir erroneamente que sabia, desde o princípio, o que aconteceria numa determinada situação; o da correlação ilusória, que se verifica quando intuitivamente se enxerga uma correlação onde não existe nenhuma; o do viés de confirmação ou de perseverança de crença, que se manifesta na clara preferência por confirmar ideias ou conceitos prévios, mesmo quando seus fundamentos já foram desacreditados ou refutados por provas em contrário.

Assim, no campo da tomada de decisões, os pensamentos e sentimentos que representam a intuição devem ser valorizados<sup>53</sup>. O elemento intuitivo deve ser considerado, mas também deve ser confrontado com a realidade, com as circunstâncias e com as evidências. Ainda, nos casos mais difíceis, não se tratando de situação de urgência, “dormir com o problema” ajuda a pessoa a conceber a melhor solução a partir do processamento inconsciente das informações<sup>54</sup>.

---

<sup>51</sup> MYERS, David G. *Psicologia*. 9ª ed. Trad. de Daniel Argolo Estill e Heitor M. Corrêa. Rio de Janeiro: LTC, 2016, p. 290.

<sup>52</sup> MYERS, David G. *Psicologia*. 9ª ed. Trad. de Daniel Argolo Estill e Heitor M. Corrêa. Rio de Janeiro: LTC, 2016, p. 290.

<sup>53</sup> Lídia Reis de Almeida Prado, ao discorrer sobre o arquétipo da *anima*, afirma que o sentimento e a emoção são muito relevantes no ato de julgar, auxiliando o magistrado a colocar-se na posição do outro (alteridade), tornando mais humanos os seus pronunciamentos (PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção*. Aspectos da lógica da decisão judicial. 4ª ed. Campinas: Millennium, 2008, p. 26, 118 e 142).

<sup>54</sup> MYERS, David G. *Psicologia*. 9ª ed. Trad. de Daniel Argolo Estill e Heitor M. Corrêa. Rio de Janeiro: LTC, 2016, p. 289.

## 2. A TOMADA DA DECISÃO JUDICIAL CRIMINAL, AS HEURÍSTICAS E OS VIESES COGNITIVOS

Conhecer como a mente humana funciona, saber como o ser humano se comporta e como age para resolver problemas e tomar decisões é crucial para se entender como o juiz raciocina ao proferir uma decisão judicial. O que antes se explanou sobre a resolução de problemas e a tomada de decisões à luz da psicologia pode ajudar a compreender mais sobre como o juiz pensa para tomar uma decisão num processo judicial.

Pelo prisma jurídico, sabe-se que a tarefa de decidir uma causa judicial envolve compreender bem os fatos, interpretar normas em aparente conflito, valorar provas e sopesar os argumentos apresentados pelas partes para se formar a convicção e redigir uma fundamentação consistente, coerente, que solucione a lide e goze de legitimidade<sup>55</sup>.

Mas, à luz da psicologia, que estuda comportamentos e processos mentais, como o juiz pensa ao desempenhar seu mister decisório?<sup>56</sup> Quais heurísticas e vieses cognitivos operam na atuação decisória de um juiz criminal? Assim como acontece na resolução de problemas abordada no tópico 1.2, para construir uma boa decisão judicial, o magistrado, sobretudo em casos mais complexos, primeiro procura bem entender a contenda que está *sub judice*, fazendo a representação do conflito de interesses a partir da confecção do relatório do processo.

Redigir o relatório do feito e estudar os autos são os modos de o juiz se inteirar do que ocorreu durante a marcha e daquilo que está sendo alegado pelos litigantes. O relatório permite que o julgador organize

---

<sup>55</sup> João Batista Gomes Moreira, ao examinar as diversas opções doutrinárias sobre a interpretação da lei e a fundamentação da sentença, conclui que “o trabalho de julgar é mais complexo do que parece”, pois “o ponto crucial não está na correta operação de um silogismo – como normalmente é concebida a sentença –, mas no esforço crítico para a escolha das premissas” (MOREIRA, João Batista Gomes. *Fundamentação Tridimensional da Sentença*. In: Estudos. Revista da Universidade Católica de Goiás. V, 27, n. 4, out./dez. Goiânia: Editora da UCG, 2000, p. 861-890).

<sup>56</sup> Emílio Mira y López afirma que “tinha razão quem dizia que às vezes é mais interessante para o advogado conhecer a psicologia dos juizes que a psicologia de seus clientes” (LÓPEZ, Emílio MIRA Y. *Manual de Psicologia Jurídica*. 3ª ed. São Paulo: VidaLivros, 2013, p. 45).

suas ideias a partir do que foi sustentado pelas partes, que enxergue o problema em porções menores (preliminares, prejudiciais, incidentes, *meritum causae*), compreenda todos os aspectos que cercam o conflito para que possa se aproximar aos poucos da solução. Essa representação do problema facilita a elaboração da motivação da decisão e a construção do desfecho mais adequado à luz do direito e da justiça.

A solução de um caso judicial naturalmente não pode vir pelo método da tentativa e erro nem a partir de um algoritmo, como se viu no estudo da resolução de problemas com base no que ensina a psicologia. É a partir do relatório e do estudo do processo que o julgador vai se inteirando das alegações das partes, recuperando informações diversas em sua memória e já pensando em argumentos destinados a conceber a decisão mais justa para a demanda.

Tal como o cidadão em seu dia a dia, assim como diversos profissionais noutras atividades e áreas do conhecimento, o juiz se vale de heurísticas para fazer escolhas e decidir as questões que lhe são apresentadas. Sempre que possível, ele utiliza atalhos mentais que facilitam e agilizam a tomada de decisões, já que o pensamento é automático, intuitivo.

A primeira heurística empregada por todo juiz é a da disponibilidade, pois toma decisões a partir das informações que estão disponíveis em sua mente, a partir de seu conhecimento jurídico, de sua experiência profissional. É assim especialmente nos casos mais simples, mais rotineiros. Aliás, o número de ações é tão elevado na maioria das unidades judiciárias que a necessidade de dar vazão à demanda impele o juiz a decidir se orientando pelo que já sabe, pelo que pode ser facilmente acessado na memória.

Porém, essa heurística não está isenta de produzir equívocos. Buscar rapidamente pela memória uma informação e logo decidir é arriscado quando há tantos ramos do direito, incontáveis leis em vigor, constantes mudanças legislativas e milhares de preceitos normativos primários e secundários a serem observados. Decidir prontamente, sem pesquisar, sem checar informações, sem examinar regras e cotejar provas pode redundar em falhas cognitivas que comprometem a realização da justiça.

A pressa pode significar eficiência sem justiça. O excesso de confiança nos conhecimentos já adquiridos pode ser a mãe de muitos erros. A experiência de um caso anterior e similar não deve acarretar, a partir da

heurística da disponibilidade, com a rápida recuperação de informações pela memória, a dispensa do exame das particularidades do caso novo<sup>57</sup>.

“O juiz não pode improvisar nem tampouco se apressar para decidir. Deve, ao contrário, ser consciente dos interesses em jogo e das consequências das suas decisões, operando com normas fundamentais e seguindo uma racionalidade própria deste tipo”<sup>58</sup>, afastando-se o risco de incorrer em injustiças.

Tal como a heurística da disponibilidade, a heurística da representatividade hoje está bem presente na vida de um juiz. O sistema de precedentes judiciais exige que o julgador observe a diretriz jurisprudencial que se formou em torno de determinado tema. Vários precedentes de caráter vinculante emanam diuturnamente das instâncias superiores. Destarte, ao examinar um caso, seja de que ramo do direito for, a atitude inicial do magistrado cada vez mais é averiguar se já há precedentes sobre o assunto, se já existe jurisprudência sobre a questão.

Também na esfera do processo penal, aplicar um precedente tornou-se uma maneira rápida e sem tanto esforço de se resolver uma questão ou controvérsia. Isso garante celeridade, igualdade e segurança jurídica. Entretanto, a partir dos contornos de cada conflito de interesses, nem sempre se pode optar pelo caminho mais fácil oferecido pela jurisprudência; é necessário verificar se realmente, naquela hipótese, tem aplicabilidade um determinado precedente<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; ROSA, Alexandre Moraes da. *Vieses da Justiça*. Como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva. Florianópolis: EModara, 2018, p. 51.

<sup>58</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial – fundamentos de Direito*. Trad. de Bruno Miragem. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 146.

<sup>59</sup> Luís Felipe Schneider Kircher aduz que “a aplicação da teoria dos precedentes vinculantes no processo penal é um imperativo que se justifica em razão da emergência em se reduzir a discricionariedade judicial e para garantir a liberdade e a igualdade dos cidadãos frente ao Direito” (KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 189). O referido autor, porém, assinala que “a vinculação aos precedentes não significa que o Direito não possa evoluir ou mesmo que ele deva ser aplicado a casos em que não se ajuste. Isso porque há mecanismos para que o sistema de precedentes funcione a contento, tais como a superação (*overruling*) e a distinção (*distinguishing*)” (KIRCHER,

A aplicação automática e ligeira de um precedente<sup>60</sup>, provocada pela heurística da representatividade, vai propiciar a solução célere da demanda atinente ao fato semelhante, mas pode não retratar a resolução mais correta para a causa ante suas peculiaridades. Essa rapidez pode acarretar prejuízos a quem bate às portas do Judiciário ou a quem é acusado numa ação penal. A semelhança entre fatos não deve dispensar a análise de aspectos diferenciadores capazes de afastar o precedente.

A terceira heurística em que muitas vezes se apoia o ato decisório é a heurística da perseverança da crença, que revela um viés de confirmação que acaba por orientar o agir do juiz. Nessa hipótese, ele toma a decisão tão somente a partir de suas pré-concepções ou crenças sobre um caso ou questão, ainda que sejam apresentadas informações ou provas que as confrontem ou infirmem.

Não se trata de desejar um juiz absolutamente neutro, “asséptico”, sem ideias próprias, desinteressado do mundo. “O juiz, como todo ser humano, age alimentado por uma visão de mundo e por preconceitos”, por concepções sociais, econômicas, culturais e ideológicas<sup>61</sup>. Cada magistrado traz consigo seus valores, suas pré-compreensões, seus sentimentos, frutos da interação com o mundo em que vive, não se podendo esperar que aja como uma máquina ou ser autômato<sup>62</sup>.

Aqui se chama a atenção para aquela pré-concepção ou crença do julgador sobre um tema ou caso específico, que o faz mais propenso a só levar em consideração as informações ou provas que corroborem seu ponto de vista inicial. Quando, num determinado caso, o viés confirmatório permeia o pensamento do juiz, torna-se obstáculo para que

---

Luis Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 191).

<sup>60</sup> Diogo Tebet teme que a aplicação indiscriminada de precedentes vinculantes em causas penais possa servir somente para habilitar e expandir o poder punitivo do Estado (TEBET, Diogo. *Súmula vinculante em matéria criminal*. São Paulo: IBCCRIM, 2010, p. 162, 214-215).

<sup>61</sup> BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Sentença Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2004, p. 56.

<sup>62</sup> BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Sentença Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2004, p. 56.

ele valore as provas com imparcialidade, para que seriamente sopesse os argumentos contrários à sua pré-compreensão.

O viés de confirmação impede que o juiz reveja seu ponto de vista sobre uma questão, revelando já estar ele psicologicamente comprometido com uma posição e que não mudará de entendimento, apesar das evidências ou da força dos argumentos em sentido contrário<sup>63</sup>. Esse viés pode até influenciar “a elaboração dos questionamentos endereçados à testemunha, bem como para a credibilidade dada ao testemunho”.<sup>64</sup>

É oportuno mencionar alguns exemplos para bem retratar quando se verifica a aludida heurística de viés confirmatório. Se o juiz defere o pedido de prisão preventiva do investigado, formulado pela autoridade policial ou pelo membro do Ministério Público, reputando presentes os pressupostos e um dos fundamentos autorizadores da medida excepcional, de forma a mantê-lo custodiado por longo período, pode depois querer confirmar sua pré-compreensão sobre os fatos emitindo um juízo condenatório sem tanta reflexão, mesmo tendo exsurgido, na fase de instrução, elementos probantes que infirmam a acusação.

Ricardo Jacobsen Gloeckner, a partir do levantamento de dados empíricos junto ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, apurou que a existência de uma prisão cautelar pode mesmo ser o critério definitivo para uma condenação. O estudo constatou que, de fato, há uma tendência de se confirmar, na sentença, a decisão que decretou a prisão do investigado ou acusado, a ponto de o autor defender que o magistrado que decreta uma prisão processual não poderia decidir o mérito da causa.<sup>65</sup>

<sup>63</sup> Gleitman, Reisberg e Gross recordam que, nos julgamentos das bruxas de Salem, nos anos de 1692 e 1693, em Massachusetts, nos EUA, “os inquisidores acreditavam nos indícios que se encaixavam em suas acusações, e descartavam (ou reinterpretavam) os que desafiavam a acusação” (GLEITMAN, Henry; REISBERG, Daniel; GROSS, James. *Psicologia*. 7ª ed. Trad. de Ronaldo Cataldo Costa. Porto Alegre: Artmed, 2009, p. 327).

<sup>64</sup> WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; ROSA, Alexandre Morais da. *Vieses da Justiça*. Como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva. Florianópolis: EModara, 2018, p. 49.

<sup>65</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, *confirmation bias* e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23, n. 117, p. 263-286, nov./dez. 2015.

Tal tendência confirmatória pode se explicar pela robustez dos elementos que constituem os requisitos e os pressupostos ensejadores da decretação da medida, mas também pode, na linha da crítica feita pelo autor, indicar ter havido a antecipação do mérito da causa à custa do direito de defesa do acusado. Só a análise de cada caso permitiria averiguar se houve a falha cognitiva em questão. O texto de Gloeckner, além de chamar a atenção para o *confirmation bias*, traz um alerta relevante: a prisão processual em si não pode, de forma direta ou indireta, ser utilizada como elemento formador de convicção judicial, em afronta às regras de um modelo democrático de processo penal<sup>66</sup>.

Na visão de Paola Biachi Wojciechowski e Alexandre Morais da Rosa, os juízes, muitas vezes, por não se atentarem para o viés de confirmação, “engajam-se em uma tentativa de corroborar a denúncia – ancorados nela – ou mesmo guiados por intuições, sensações ou impressões geradas no âmbito do Sistema 1, a partir das quais ajustam-se para exercer uma busca apenas por evidências que corroborem a acusação”.<sup>67</sup> É a partir dessas críticas que se tem defendido<sup>68</sup> a adoção do juiz de garantias no projeto do novo Código de Processo Penal como forma de se tentar superar decisões enviesadas ou falhas. André Machado Maya acredita que a instituição do juiz de garantias pelo ordenamento jurídico-penal brasileiro e a adoção da regra de prevenção como causa de exclusão da competência são essenciais para minimizar as chances de contaminação subjetiva do julgador, potencializando o princípio da imparcialidade<sup>69</sup>. Nesse mesmo sentido é a posição de Danielle Souza de Andrade e Silva<sup>70</sup>.

---

<sup>66</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, *confirmation bias* e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23, n. 117, p. 273, nov./dez. 2015.

<sup>67</sup> WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; ROSA, Alexandre Morais da. *Vieses da Justiça*. Como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva. Florianópolis: EModara, 2018, p. 50.

<sup>68</sup> LOPES JR., Aury; RITTER, Ruiz. A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre, v. 13, n. 73, ago./set. 2016, p. 12-25.

<sup>69</sup> MAYA, André Machado. *Imparcialidade e Processo Penal: Da prevenção da competência ao Juiz de Garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 240-241.

<sup>70</sup> SILVA, Danielle Souza de Andrade e. *A atuação do juiz no processo penal acusatório*. Incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo

À luz do direito comparado e da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, Maya argumenta que o afastamento do juiz que atuou na fase de investigação preliminar, examinando, por exemplo, pleitos cautelares a partir de elementos colhidos pelos órgãos de investigação criminal, constitui providência necessária para a imparcial prestação jurisdicional pelo juiz do processo, em consonância com o ideal democrático exigido pela Constituição Federal<sup>71</sup>. Mas Mauro Fonseca Andrade se opõe com vigor a essa ideia, destacando que o sistema processual penal pátrio não adota o modelo de juízo de instrução, sendo a morosidade o maior problema a ser vencido pela justiça criminal brasileira<sup>72</sup>.

Não fosse o formato de nossa organização judiciária, não fossem os embaraços que pode gerar num sistema já marcado pela lentidão, a instituição do juiz de garantias<sup>73</sup> poderia mesmo constituir importante medida precaucional antienviesante, em reforço à imparcialidade objetiva, no âmbito do processo penal<sup>74</sup>. É preciso pensar, pois, à luz da realidade nacional, em formas adequadas para se tentar mitigar os vieses cognitivos, sabendo-se que nem todos podem ser eliminados/neutralizados por meio de medidas legais<sup>75</sup>.

Passando adiante, tem-se, em contrapartida, que se o juiz concede uma liminar em *habeas corpus* e, ao examinar a plausibilidade do direito

---

constitucional de 1988. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 114-115.

<sup>71</sup> MAYA, André Machado. *Imparcialidade e Processo Penal: Da prevenção da competência ao Juiz de Garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 240-241.

<sup>72</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca. *Juiz das Garantias*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2015.

<sup>73</sup> MAYA, André Machado. *Imparcialidade e Processo Penal: Da prevenção da competência ao Juiz de Garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 240-241.

<sup>74</sup> Eduardo José da Fonseca Costa enquadra como desacerto, comprometedor da imparcialidade objetiva, “a prolação da sentença penal condenatória pelo mesmo juiz que já apreciara pedido de prisão cautelar ou de concessão de medidas na fase investigativa, como busca e apreensão, interceptação telefônica e quebras de sigilo fiscal e bancário” (COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 160-161).

<sup>75</sup> COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 201.

alegado, aprofunda-se um pouco mais na temática apontando a atipicidade da conduta ou a falta de justa causa, pode depois, mesmo diante de evidências e fundamentos consistentes apresentados pelo Ministério Público, sentir-se preso ao entendimento já expressado, de modo a não voltar atrás.

Já o magistrado que, num colegiado, antecipa um voto, dificilmente mudará sua posição, ainda que sejam muito sólidos e precisos os argumentos contrários apresentados pelo julgador que depois dele veio a votar. Vez ou outra, as sessões televisionadas da Corte Suprema brasileira permitem notar como acontece a mencionada perseverança da crença<sup>76</sup>.

O outro exemplo é o do magistrado que, apesar da contradição ou omissão evidente indicada nos embargos declaratórios opostos pela parte sucumbente, não modifica seu ponto de vista, não reconhece a falha no *decisum* por já estar preso a uma crença ou compreensão, preferindo ignorar os argumentos que a infirmam<sup>77</sup>. Esse problema não é só de viés de confirmação, mas também revela a falta de humildade para reconhecer um erro<sup>78</sup>. A nobreza de reconhecer um equívoco é uma característica que distingue os grandes juízes.

De outro lado, nem sempre a manutenção de um entendimento representa a referida preservação de uma crença. Ela pode também indicar a coerência do julgador. Se o juiz, num determinado caso, firmou um entendimento quanto à certa questão jurídica, entendendo que a pessoa

---

<sup>76</sup> Ainda, o fato de os ministros muitas vezes levarem votos prontos, escritos, amiúde obsta que eles concordem com seus pares a partir da força e da pertinência de seus argumentos e ponderações. Costuma prevalecer a crença ou o entendimento com o qual cada um já está psicologicamente comprometido.

<sup>77</sup> Para Paola Biachi Wojciechowski e Alexandre Morais da Rosa, em situações assim entra em cena o chamado viés egocêntrico, que “obstaculiza a autorreflexão acerca das próprias limitações, impedindo que os juízes se vejam como seres falíveis” (WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; ROSA, Alexandre Morais da. *Vieses da Justiça*. Como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva. Florianópolis: EModara, 2018, p. 54).

<sup>78</sup> José Renato Nalini pontua que “lição de humildade é acatar a argumentação que imponha revisão conceitual convincente. (...) Humildade também evidencia o juiz capaz de rever sua posição. O fato de haver decidido de uma forma não o inibe de decidir de outra, se vier a se convencer de que esta é melhor em relação à anterior” (NALINI, José Renato. *Ética da Magistratura*. Comentários ao Código de Ética da Magistratura Nacional – CNJ. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 59).

não faz jus ao direito que alega, ele dificilmente decidirá de modo diferente em ações manejadas por quem está em situação similar, pois está firme sua convicção ou crença quanto ao assunto. Em situações assim, por questão de consistência ou coerência, o magistrado só tende a mudar sua compreensão se o fato exposto na nova ação tiver contornos muito particulares, se houve alguma inovação legislativa contrastando com seu ponto de vista ou se vier a se formar jurisprudência majoritária que o force a rever seu entendimento.

Porém, não se pode deixar de mencionar que há juízes que, a pretexto de serem independentes ou seguros no ofício judicante, não evoluem em seus entendimentos, relutam em aderir à orientação jurisprudencial majoritária em torno de uma matéria<sup>79</sup>. A heurística de preservação de crença é que os impede de enxergar o tema de maneira diversa, obsta que vejam a questão sob outra perspectiva.

O viés da ancoragem, representado pela tendência de orientar-se por uma informação primeva, com nítida dificuldade de afastamento de uma primeira impressão (efeito *priming*), também às faz às vezes presente no ambiente forense criminal. Apesar de o inquérito policial constituir um procedimento importante para subsidiar a peça incoativa acusatória, o julgador jamais deve olvidar que a lei (artigo 155, *caput*, do CPP<sup>80</sup>) expressamente proíbe a utilização da prova unicamente inquisitorial para embasar uma condenação. O conhecimento dos autos do inquérito policial pelo juiz sentenciante não pode levá-lo a edificar um provimento condenatório, a partir do viés da ancoragem, se provas incriminadoras não foram colhidas na esfera judicial, mediante o contraditório.

Bernd Schünemann, a partir de uma pesquisa empírica, apurou que o conhecimento dos autos do inquérito policial tendencialmente

---

<sup>79</sup> Carlos Maximiliano, em sua clássica obra, recomendou que, sem fundamentos sólidos, “não deve o juiz com facilidade se afastar da autoridade da jurisprudência dos tribunais, devendo sempre lembrar que o prestígio dos julgados cresce com a altura do tribunal” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 150-151).

<sup>80</sup> “Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.”

incriminador levou, sem exceções, os juízes de um grupo a condenarem o acusado, fato que se verificou em número sensivelmente menor no grupo de magistrados que sentenciou o mesmo caso sem acesso ao caderno inquisitivo<sup>81</sup>. Seus experimentos indicaram que muitos juízes podem quedar-se ancorados nas informações do inquérito policial, ficando nítida a perseverança dos efeitos da primeira impressão, chegando ao ponto de inconscientemente desprezar resultados probatórios dissonantes. Assim, o professor germânico chega a defender que o magistrado sentenciante não possa ter acesso aos autos do inquérito policial<sup>82</sup>. Essa solução radical se mostra quase utópica no cenário jurídico-penal nacional, mas tal estudo aqui mencionado deve servir para uma séria reflexão.

Já o viés de adesão, que é a tendência de pensar ou decidir exatamente como uma pessoa o fez, pode ser constatado naqueles casos em que um julgador (muitas vezes premido pelo excesso de serviço) limita-se a acompanhar seu colega de colegiado num caso que exigia mais ponderação ou reclamava uma compreensão diferente. A colegialidade não pode ser meramente formal, mas material<sup>83</sup>, para que realmente espelhe a compreensão do órgão julgador de 2º grau.

É notório, destarte, que no campo da tomada de decisão judicial existe uma elevada adoção de heurísticas, seja por ocasião do proferimento de decisões provisórias, seja no proferimento de sentenças ou votos, assim como operam vieses que geralmente passam despercebidos. Como noutras áreas de atuação, as heurísticas auxiliam mesmo nos processos de tomada de decisões judiciais, mas não são suficientes para embasar a emissão de provimentos acertados, já que são muito calcadas em impulsos ou pensamentos intuitivos que podem acarretar as falhas cognitivas em comento.

---

<sup>81</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 11, p. 38-39, set./dez. 2012.

<sup>82</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 11, p. 46-50, set./dez. 2012.

<sup>83</sup> COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério*: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 202.

A intuição, como sentimento ou pensamento imediato, automático e sem esforço, em comparação ao raciocínio consciente e reflexivo, é um mecanismo poderoso para balizar decisões, mas também é perigoso, como explicitado no tópico 1.2. Ela pode funcionar para indicar o caminho a se seguir, mas estudiosos da psicologia cognitiva e a própria experiência de vida de cada um bem demonstram que muitas vezes as decisões intuitivas e instantâneas são defeituosas, ruins<sup>84</sup>, de modo que não se pode prescindir do processo raciocinativo<sup>85</sup>.

Diferentemente de vários outros atos do cotidiano, o ato decisório a ser proferido num processo judicial deve ser precedido de muito raciocínio e de ponderação, avaliando-se as provas e os argumentos apresentados em contraditório<sup>86</sup>, pensando-se nos efeitos e consequências que advirão às partes e à sociedade.

Se o juiz optar por decidir seguindo apenas sua intuição, guiando-se só por seus sentimentos, “a lide degenera em loteria”, como alertou Jean Cruet<sup>87</sup>, pois a discricionariedade e o subjetivismo tornam imprevisível o resultado, que é ditado conforme o arbítrio e a conveniência do juiz.

O direito para o caso concreto deve exsurgir, sobretudo, da racionalidade (dia)lógica, decorrente do confronto de argumentos e provas exibidos pelas partes. O juiz pode ouvir sua intuição, mas deve voltar seus

---

<sup>84</sup> MAISTO, Albert A.; MORRIS, Charles G. *Introdução à Psicologia*. 6ª ed. Trad. de Ludmilla Teixeira Lima e Marina Sobreira Duarte Baptista. São Paulo: Prentice Hall, 2004, p. 232.

<sup>85</sup> Há muito, Enrico Altavilla fez o seguinte alerta: “A intuição pode, por isso, ser um utilíssimo instrumento de justiça, desde que seja logo seguida pela verificação, através do exame objectivo, do que se apurou no processo. Acrescentese que a vulgar intuição não é mais, muitas vezes, que uma enganadora impressão de simpatia ou de antipatia, que gera um apressado juízo de inocência ou de culpabilidade” (ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia judiciária*. Vol. 1, 3ª ed. Trad. de Fernando de Miranda. Coimbra: Armênio Amado, 1981, p. 480-481).

<sup>86</sup> A propósito, Felipe Martins Pinto bem sintetiza: “(...) o produto da tarefa jurisdicional fecundará a partir da contribuição das partes, através de argumentos e provas que escorem as suas pretensões e às quais estará vinculado o juiz da causa” (PINTO, Felipe Martins. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 129).

<sup>87</sup> CRUET, Jean. *A Vida do Direito*, ed. portuguesa, p. 82-83 *apud* MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 68.

olhos para a realidade que o cerca, decidindo à luz das provas e da lei, a partir da contribuição das partes, de modo a afastar o excesso de subjetivismo e o risco do decisionismo (decisão orientada apenas pelo sentimento e pela consciência do juiz)<sup>88</sup>. Como bem destaca Eduardo José da Fonseca Costa, é preciso combater “as decisões judiciais baseadas tão somente em intuições subjetivas ou ideias preconcebidas, segundo as quais se chega antes à conclusão e depois se elegem fundamentos *ad hoc* para justificá-las.”<sup>89</sup>

Conquanto se viva num tempo em que a celeridade do serviço judiciário é mais cobrada, é preciso decidir com calma, sem atropelo, seguindo critérios racionais e lógicos, avaliando argumentos e provas, sopesando as consequências do provimento, de forma que este se revele adequado e se aproxime do ideal de justiça. Em casos mais complexos, não havendo urgência, é de bom alvitre que o juiz “durma com o problema”, buscando engendrar a melhor solução para a causa. O *insight* luminoso não deixa de surgir para o juiz estudioso e preocupado em fazer justiça.

É importante que o juiz conheça as heurísticas e os vieses de julgamento, de modo que busque tomar decisões de forma mais deliberativa e menos intuitiva. O julgador deve “reconhecer-se cognitivamente limitado e, a partir de então, proteger aos outros, e a ele mesmo, de si próprio”<sup>90</sup>. Ele não pode cair “na tentação de uma solução pronta”, meramente intuitiva, inconsciente, rápida e fácil em detrimento de “um trabalho cognitivo e argumentativo”<sup>91</sup>, de um atuar mais lógico e deliberativo.

O magistrado deve desconfiar de si mesmo, deve desconfiar das intuições, ideias preconcebidas, pensamentos e impressões que surgem

---

<sup>88</sup> ANDRADE, Flávio da Silva. A construção participada da decisão penal no Estado Democrático de Direito: a garantia de participação das partes, pelo contraditório, na composição da decisão justa e legítima. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 3, p. 1007-1041, set./dez. 2017.

<sup>89</sup> COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 202.

<sup>90</sup> COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 204.

<sup>91</sup> WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; ROSA, Alexandre Morais da. *Vieses da Justiça*. Como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva. Florianópolis: EModara, 2018, p. 63.

repentinamente em sua mente, tanto que Wojciechowski e Morais da Rosa propõem que o julgador adote uma atuação contraintuitiva, evitando cair em armadilhas ou vieses frutos de heurísticas intuitivas<sup>92</sup>. Eles defendem que o falseamento das primeiras ideias ou concepções é um antídoto para se vencer o viés confirmatório na esfera do processo penal. Habituar-se ao falseamento ou ao questionamento de pré-compreensões “implica estar aberto à reflexão e a deixar-se convencer a partir das provas produzidas por ambos os lados, o que é – ou deveria ser – a essência do contraditório e da ampla defesa”<sup>93</sup>, num processo penal de perfil democrático.

Naturalmente, não é possível – nem conveniente – a eliminação ou completa neutralização dos pensamentos intuitivos no processo de tomada de decisões judiciais, mas, como destacam os referidos autores, abordagens assim têm o propósito de auxiliar o julgador a “aprender e reconhecer as situações em que os erros cognitivos são mais prováveis”<sup>94</sup>. Afirmam, com razão, que ter consciência das heurísticas e dos vieses é um primeiro passo para o engajamento do Sistema 2 no processo de tomada de decisões penais<sup>95</sup>.

Portanto, à luz desses conhecimentos, tem-se que o operador do direito, mormente quem julga as demandas, não só precisa conhecer bem o sistema jurídico em vigor, mas também deve buscar a formação multidisciplinar<sup>96</sup>, os saberes produzidos por outras ciências, para que

---

<sup>92</sup> WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; ROSA, Alexandre Morais da. *Vieses da Justiça*. Como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva. Florianópolis: EModara, 2018, p. 66.

<sup>93</sup> WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; ROSA, Alexandre Morais da. *Vieses da Justiça*. Como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva. Florianópolis: EModara, 2018, p. 67.

<sup>94</sup> WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; ROSA, Alexandre Morais da. *Vieses da Justiça*. Como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva. Florianópolis: EModara, 2018, p. 65.

<sup>95</sup> WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; ROSA, Alexandre Morais da. *Vieses da Justiça*. Como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva. Florianópolis: EModara, 2018, p. 64.

<sup>96</sup> Nesse particular, Carlos Maximiliano fez uma importante observação: “Os homens de ilustração variada e sólida, sobretudo nos tribunais superiores, dão melhores juízes, de vistas mais largas, do que meros estudiosos do Direito Positivo, que infelizmente constituem a maioria. Não é possível isolar as ciências jurídicas do complexo de conhecimentos que formam a cultura humana:

tenha a visão não apenas de uma parte, mas do todo, de modo a melhor compreender o mundo e a realidade que o cerca.

Hugo Otávio Tavares Vilela<sup>97</sup> tem toda razão ao asseverar que “a multidisciplinaridade é dever do juiz”, mencionando que o item 6.3 dos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial recomenda ao magistrado “expandir não somente seu conhecimento jurídico, mas todo conhecimento, habilidade e qualidade pessoal necessária à boa prestação jurisdicional”. Vilela<sup>98</sup> ainda recorda que, segundo o art. 31 do Código de Ética da Magistratura Brasileira, “a obrigação de formação contínua dos magistrados estende-se tanto às matérias especificamente jurídicas quanto no que se refere aos conhecimentos e técnicas que possam favorecer o melhor cumprimento das funções judiciais”.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O juiz, assim como os cidadãos em seu dia a dia e os demais profissionais em suas atividades, toma decisões se valendo de heurísticas, como a da disponibilidade e da representatividade, que são atalhos mentais que facilitam e agilizam o processo decisório. Entretanto, ao mesmo tempo em que ajudam, as escolhas feitas de maneira intuitiva e rápida podem ensejar provimentos enviesados, ocasionando injustiças.

O estudo revelou que a intuição, tão presente nas heurísticas e muito balizadora do ato decisional, é um mecanismo poderoso para indicar o caminho a se seguir, mas também é perigoso, devendo ser contraposto com a realidade, com as provas do caso e com a lei, a partir da contribuição

---

quem só o Direito estuda, não sabe Direito” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 160).

<sup>97</sup> VILELA, Hugo Otávio Tavares. *Além do direito: o que o juiz deve saber: a formação multidisciplinar do juiz*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2015, p. 14. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/outras-publicacoes/livro-alemdodireito-web.pdf/>>. Acesso em: 14/05/2018.

<sup>98</sup> VILELA, Hugo Otávio Tavares. *Além do direito: o que o juiz deve saber: a formação multidisciplinar do juiz*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2015, p. 15. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/outras-publicacoes/livro-alemdodireito-web.pdf/>>. Acesso em: 14/05/2018.

das partes, pois o julgamento de uma causa deve ser obra de raciocínio, de lógica e reflexão baseada no contraditório.

Não atentar para o risco dos vieses, como o de confirmação ou da ancoragem, significa estar desprovido de saberes indispensáveis para julgar com acuidade e acerto, alcançando a justiça no caso concreto. Para que os vieses de julgamento não se transformem em obstáculos à boa aplicação do direito e para a realização da justiça, o bom juiz deve trazer consigo e cultivar as características da paciência, da flexibilidade e da sensatez.

Não fossem os sérios embaraços que pode acarretar a um sistema caracterizado pela morosidade e inefetividade, como o brasileiro, a instituição do juiz de garantias, com o afastamento do juiz que atuou na fase investigativa ou que examinou pleitos cautelares, poderia representar uma relevante medida precaucional antienviesante em favor da imparcialidade objetiva, na esfera do processo penal.

Esta pesquisa sobre a tomada de decisão judicial criminal à luz da psicologia cognitiva reafirma a necessidade de se propiciar e exigir a formação multidisciplinar do juiz, pois, se não detiver conhecimentos básicos de outras ciências, como os que envolvem heurísticas e vieses na tomada de decisões, poderá ter seu desempenho comprometido, ficando distante do ideal de justiça.

Enfim, a presente interseção entre direito e psicologia serviu para corroborar o quanto esta ciência pode contribuir para o aprimoramento do ordenamento jurídico pátrio e para iluminar a atuação dos atores processuais, sobretudo do juiz, a quem incumbe a relevante tarefa de decidir os conflitos, o que deve ser feito sem pressa, com cautela, sabedoria e bom senso.

## REFERÊNCIAS

ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia judiciária*. Vol. 1, 3ª ed. Trad. de Fernando de Miranda. Coimbra: Armênio Amado, 1981.

ANDRADE, Flávio da Silva. A construção participada da decisão penal no Estado Democrático de Direito: a garantia de participação das partes, pelo contraditório, na composição da decisão justa e legítima. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 3, p. 1007-1041, set./dez. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i3.83>

- ANDRADE, Mauro Fonseca. *Juiz das Garantias*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2015.
- ARONSON, Elliot; WILSON, Timothy D.; AKERT, Robin M. *Psicologia Social*. 3ª ed. Trad. de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: LTC, 2002.
- BURTON, Robert A. *Sobre ter certeza*. Como a neurociência explica a convicção. Trad. de Marcelo Barbão. São Paulo: Blucher, 2017
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério*: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. Salvador: JusPodivm, 2018.
- EYSENCK, Michael W.; KEANE, Mark T. *Manual de Psicologia Cognitiva*. 5ª ed. Trad. de Magda França Lopes. Porto Alegre: Artmed, 2007.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 3ª ed. Curitiba: Positivo, 2004
- GLEITMAN, Henry; FRIDLUND, Alan J.; REISBERG, Daniel. *Psicologia*. 6ª ed. Trad. de Danilo R. Silva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.
- GLEITMAN, Henry; REISBERG, Daniel; GROSS, James. *Psicologia*. 7ª ed. Trad. de Ronaldo Cataldo Costa. Porto Alegre: Artmed, 2009.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, *confirmation bias* e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23, n. 117, p. 263-286, nov./dez. 2015.
- KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e Devagar*. *Duas formas de pensar*. Trad. de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.
- KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. *Judgment under uncertainty: heuristics and biases*. *Science*, v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, set. 1974. Disponível em: [http://psiexp.ss.uci.edu/research/teaching/Tversky\\_Kahneman\\_1974.pdf](http://psiexp.ss.uci.edu/research/teaching/Tversky_Kahneman_1974.pdf). Acesso em: 30 nov. 2018.
- KIRCHER, Luís Felipe Schneider. *Uma teoria dos precedentes vinculantes no processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2018.
- LOPES JR., Aury; RITTER, Ruiz. A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre, v. 13, n. 73, ago/set. 2016, p. 12-25.
- LÓPEZ, Emilio MIRA Y. *Manual de Psicologia Jurídica*. 3ª ed. São Paulo: VidaLivros, 2013.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial – fundamentos de Direito*. Trad. de Bruno Miragem. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- MAYA, André Machado. *Imparcialidade e Processo Penal*: Da prevenção da competência ao Juiz de Garantias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MYERS, David G. *Psicologia*. 9ª ed. Trad. de Daniel Argolo Estill e Heitor M. Corrêa. Rio de Janeiro: LTC, 2016.

MYERS, David G. *Psicologia Social*. 10ª ed. Trad. de Daniel Bueno, Maria Cristina Monteiro e Roberto Cataldo Costa. Rio de Janeiro: AMGH Editora, 2014.

MAISTO, Albert A.; MORRIS, Charles G. *Introdução à Psicologia*. 6ª ed. Trad. de Ludmilla Teixeira Lima e Marina Sobreira Duarte Baptista. São Paulo: Prentice Hall, 2004.

MOREIRA, João Batista Gomes. *Fundamentação Tridimensional da Sentença*. In: Estudos. Revista da Universidade Católica de Goiás. V, 27, n. 4, out./dez. Goiânia: Editora da UCG, 2000, p. 861-890.

NALINI, José Renato. *Ética da Magistratura*. Comentários ao Código de Ética da Magistratura Nacional – CNJ. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PINTO, Felipe Martins. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. Justiça Arquetípica – Instituto, Intuição e Sentimento de Justiça – A Consciência de Justiça. In: MARTINS, Ricardo Marcondes; PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Um Diálogo sobre a Justiça*. A Justiça Arquetípica e a Justiça Deontica. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 93-148.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção*. Aspectos da lógica da decisão judicial. 4ª ed. Campinas: Millennium, 2008.

SCHULTZ, Duane P.; SCHULTZ, Sydney Ellen. *História da Psicologia Moderna*. 10ª ed. Trad. de Cíntia Naomi Uemura. São Paulo: Cengage Learning, 2017.

SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 11, p. 30-50, set./dez. 2012.

SILVA, Danielle Souza de Andrade e. *A atuação do juiz no processo penal acusatório*. Incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

TEBET, Diogo. *Súmula vinculante em matéria criminal*. São Paulo: IBCCRIM, 2010.

VILELA, Hugo Otávio Tavares. *Além do direito: o que o juiz deve saber: a formação multidisciplinar do juiz*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2015. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/outras-publicacoes/livro-alemdodireito-web.pdf/>>. Acesso em: 14/05/2018.

WEITEN, Wayne. *Introdução à Psicologia*. Temas e Variações. 7ª ed. Trad. de Zaira G. Botelho, Maria Lúcia Brasil, Clara A. Colotto e José Carlos B. dos Santos. São Paulo: Cengage Learning, 2010.

WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; ROSA, Alexandre Morais da. *Vieses da Justiça*. Como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva. Florianópolis: EModara, 2018.

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

*Agradecimentos (acknowledgement)*: Registro meus agradecimentos ao Professor Dr. Túlio Lima Vianna, do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, que propôs e estimulou o estudo da temática. Ao Procurador da República e amigo Rudson Coutinho da Silva, pela troca de ideias e pelo incentivo. Ao editor-chefe da RBDPP, Professor Dr. Vinícius Vasconcellos, pela apresentação de críticas tendentes ao aprimoramento do trabalho. Expresso ainda minha gratidão aos amigos Thiago Mendes, Marco Aurélio Kallas, Valdimar Siqueira, Mariana Garcia e Amanda Paiva, pelo apoio para a obtenção de obras e pela gentil colaboração na revisão do texto.

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

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

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

### Dados do processo editorial

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

- Recebido em: 19/06/2018
- Controle preliminar e verificação de plágio: 17/07/2018
- Avaliação 1: 23/07/2018
- Avaliação 2: 31/07/2018
- Avaliação 3: 31/07/2018
- Deslocado ao V5N1: 22/09/2018
- Decisão editorial preliminar: 18/10/2018
- Retorno rodada de correções 1: 31/12/2018
- Decisão editorial 2: 18/01/2019
- Retorno rodada de correções 2: 20/01/2019
- Decisão editorial final 21/01/2019

### Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (VGV)
- Revisores: 3

### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

ANDRADE, Flávio da Silva. A tomada da decisão judicial criminal à luz da psicologia: heurísticas e vieses cognitivos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 507-540, jan./abr. 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i1.172>



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