

# GALILEU

VOLUME XXIV

ISSUE 1-2 · 1<sup>ST</sup> JANUARY – 31<sup>TH</sup> DECEMBER · FASCÍCULO 1-2 · 1 DE JANEIRO – 31 DE DEZEMBRO 2023

**REVISTA  
DE DIREITO  
E ECONOMIA**

UNIVERSIDADE  
AUTÓNOMA  
DE LISBOA



**FCT** Fundação  
para a Ciência  
e a Tecnologia

## **GALILEU – REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA**

VOLUME XXIV · Issue 1-2 · 1<sup>st</sup> January – 31<sup>st</sup> December 2023

Semiannual Publication. Scientific Journal of the Ratio Legis – Centro de Investigação e Desenvolvimento em Ciências Jurídicas from the Universidade Autónoma de Lisboa – Luís de Camões.

### **DIRECTORY**

Repositório Científico de Acesso Aberto de Portugal (RCAAP).

### **DATABASES**

Repositório Institucional da Universidade Autónoma de Lisboa (Camões).

---

## **GALILEU – REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA**

VOLUME XXIV · Fascículo 1-2 · 1 de janeiro – 31 de dezembro 2023

Publicação semestral. Revista Científica do Ratio Legis – Centro de Investigação e Desenvolvimento em Ciências Jurídicas da Universidade Autónoma de Lisboa – Luís de Camões.

### **DIRETÓRIOS**

Repositório Científico de Acesso Aberto de Portugal (RCAAP).

### **BASE DE DADOS**

Repositório Institucional da Universidade Autónoma de Lisboa (Camões).

**PUBLISHING INSTITUTION INSTITUIÇÃO EDITORA**

CEU – Cooperativa de Ensino Universitário, C.R.L.

EDIUAL – Universidade Autónoma Editora

Rua de Santa Marta, 47 – 1150-293 Lisboa

**PHONE TELEFONE** +351 213 177 667 · e-mail: galileu@autonoma.pt

**E-ISSN** 2184-1845

**DOI** <https://doi.org/10.26619/2184-1845.XXIV.1/2>

**LEGAL DEPOSIT DEPÓSITO LEGAL** 450625/19

**TITLE TÍTULO** Galileu – Revista de Direito e Economia

**SITE** <http://journals.ual.pt/galileu/>

**REGISTRATION STATUS** Under Publishing **SITUAÇÃO DE REGISTO** Em Publicação

**FORMAT SUPORTE** Online

**REGISTRATION** ERC Notation **INSCRIÇÃO** Anotada na ERC

**PERIODICITY** Annual **PERIODICIDADE** Anual

**EDITOR IN CHIEF DIRETOR EDITOR** Manuel Guedes Valente

**ASSISTANT DIRECTORS DIRETORES ADJUNTOS** Alex Sander Xavier Pires, Ruben Bahamonde

**SCIENTIFIC EDITOR EDITOR CIENTÍFICO** RATIO LEGIS

---

**EDITOR IN CHIEF DIRETOR EDITOR**

---

Manuel Guedes Valente	Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal	mvalente@autonoma.pt
-----------------------	---	----------------------

---

**ASSISTANT DIRECTORS DIRETORES ADJUNTOS**

---

Alex Sander Xavier Pires	Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal	aspres@autonoma.pt
--------------------------	---	--------------------

---

Ruben Bahamonde	Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal	rbahamonde@autonoma.pt
-----------------	---	------------------------

---

**EDITORIAL BOARD CONSELHO EDITORIAL**

---

Aloísio Cristóvão dos Santos Júnior	Centro Universitário Estácio da Bahia, Brasil	acristovamjr@gmail.com
-------------------------------------	---	------------------------

---

Constança Urbano de Sousa	Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal	mconstanca@autonoma.pt
---------------------------	---	------------------------

---

Fernando Cachaifeiro Garcia	Universidade da Coruña, Espanha	fernando.cachaifeiro@ude.es
-----------------------------	---------------------------------	-----------------------------

---

Francisco Hernández	Universidade de Santiago de Compostela, Espanha	francisco.hernandez.rodriquez@consellolegodacompetencia.es
---------------------	---	--

---

João Nogueira de Almeida	Universidade de Coimbra, Portugal	jjna@fd.uc.pt
--------------------------	-----------------------------------	---------------

---

Julio Garcia Camiñas	Universidade da Coruña, Espanha	jgc@udc.es
----------------------	---------------------------------	------------

---

Manuel António Pita	ISCTE – Instituto Universitário de Lisboa, Portugal	manuel.pita@iscte-iul.pt
---------------------	---	--------------------------

---

Paulo Nogueira da Costa	Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal	pcosta@ual.pt
-------------------------	---	---------------

---

Pedro Trovão do Rosário	Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal	prosario@autonoma.pt
-------------------------	---	----------------------

---

Roberto Mazzola	Università degli Studi del Piemonte Orientale – Amedeo Avogadro, Itália; Università di Torino, Itália	rmazzola961@gmail.com
-----------------	---	-----------------------

---

Teófilo Área Leão Júnior	UNIVEM – Centro Universitário Eurípides de Marília, Brasil	teofiloleaojr@gmail.com
--------------------------	--	-------------------------

---

Valter Santin	Universidade Estadual do Norte do Paraná, Brasil	santin@uenp.edu.br
---------------	--	--------------------

---

Vasco Branco Guimarães	ISCTE – Instituto Universitário de Lisboa, Portugal	vbrguimaraes@net.sapo.pt
------------------------	---	--------------------------

---

# Índice Index

- 7 **Editorial Editorial**  
**MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE**
- 11 **Introduction**  
**STEFANO RUGGERI**
- 17 **The right to an independent judge in the court of justice case law: an evolving principle** O direito a um juiz independente na jurisprudência do tribunal de justiça: um princípio em evolução  
**GIULIA COLAVECCHIO**
- 39 **The right to lawyer-client confidentiality: a plea for common standards in eu cross-border criminal proceedings** O direito à confidencialidade entre advogado e cliente: standards comuns nos processos crime transnacionais  
**LORENA BACHMAIER WINTER**
- 57 **The right to confrontation and the taking of witness evidence in the field of transnational criminal justice** O direito ao contraditório e à obtenção da prova testemunhal no campo da justiça criminal transnacional  
**ANTONELLA FALCONE, CLAUDIO ORLANDO**
- 77 **The victim's role in cross-border situations in european and international law: a multilevel perspective\*** O papel da vítima em processos no âmbito do Direito europeu e internacional: uma perspectiva multinível  
**VIVIANA DI NUZZO, ELISEA MALINO**
- 105 **Fairness procedimentale e prevenzione patrimoniale: verso un “giusto procedimento di prevenzione”?** Justiça processual e prevenção patrimonial: rumo a um “procedimento justo de prevenção”?  
**ANTONIO BALSAMO, ALESSIA FUSCO**
- ARTIGOS CIENTÍFICOS**
- 123 **Coleta e tratamento de dados na transformação tecnológica da investigação criminal** Data collection and processing in the technological transformation of criminal investigation  
**NEREU JOSÉ GIACOMOLLI, DANIELA DORA EILBERG**
- 141 **La estetica de lo contradictorio en el proceso penal: una visión a traves de la mirada de lo femenino** The aesthetics of the contradictory in the criminal procedure: a vision through the feminine  
**FLAVIANE DE MAGALHÃES BARROS BOLZAN DE MORAIS**
- 169 **O objeto do processo: O princípio da indivisibilidade ou unidade do objeto do processo** The object of the criminal process: The principle of indivisibility or unity of the object  
**INÉS ALEXANDRA DA COSTA MACHADO**
- 179 **O processo penal italiano in absentia e os recursos post iudicatum depois da reforma cartabia** The Italian criminal procedure in absentia and the appeals post iudicatum after the cartabia reform  
**BRUNA CAPPARELLI**
- 197 **Breve análise da procuradoria europeia: impacto na investigação criminal preliminar da Espanha e Finlândia** Summary analysis of the european public prosecutor's office: impact on preliminary criminal investigation in Spain and Finland  
**WILSON PAESE**

- 209 **O sistema europeu de supervisão financeira - algumas questões de governance numa “rede poliárquica” de decisão** The European system of financial supervision - some governance issues in a “polyarchical network” of decision-making  
**LUÍS GUILHERME CATARINO**

**RECENSÕES**  
**REVIEWS**

- 237 **Recensão Crítica dos artigos: “A dignidade da pessoa humana na persecução criminal: os princípios democrático e da lealdade processual penal” e ““A esquizofrenia dos meios investigatórios invasivos dos direitos fundamentais pessoais”.** Critical review of the articles: “The dignity of the human person in criminal prosecution: the democratic principles and the fairness of criminal proceedings” and “The schizophrenia of investigative means that invade personal fundamental rights”.  
**TELMA VITÓRIA**

# Editorial Editorial

GALILEU - REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA · e-ISSN 2184-1845  
Volume XXIV · 1<sup>st</sup> January Janeiro - 31<sup>st</sup> December Dezembro 2023 · pp. 7  
DOI: <https://doi.org/10.26619/2184-1845.XXIV.1/2.1.1>

Trazemos ao público científico-jurídico mais um número da revista, que inicia uma nova sistemática: um dossier temático, artigos científicos e recensão crítica. Esta sistemática ir-se-á manter nos próximos números da revista.

O dossier científico, dedicado ao tema «The evolution of fair trial safeguards in transnational criminal justice. A case-law approach», esteve sob a direção do Doutor Stefano Rugeri, da Universidade de Messina, e conta com artigos de Giulia Colavecchio, Lorena Bachmaier Winter, Antonella Falcone e Claudios Orlando, Viviana di Nuzzo e Elisea Malino, Antonio Balsamo e Alessia Fusco.

Todos os textos trazem-nos uma reflexão científica sobre o *fair trial* na justiça transnacional: *v. g.*, o *direito a juiz independente*, o *direito à confidencialidade das conversas entre o advogado e o arguido*, o *direito ao contraditório e a obter prova testemunhal*, o *direito e papel das vítimas no direito europeu e internacional*, e a *justiça processual e a prevenção patrimonial*.

Os artigos publicados tratam de temas como *coleta e tratamento de dados*, de Nereu Giacomolli e Daniela Dora, a *estética do contraditório no processo penal a parte de um olhar do feminino*, de Flaviane Barros, o *objeto do processo e respetivos princípios*, de Inês Machado, os *recursos em casos de decisões judiciais proferidas com ausência do arguido*, de Bruna Capparelli, a *procuradoria europeia*, de Wilson Paese, o *sistema europeu de supervisão*, de Luís Catarino, e a *recensão crítica de dois artigos científicos*, de Telma Vitória.

Esta revista tem estudos de professores, de investigadores, de alunos de mestrado e de doutoramento, de modo a ampliar e a integrar os jovens investigadores na ciência jurídica e convocá-los a participar na divulgação dos resultados das suas pesquisas científicas.

Este volume, como *supra* referido, é o início de uma mudança de sistemática e dinâmica científica desta revista com o intuito de voltar a ter os dois números do volume publicados em separado.

O Diretor da *Galileu*  
**Manuel Monteiro Guedes Valente**

**DOSSIER**  
THE EVOLUTION OF FAIR TRIAL SAFEGUARDS  
IN TRANSNATIONAL CRIMINAL JUSTICE.  
A CASE-LAW APPROACH





# Introduction

STEFANO RUGGERI<sup>1</sup>

steruggeri@unime.it

---

GALILEU - REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA · e-ISSN 2184-1845

Volume XXIV · 1<sup>st</sup> January Janeiro – 31<sup>st</sup> December Dezembro 2023 · pp. 11-15

DOI: <https://doi.org/10.26619/2184-1845.XXIV.1/2.1>

Submitted on April 1<sup>st</sup>, 2023 · Accepted on July 31<sup>st</sup>, 2023

Submetido em 1 de Abril, 2023 · Aceite a 31 de julho, 2023

---

**TABLE OF CONTENTS** Premise, Procedural fairness in transnational criminal justice: the challenges of a long-overlooked topic, The structure and contents of this dossier: a multilevel approach

## 1. Premise

In the field of criminal justice, fair trial safeguards have long played enormous relevance in the case-law of international and constitutional courts, which have not established new standards of traditional individual rights but have also strongly contributed to the acknowledgment of new rights and guarantees by means of a systematic understanding of international or constitutional charters. The increase of transjudicial dialogue between judicial bodies in the last decades has certainly favoured the search for solution models and methodological approaches which could overcome the differences of cases and legal experiences, with the ultimate goal of achieving ever higher standards of human rights protection and more sustainable trade-offs among conflicting interests.

Yet procedural fairness today finds itself confronted with unprecedented challenges, and there is little doubt that one of the most relevant factors determining such radical changes is the increasing transnationalisation of criminal investigation and judicial procedures. This outcome is due to a number of complex and different causes. Among them, we should firstly include the in-depth transformations occurred several forms of criminality, which have not only led to traditional offences gaining transborder features, but furthermore have given rise to the emergence of new and extremely aggressive criminal

---

<sup>1</sup> Ordinario di diritto processuale penale. Professor of European and Transnational Criminal Justice. Dipartimento di Giurisprudenza “S. Pugliatti”. Università di Messina. Piazza Pugliatti 1. 98100 Messina.

phenomena of a transnational nature, and mostly organised offenders acting across territorial borders, and more and more even without borders. The evolution of science and technology has in turn also contributed to such changes, and brought about even more radical transformations, by way of putting at the disposal of criminal organisations an enormous set of recourses that often enable them to elude investigation and prosecution, thus frustrating the aims of an effective criminal-law action. But we should not overlook another important factor from a legal perspective, i.e. that the progressive erosion of the traditional boundaries between national and transnational criminal justice is also coupled with the softening of the traditional division lines existing between formally criminal matters and matters which, despite belonging to other legal areas, are characterised by levels of sanctions that inevitably interact with criminal justice.

Against such complex scenarios, the ongoing process of transnationalisation of fair trial safeguards provides a privileged viewpoint to understand the developments that have taken (and are constantly taking) place in the ways criminal justice complies with its goals – and therefore justifies its functions and its very existence – in the current societies, characterised by increasing degrees of multiculturalism, digital transformations and new rhythms of human (and thus also criminal) action.

## **2. Procedural fairness in transnational criminal justice: the challenges of a long-overlooked topic**

This study deals with the transnational changes of procedural fairness by using an interdisciplinary method which is mainly based upon a case-law approach. The intervention of international and constitutional case-law in the field of transnational criminal justice, with a view to rethinking fair trial guarantees from a transnational perspective, is a much less old but equally significant phenomenon. Until the '90s, there were only a few rulings in Strasbourg case-law that specifically treated fair trial rights in the context of criminal proceedings entailing international cooperation, or anyway having a transnational dimension, and remarkably, it was only in relatively recent times that legal studies were carried out on the role of international and constitutional case-law to this difficult field.

Nevertheless, it would probably be oversimplifying to acknowledge the somehow scant jurisprudence on this topic. Further relevant factors need to be taken into consideration, starting with the traditional way of conceiving the international procedures of judicial cooperation in criminal matters. An in-depth analysis of international human rights case-law, indeed, reveals that even in relatively recent times at least some transborder

procedures were still seen in terms of mechanisms of administrative assistance, which led to accepting a certain margin of flexibility in dealing with fair trial principles. Another relevant aspect deserves examination to understand this delay, that is, the way international courts have long acknowledged (and today still largely acknowledge) most fundamental safeguards in the light of a systematic and global view of criminal proceedings. The jurisprudence of European Court of human rights, in particular, provides a number of examples of this approach, which has led it to tolerate restrictions on fundamental rights as long as national authorities have adopted adequate tools and guarantees to avoid a violation of the Convention. This approach, which opened up the door to flexible forms compensation for breaches of international charters at subsequent stages of the proceedings, confirmed the widespread conviction that international human rights charters – as far as their relevant provisions in the field of criminal justice were at stake – maintained a scope largely limited to individual jurisdictions.

While international case-law still defends this view in relation to some key safeguards (*e.g.*, *ne bis in idem* in the field of ECHR law), it is however apparent that an overall understanding of procedural fairness does not fit situations with a transnational dimension. This conclusion has a very simple reason, which is that, as a general rule, individual countries can be deemed liable for those procedural activities that take place within their own jurisdiction, but in cross-border cases, these activities only cover a limited part of a broader procedure with a transnational nature.

Moreover, the transnationalisation of crime justice is today a reality of such importance that requires departing from a reductive understanding of a fair trial from a cross-border (and sometimes even global) perspective. Doubtless, transnational criminal justice endangers a proper protection of fair trial rights, since the individuals involved in cross-border criminal proceedings often undergo additional risks and difficulties to those existing in domestic procedures. In the light of this, there is a need for strong efforts by all the competent authorities to ensure full compliance with international and constitutional law standards of protection. An essential condition of a truly fair criminal justice – as a unique legal experience in all social and constitutional orders based on the rule of law – is indeed the satisfaction of the fundamental principle of equal treatment. It might be argued that not only almost all fair trial rights and main safeguards (*e.g.*, the right to an independent and impartial judge or tribunal) but a number of core principles in some jurisdictions (*e.g.*, the principle of mandatory prosecution) are strictly linked to this core requirement, which entails the need to redefine the scope of the fundamental safeguards of fair trial in the light of the increasingly transnational and global changes of the procedures dealing with *ius terribile*.

Constitutional and international courts have shown increasing flexibility in adapting their jurisprudence to these new challenges. But in Europe we should also mention the contribution that the supranational case-law of the European Court of Justice has made to such important developments in various areas concerning relevant fair trial safeguards (right to legal assistance, right to interpretation, etc.) and principles (transnational *ne bis in idem*). A view of transnational criminal proceedings in terms of complex procedures, founded on a suitable division of labours and functions among the competent authorities of different countries, provides a sound theoretical basis to avoid the risk of lowering the thresholds of, or even producing gaps in, the protection of fair trial rights.

### 3. The structure and contents of this dossier: a multilevel approach

Within this general conceptual framework, the present dossier starts with the examination of one of the most controversial problems in transnational criminal justice, concerning the independence of the judiciary in criminal trials from the viewpoint of EU law. The study conducted by *Giulia Colavecchio*, following the evolution of the case-law of the ECJ, culminates in the analysis of the transnational dimension of this key principle in the context of international surrender procedures by means of EAWs. Our study then focuses on the perspective of fair trial rights of the accused. Within this area, *Lorena Bachmaier Winter* analyses a right of the utmost relevance in every fair criminal justice system, i.e. the right to lawyer-client confidentiality, viewed in its multiple applications from the perspective of ECtHR case-law and in relation to the challenges set by EU cross-border criminal procedures.

There is little doubt that the existence of a fully confidential relationship between lawyer and client is an essential precondition for the effective exercise of the right to a defence in its multiple applications, starting with the right to confrontation and the right to be heard fairly, which gain particular relevance in transnational cases. Following a multilevel approach, *Antonella Falcone* and *Claudio Orlando* deal with the evolution of transnational investigation and evidence-gathering procedures from the viewpoint of the transformations undergone by the right to confrontation in cross-border situations. This contribution examines the developments occurred in MLA instruments mainly in the light of ECtHR jurisprudence, but analysis is also extended to the potentials of new technological means with a view to ensuring remote attendance and a proper collection of testimonial evidence in transborder criminal proceedings particularly in the EU area. Certainly, digital technology can help strike more proper trade-offs among conflicting interests than in the past, especially between the defendant's right to confrontation and

the protection of victims and witnesses, though new challenges. Finally, the study of *Viviana Di Nuzzo* and *Elisea Malino* – by way of cutting across international law, EU law, and ECtHR case-law – focuses on the role of victims in transborder criminal investigations, court proceedings, as well as in the challenging area of restorative justice.

The challenges concerned with fair trial safeguards in the field of transnational criminal justice, moreover, go beyond the sole area of criminal inquiries and court proceedings, covering also the complex sphere of crime control and prevention. This topic has been examined by *Antonio Balsamo & Alessia Fusco*, whose contribution deals with the sensitive issue of patrimonial preventive measures, and the need to apply standards of procedural fairness with a view to ensuring a fair preventive procedure and facilitating cross-border cooperation.



# The right to an independent judge in the court of justice case law: an evolving principle

O direito a um juiz independente na jurisprudência do tribunal de justiça: um princípio em evolução

GIULIA COLAVECCHIO<sup>1</sup>

---

**GALILEU - REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA** · e-ISSN 2184-1845

Volume XXIV · 1<sup>st</sup> January Janeiro – 31<sup>st</sup> December Dezembro 2023 · pp. 17-38

DOI: <https://doi.org/10.26619/2184-1845.XXIV.1/2.2>

Submitted on April 1<sup>st</sup>, 2023 · Accepted on July 31<sup>st</sup>, 2023

Submetido em 1 de Abril, 2023 · Aceite a 31 de julho, 2023

---

**SUMMARY:** 1. Introduction. 2. The twofold dimension of effective judicial protection. 3. Judicial independence in EU law: a three-dimensional concept. 4. Shaping the principle of independence of the judiciary in preliminary references: the peculiar case of the European arrest warrant. 5. Further developments in the interpretation of the principle of judicial independence and impartiality on the basis of the *Polish saga*. 6. Concluding remarks.

**KEYWORDS:** judge; independence; impartiality; European arrest warrant.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. A dupla dimensão da tutela jurisdicional efetiva. 3. A independência judicial no direito da UE: um conceito tridimensional. 4. Moldar o princípio da independência do poder judicial em matéria prejudicial: o caso peculiar do Mandado de detenção europeu. 5. Novos desenvolvimentos na interpretação do princípio de independência judicial e de imparcialidade com base na saga polaca. 6. Concluindo observações.

**PALAVRAS-CHAVE:** juiz; independência; imparcialidade; mandado de detenção europeu.

## 1. Introduction

The right to an independent and impartial judge represents a cornerstone of European Union law. It forms part of the principle of effective judicial protection understood not only in its individual dimension, referring to the protection of the rights of the individual,

---

<sup>1</sup> *Research Fellow, University of Messina.*

but also in a broader dimension, defined as “constitutional”<sup>2</sup> or “axiological”<sup>3</sup>, for the protection of the values of the European Union as described in Article 2 TEU-- the rule of law. In addition to a specific dimension belonging to each Member State, the concept of the rule of law has a distinguishing European Union dimension, in which both Member States and EU institutions are subject to a check of the validity of their acts over the Treaties and the general principles of law. Indeed, in the absence of a full independence of the judiciary, «the state legal system can only provide an illusion of the rule of law»<sup>4</sup>.

In the division of powers, the judiciary represents the guardian of the rule of law *par excellence*. It is in the very nature of the judicial function that the judge rules according to the law alone, and Member States and the European Union itself, as well as the parties to a litigation, have to comply with legal norms. This function can only be assured if the judges are not subject to any instruction or pressure in the performance of their duties, either from the parties to the case or from third parties, including political authorities. The consubstantial link between the mission of judging and the requirement of independence explains why the latter represents an essential component of the right to a fair trial<sup>5</sup>.

In this framework, the achievement of a “Union based on the rule of law”<sup>6</sup> depends also on the implementation of effective judicial protection, including the right to a judge<sup>7</sup> characterized by this requirement of independence.

For many years it appeared that the values enshrined in the Treaties and the EU Charter of Fundamental Rights, including respect for the rule of law, were “uncontested

2 PRECHAL, Sacha – *Effective judicial protection: some recent developments – moving to the essence*. In *Review of European Administrative Law*, N.º 2, 2020, p. 175; BONELLI, Matteo – *Effective Judicial Protection in EU Law: an Evolving Principle of a Constitutional Nature*. In *Review of European Administrative Law*, N.º 2, 2020, p. 35-62.

3 FAVI, Alessandra – *La dimensione “assiologica” della tutela giurisdizionale effettiva nella giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di crisi dello Stato di diritto: quali ricadute sulla protezione degli individui?*. In *Il Diritto dell’Unione europea*, 2020, N.º 4, p. 795-822.

4 BIERNAT, Stanislaw and FILIPEK, Paweł – *The Assessment of Judicial Independence Following the CJEU Ruling in C-216/18 LM*. In VON BOGDANDY, Armin and others (eds.), *Defending Checks and Balances in EU Member States*, Springer, 2021, p. 405.

5 ADAM, Stanislas and VAN ELSUWEGE, Peter – *Lexigence d’indipéncé du juge, paradigme de l’Union européenne comme union de droit*. In *Journal de droit européen*, 2018, p. 335.

6 The expression “union based on the rule of law” – probably even stronger in other linguistic versions like French version “Union de droit”, Italian “Unione di diritto” or Spanish “Unión de Derecho” – is quite recently used by the Court of Justice (see CJEU, Grand Chamber, judgment of 25<sup>th</sup> June 2018, Case C-216/18 PPU, LM, ECLI:EU:C:2018:586, para. 49; CJEU, Grand Chamber, judgment of 27<sup>th</sup> February 2018, Case C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses-ASJP*, ECLI:EU:C:2018:117, para. 31) with the same meaning of the well-known expression “community based on the rule of law” (see CJEU, judgement of 23<sup>rd</sup> April 1986, case 294/83, *Parti écologiste “Les Verts” v. European Parliament*, ECLI:EU:C:1986:166, para. 23; see also CJEU, judgement of the 3<sup>rd</sup> September 2008, cases C-402/05 e C-415/05, *Kadi e Al Barakaat International Foundation*, ECLI:EU:C:2008:461, para. 81, 281 and 316; CJEU, judgement of the 25<sup>th</sup> July 2002, Case C-50/00, *Unión de Pequeños Agricultores*, ECLI:EU:C:2002:462, para. 38 and 39).

7 See PICOD, Fabrice – *Droit au juge et voies de droit communautaire. Un mariage de raison*, in *L’Union Européenne: Union de droit, Union des Droits. Mélanges en l’honneur de Philippe Manin*, Pedone, 2010, p. 907-920.



and incontestable”, but something has now changed<sup>8</sup>. Therefore, at a time of institutional crisis characterized by the rule of law backsliding, the need to preserve the principle of the independence of judges is, according to Lenaerts, directly related to maintaining the European Union as «a “Union of democracies” a Union of rights” a “Union of justice”» in order to ensure that future generations of Europeans can enjoy their own sphere of individual liberty safe from public interference<sup>9</sup>.

The principle of the independence of judges, which, as recalled, is intrinsic to the judicial function itself, involves two aspects of external and internal independence. External independence presupposes that the courts or other judicial bodies exercise their functions in full autonomy, without being subject to any hierarchical or subordinate constraints and without receiving any kind of order or instruction. Those who perform the judicial function must therefore be protected from external pressures that might compromise the independence of their judgment and influence their decisions<sup>10</sup>. As will be discussed below, appropriate guarantees to protect the judges’ independence include safeguards against removal from office<sup>11</sup> and an adequate level of remuneration commensurate with the importance of their functions<sup>12</sup>. The internal character of independence, on the other hand, relates to the notion of impartiality and concerns the guarantee of a level playing field for parties to proceedings and their respective interests with regard to the subject matter<sup>13</sup>.

The aim of this paper is to relate the evolution of the notion of judicial independence to the context of the retreat of the rule of law that has taken place in certain States of the European Union<sup>14</sup>. It does this by studying a trend in the European Union Court of Justice (CJEU) case law. In the sea of studies on the political response to rule of law backsliding, the analysis of the caselaw of the CJEU is particularly relevant because it has been considered as the *last guardian* against the retreat of the guarantees of the rule of law, in particular with regard to the independence of judges, in the lack of an energetic

8 VON DANWITZ, Thomas – *Values and the Rule of Law: Foundations of the European Union – An Inside Perspective from the ECJ*. In *Potchefstroomse electronic law journal*, Vol. 21, 2018, p. 1-17.

9 LENAERTS, Koen – *New Horizons for the Rule of Law Within the EU*. In *German Law Journal*, Special Issue 1, 2020, p. 34.  
10 To this effect see CJEU, *ASJP*, para. 44.

11 CJEU, Grand Chamber, judgment of 19<sup>th</sup> September 2006, case C-506/04, *Wilson*, ECLI:EU:C:2006:587, para. 51; CJEU, judgment of 22nd October 1998, joined Cases C-9/97 and C-118/97, *Jokela and Pitkäranta*, ECLI:EU:C:1998:497, para. 20.

12 CJEU, *ASJP*, para. 45.

13 CJEU, *Wilson*, para. 52.

14 Whether this paper takes some points of reflection from the Polish case, the rule of law backsliding also characterizes other states of the Union among which we can include Hungary and Romania. See DONATI, Filippo – *Un nuovo scontro sullo Stato di diritto e sull’indipendenza della magistratura nell’Unione europea*. In *I Post di AISDUE*, N.º 2, 2022, p. 19-27; MÉSZÁROS, Gábor – *Rule without law in Hungary: the decade of abusive permanent state of exception*. In *EUI MWP*, 01/2022.

political response. It raises, however, some doubts about the limits of the EU system and procedures, or at least regarding their effectiveness. The paper is divided into four parts. The first section will briefly illustrate the twofold dimension of the effective judicial protection in a Union based on the rule of law. The following section will analyse the notion of judicial independence in EU law, a multifaceted principle which currently has a triple legal basis in EU primary law. The last two sections will focus on two case studies deriving from the jurisprudence of the Court of Justice, which, for their relevance and peculiarities, have shaped the principle of judicial independence. The first case study concerns the European arrest warrant, in the context of the EU judicial cooperation in criminal matters, while the second deals with some cases related to the constitutional reforms in Poland that raised many doubts about the stability and the independence of the judicial system of that Member State.

## 2. The twofold dimension of effective judicial protection

The principle of judicial independence in the Court of Justice's caselaw has been mostly developed within the framework of the interpretation of the right to effective judicial protection via the preliminary ruling procedure provided for in Article 267 TFEU<sup>15</sup>. More recently, the principle at stake, as well as the right to effective judicial protection itself, has been defined and consolidated also through the judgments rendered by the Court following the infringement procedures launched by the Commission to stem the retreat of the rule of law, specifically with respect to Poland<sup>16</sup>.

15 The preliminary ruling procedure established in Article 267 TFEU is considered by the Court of Justice as the “keystone” of the European Union judicial system, which, by setting up a dialogue between the CJEU and the Member States' courts and tribunals, guarantees the uniform interpretation of EU law, ensure its consistency, its full effect, its autonomy and the nature of the law established by the Treaties. See CJEU, Full Court, Opinion of 18<sup>th</sup> December 2014, Opinion 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, para. 267; and about the nature of the law established by the Treaties see CJEU, Full Court, Opinion of 8<sup>th</sup> March 2011, Opinion 1/09, ECLI:EU:C:2011:123, para. 67 and 83.

16 See CJEU, Grand Chamber, judgment of 15<sup>th</sup> July 2021, Case C-791/19, *Commission v. Poland (Régime disciplinaire des juges)*, ECLI:EU:C:2021:596; CJEU, Grand Chamber, judgment of 5<sup>th</sup> November 2019, Case C-192/18, *Commission v. Poland (Independence of ordinary courts)*, ECLI:EU:C:2019:924; CJEU, Grand Chamber, judgment of 24<sup>th</sup> June 2019, Case C-619/18, *Commission v. Poland (Independence of the Supreme Court)*, ECLI:EU:C:2019:531. MORI, Paola – *L'uso della procedura d'infrazione a fronte di violazioni dei diritti fondamentali*. In *Il diritto dell'Unione europea*. In *Il Diritto dell'Unione Europea*, N.º 2, 2018, p. 363-375; ARANCI, Matteo – *La procedura d'infrazione come strumento di tutela dei valori fondamentali dell'Unione europea*. Note a margine della sentenza della Corte di giustizia nella causa *Commissione/Polonia*. In *Eurojus*, N.º 3, 2019, p. 49-63; CIMADOR, Elisa – *La Corte di giustizia conferma il potenziale della procedura d'infrazione ai fini di tutela della rule of law*. Brevi riflessioni a margine della sentenza *Commissione/Polonia (organizzazione tribunali ordinari)*. In *Eurojus*, N.º 1, 2020, p. 60-81.

Therefore, to study the evolution of the principle of independence of the judiciary, it is essential to first refer to the principle of effective judicial protection and understand its transformation over the years.

Pursuant to a constant and consolidated jurisprudence of the CJEU<sup>17</sup>, the effective judicial protection of individuals' rights originally constituted a general principle of EU Law stemming from the constitutional traditions common to the Member States, as well as from Articles 6 and 13 of the ECHR<sup>18</sup>. Through this principle, the Court of Justice can assess the adequacy of the judicial protection provided by the domestic legal systems of the Member States with respect to individual legal positions arising from EU law.

The CJEU's reconstruction of the principle of effective judicial protection can be dated back to the mid-1980s, when in the *Von Colson* judgment – as part of a preliminary reference concerning the implementation of the Council Directive *on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions*<sup>19</sup> – the CJEU highlighted the existence of a Member State obligation «to introduce into their national legal systems such measures as are necessary to enable all persons who consider themselves wronged by discrimination to pursue their claims by judicial process»<sup>20</sup>. However, this obligation was not yet conceived as a principle having a general character, but it was linked to the implementation of secondary law, particularly to the adoption of «measures which are sufficiently effective to achieve the objective of the directive and to ensure that those measures may in fact be relied on before the national courts by the persons concerned»<sup>21</sup>.

The principle of effective judicial protection, affirmed in a limited way in *Von Colson*, takes on the character of a general and autonomous principle, disengaging itself from its

17 CJEU, judgment of 15<sup>th</sup> May 1986, Case 222/84, *Johnston*, ECLI:EU:C:1986:206, para. 18 and 19; CJEU, judgment 15<sup>th</sup> October 1987, Case 222/86, *Heylens and others*, ECLI:EU:C:1987:442, para. 14; CJEU, judgment of 27<sup>th</sup> November 2001, Case C-424/99, *Commission v. Austria*, ECLI:EU:C:2001:642, para. 45; CJEU, judgment of 25<sup>th</sup> July 2002, Case C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores v. Council*, ECLI:EU:C:2002:462, para. 39; CJEU, judgement of 19<sup>th</sup> June 2003, Case C-467/01, *Eribrand*, ECLI:EU:C:2003:364, para. 61; CJEU, judgment of 13<sup>th</sup> March 2007, Case C-432/05, *Unibet*, ECLI:EU:C:2007:163, para. 37; CJEU, judgment of 22<sup>nd</sup> December 2010, case C-279/09, *DEB*, ECLI:EU:C:2010:811, para. 29-33; CJEU, para. 35.

18 For further information on the independence of judges within the Council of Europe, topic which will not be covered in this paper, see *ex multis* MÜLLER, Lydia F. – *Judicial Independence as a Council of Europe Standard*. In *German Yearbook of International Law*, Vol. 52, 2009, p. 461-486; PACZOLAY, Péter – *The Notion of Judicial Independence: Impartiality and Effectiveness of Judges*. In PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo and WOJTYCZEK, FranceKrzysztof (eds.), *Judicial Power in a Globalized World: Liber Amicorum Vincent De Gaetano*, Springer, 2019, p. 331-343.

19 Council Directive 76/207/EEC of 9<sup>th</sup> February 1976 *on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions*, Official Journal L 39, 14<sup>th</sup> February 1976, p. 40-42, no longer in force.

20 CJEU, judgment of 10<sup>th</sup> April 1984, Case 14/83, *von Colson and Kamann v. Land Nordrhein-Westfalen*, ECLI:EU:C:1984:153, para. 18

21 *Ibidem*.

express provision in the Union's secondary law, present in the *Johnston* judgment, and finds confirmation the following year in the *Heylens* case, tracing its legal basis in the common constitutional traditions and the provisions of the ECHR. The express recognition of this principle has paved the way for its application as a criterion for interpreting and integrating provisions of Union law<sup>22</sup>.

The entry into force of the Lisbon Treaty subsequently affected the definition of this principle in a twofold way: first, through the elevation of the Charter of Fundamental Rights of the European Union to the rank of primary law, reinforcing the principle already contained in Article 47, paragraph 1 of the Charter, according to which «everyone whose rights and freedoms guaranteed by the law of the Union are violated has the right to an effective remedy before a tribunal»<sup>23</sup>; on the other hand, the second subparagraph of Article 19 (1) TEU codified the Court's case law by specifying how Member States are required to establish «remedies sufficient to ensure effective legal protection in the fields covered by Union law».

With respect to the principle of effective judicial protection, it is possible to identify a break in which this principle ceases to be built on exclusively on jurisprudence, as one of the manifestations of the principle of loyal cooperation, linked to the effective protection of individual positions attributed by EU Law, and, in addition, takes on a normative dimension linked to the concretization of the rule of law, rising to a systemic element of the European Union's legal system<sup>24</sup>. This moment of caesura, in which the twofold dimension of the principle of effective judicial protection emerges, is believed to be found in the *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* judgment, in which the Court clearly states that Article 19 TEU «gives concrete expression to the value of the rule of law stated in Article 2 TEU»<sup>25</sup>. This phrasing also reinforces what the Court reaffirmed regarding the «the very existence of effective judicial review designed to ensure compliance with EU law is of the essence of the rule of law»<sup>26</sup>.

22 FAVI, Alessandra, p. 799.

23 Indeed, the affirmation of the principle of effective judicial protection provided by Article 47 of the Eu Charter as a human right does not replace the general principle, but reaffirms it. See CJEU, judgment of 27<sup>th</sup> September 2017, Case C-73/16, *Pušár*, ECLI:EU:C:2017:725, para. 59; CJEU, judgments of 15<sup>th</sup> September 2016, Cases C-439/14 and C-488/14, *Star Storage and Others*, ECLI:EU:C:2016:688, para. 46; CJEU, judgment of 26<sup>th</sup> July 2017, Case C-348/16, *Sacko*, ECLI:EU:C:2017:591, para. 31.

24 BARTOLONI, M. Eugenia – *La natura poliedrica del principio della tutela giurisdizionale effettiva ai sensi dell'art. 19, par. 1, TUE*. In *Il Diritto dell'Unione europea*, N.º 2, 2019, p. 246.

25 Court of Justice, *ASJP*, para. 32.

26 This expression had already been used by the Court of Justice in its previous jurisprudence. See: CJUE, judgement of 6<sup>th</sup> October 2015, Case C-362/14, *Schrems*, ECLI:EU:C:2015:650, para 95; CJEU, judgement of 18<sup>th</sup> December 2014, Case C-562/13, *Abdida*, ECLI:EU:C:2014:2453, para. 45; CJEU, judgment of 28<sup>th</sup> March 2017, Case C-72/15, *Rosneft*, ECLI:EU:C:2017:236, para. 73.

The twofold dimension of the principle of effective judicial protection, ordinary and systematic, thus emerges from what has been called by legal scholarships a “legal syllogism”, according to which it is a corollary and consequence of the principle of loyal cooperation<sup>27</sup>, currently enshrined in Article 4(3) TEU, conjugated in the procedural sphere and, at the same time, the very premise on which loyal cooperation is based<sup>28</sup>. Two distinct areas of application can be associated with this dual reconstructive dimension, depending on whether it detects a specific and circumscribed obligation or a generalized and transversal obligation<sup>29</sup>. All this results in a different interpretation of the *ratione materiae* scope of the second subparagraph of Article 19(1) TEU, with reference to «the fields covered by Union law», and the provision of Article 51(1) of the Charter<sup>30</sup>. A more restrictive one, in cases where the ordinary dimension of effective judicial protection is relevant<sup>31</sup>, and an extensive one where the case has systemic repercussions affecting the overall effectiveness of judicial protection in each Member State.

The application and enforcement of Union law must be guaranteed by the Member States in their respective territories. Therefore, Member States are required to establish the judicial remedies necessary for individuals to be ensured the respect for their right to effective judicial protection in the fields regulated by European Union law. Therefore, each Member State must ensure that the “courts or tribunals” within the meaning of EU law, which in its own legal system may be called upon to hear disputes falling within areas governed by EU law, meet the requirements of effective judicial protection<sup>32</sup>. In that regard, it is pointed out that in order for a body to be considered “courts or tribunals” within the meaning of EU law, the domestic qualification is not sufficient, but it is necessary to make reference to the notion outlined by the Court in its nomophylactic function<sup>33</sup>. According to the CJEU case law in assessing whether a body is a “court or tribunal” there

27 See, *inter alia*, CJEU, judgment of 8<sup>th</sup> November 2016, Case C-243/15, *Lesoochránárske zoskupenie VLK*, ECLI:EU:C:2016:838, para. 50; CJEU, judgement of 26<sup>th</sup> July 2017, Case C-348/16, *Sacko*, ECLI:EU:C:2017:591, para. 29.

28 BARTOLONI, M. Eugenia, *La natura poliedrica*, p. 249.

29 *Ivi*, p. 258.

30 On the interpretation of Article 51 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union see, *ex multis*, PICOD, Fabrice – *Article 51*, in PICOD, Fabrice, RIZCALLAH, Cécilia and VAN DROOGHENBROECK, Sébastien (eds.) – *Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne. Commentaire article par article*, coll. Droit de l’Union européenne, série Textes et commentaires, Bruylant, 2<sup>ème</sup> éd., 2020, p. 1223-1248 ; TIZZANO, Antonio – *L’application de la Charte de droits fondamentaux dans les États membres à la lumière de son article 51, paragraphe 1*. In *Il diritto dell’Unione Europea*, N.º 3, 2014, p. 429-437.

31 See CJEU, Grand Chamber, judgment of 26<sup>th</sup> February 2013, Case C-617/10, *Åkerberg Fransson*, ECLI:EU:C:2013:105.

32 CJEU, *ASJP*, cit., para. 37.

33 On this topic see MITSILEGAS, Valsamis – *Autonomous concepts, diversity management and mutual trust in Europe’s area of criminal justice*. In *Common Market Law Review*, N.º 1, 2020, p. 45-78; MITSILEGAS, Valsamis – *Managing Legal Diversity in Europe’s Area of Criminal Justice: The Role of Autonomous Concepts*. In R. COLSON Renaud and FIELD, Stewart (eds.) – *EU Criminal Justice and the Challenges of Diversity Legal Cultures in the Area of Freedom, Security and Justice*, Cambridge University Press, 2016, p. 125-159; AZOULAI, Loïc – *The Europeanization of Legal Concepts*. In

are several factors to be taken into account, such as whether the body is established by law, whether it is permanent, whether its jurisdiction is compulsory, whether its procedure is *inter partes*, whether it applies rules of law and, of higher relevance for our analyses, whether it is independent<sup>34</sup>.

### 3. Judicial independence in EU law: a three-dimensional concept

The principle of independence of the judiciary is an essential component of the fundamental right to a fair trial protected by Article 47 of the EU Charter of Fundamental Rights. The Court of Justice elevates it to a cardinal principle, a guarantee of the overall protection of the rights deriving for the individual from the law of the Union and the safeguarding of the values common to the Member States set forth in Article 2 TEU, and in particular of the rule of law.<sup>35</sup>

The notion of the independence of the judiciary can be expressed and studied as a “three-dimensional” concept<sup>36</sup>. Indeed, in European Union Law this notion has a three-pronged legal basis in primary law. As clarified by the CJEU in *Land Hessen*<sup>37</sup>, the independence of the judiciary, in the first place, relates to the rule of law, one of the values on which the European Union is founded pursuant to Article 2 TEU, as well as it is a concrete expression of this value under Article 19 TEU which entrusts the domestic courts and tribunals of the Member States with a shared responsibility for ensuring judicial review<sup>38</sup>. Secondly, it refers to Article 47 of the Charter which establishes the right to an independent and impartial judge, which guarantees all the rights conferred to the individuals by EU law<sup>39</sup>. Lastly, the principle of judicial independence is indispensable to the proper working of the judicial cooperation system, by considering that the preliminary ruling mechanism,

NEERGAARD, Ulla B. and NIELSEN, Ruth (eds.) – *European Legal Method in a Multi-Layered Legal Order*, DJOF Publishing, Copenhagen, 2012.

34 See, *inter alia*, CJEU, Grand Chamber, judgments of 17<sup>th</sup> July 2014, Joined cases C-58/13 and C-59/13, *Torresi*, ECLI:EU:C:2014:2088, para. 17; CJEU, Grand Chamber, judgement of 6<sup>th</sup> October 2015, Case C-203/14, *Consorti Sanitari del Maresme*, ECLI:EU:C:2015:664, para. 17; CJEU, judgement of 16<sup>th</sup> February 2017, Case C-503/15, *Margarit Panicello*, ECLI:EU:C:2017:126, para. 27; CJEU, *ASJP*, para. 37.

35 CJEU, Grand Chamber, judgement of 25<sup>th</sup> July 2018, Case C-216/18 PPU, *LM*, ECLI:EU:C:2018:586, para. 48.

36 ROSSI, Lucia Serena – *Fiducia reciproca e mandato d'arresto europeo. Il “salto nel buio” e la rete di protezione*. In *Freedom, Security and Justice: European Legal Studies*, N.º 1, 2021, p. 7.

37 CJEU, judgment of 9<sup>th</sup> July 2020, Case C-272/19, *Land Hessen*, ECLI:EU:C:2020:535, para. 45.

38 To that effect, see also, CJEU, Opinion 1/09, para. 66; CJEU, Grand Chamber, judgments of 3<sup>rd</sup> October 2013, Case C-583/11 P, *Inuit Tapiriit Kanatami and Others v Parliament and Council*, ECLI:EU:C:2013:625, para. 90; CJEU, Grand Chamber, judgment of 28 April 2015, Case C-456/13 P, *T & L Sugars and Sidul Açúcares v. Commission*, ECLI:EU:C:2015:284, para. 45; CJEU, *ASJP*, para. 32.

39 See, *inter alia*, CJEU, *Commission v. Poland (Independence of the Supreme Court)*, para. 47 and 48; CJEU, Grand Chamber, judgment of 26<sup>th</sup> March 2020, Joined cases C-542/18 RX-II and C-543/18 RX-II, *Review Simpson v. Council and HG v. Commission*, ECLI:EU:C:2020:232, para. 70 and 71.

based on Article 267 TFEU, can only be activated by a judge, responsible for applying EU law, who satisfies the criterion of independence<sup>40</sup>.

In its constant jurisprudence, the Court has held that the guarantees of independence and impartiality of the courts and tribunals adjudicating in the fields covered by EU law, require a background of rules relating, in particular, to the composition of the body and the appointment of their members, their length of service, as well as the grounds for abstention, rejection and dismissal<sup>41</sup>. This normative apparatus is the prerequisite for dispelling legitimate doubts that individuals may have about the imperviousness of that body to external factors and pressures, as well as with respect to the guarantee of neutrality towards opposing interests before it<sup>42</sup>.

As highlighted above, a key step in protecting the principle of effective judicial protection is the aforementioned judgment *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*. Translating a “programmatic” norm, such as Article 2 TEU, into a “prescriptive” and enforceable provision by linking it to Article 19 TEU, this judgment constitutes a crucial moment in the constitutionalization of the EU legal order from the perspective of the judiciary control of the rule of law<sup>43</sup>.

The case of the “Portuguese judges” pertaining to a salary reduction had been framed in the Opinion of the Advocate General as a dispute involving budgetary austerity measures in the framework of the European Stability Mechanism (ESM)<sup>44</sup>. Instead, departing from the AG’s arguments on the Charter’s applicability to ESM-related measures and taking a path that is by no means obvious, the Court traced the case back to a question of protection of the rule of law. Using Article 19 TEU as its legal basis, the Court thus affirmed the existence of a competence to intervene directly in the organization of the national judiciary. This was a momentous turning point, intervening in a field that had hitherto been perceived as a prerogative of Member States, deeply rooted in the concept of national sovereignty<sup>45</sup>.

40 Too that effect, see in particular: CJEU, ASJP, para. 43; CJEU, Grand Chamber, judgment of 21<sup>st</sup> January 2020, Case C-274/14, *Banco de Santander*, ECLI:EU:C:2020:17, para. 56.

41 Specifically, to meet the requirement of independence, the Court argues «that dismissals of its members should be determined by express legislative provisions». CJEU, LM, para. 66. See also CJEU, judgment of 9<sup>th</sup> October 2014, Case C-222/13, TDC, ECLI:EU:C:2014:2265, para. 32.

42 CJUE, Grand Chamber, judgement of 2<sup>nd</sup> March 2021, Case C-824/18, *A.B. and others*, ECLI:EU:C:2021:153, para. 117; CJEU, Grand Chamber, judgment of 19<sup>th</sup> November 2019, Joined cases C-585/18, C-624/18 and C-625/18, *A.K. and others.*, ECLI:EU:C:2019:551, para. 123; CJUE, *Commission v. Poland (Independence of the Supreme Court)*, para. 74; CJEU, LM, para. 66; CJEU, Wilson, para. 53.

43 ADAM, Stanislas and VAN ELSUWEGE, Peter – *Lexigence d’indipéncie du judge*, p. 341.

44 Conclusioni dell’Avvocato generale Saugmandsgaard Øe del 18 maggio 2017, causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*.

45 KRAJEWSKI, Michal – *Associação Sindical dos Juizes Portugueses: The Court of Justice and Athena’s Dilemma*. In *European Papers*, N.º 1, 2018, p. 396.



Specifically, the Court extended the scope and strengthened the substantive content of the above-mentioned second subparagraph of Article 19(1) TEU under which effective judicial protection must be provided by Member States «in the *fields covered by Union law*»<sup>46</sup> by including in the scope of this provision matters unrelated to any substantive competence of the European Union. The key factor for falling under jurisdiction of the Court of Justice thus falls within a “functional sphere” relating to the exercise of the national courts’ jurisdictional power as part of the European judiciary<sup>47</sup>. On the other hand, regarding the “substantive sphere”, the Court aligned the provisions of Article 19 TEU with the provisions of Article 47 of the Charter, holding that the latter contains an obligation to guarantee the independence of national judges acting in areas covered by EU law<sup>48</sup>.

In *ASJP*, the CJEU thus established certain criteria regarding the level of judicial remuneration, later confirmed in the *Vindel* judgment. In particular, the Court clarified that – considering the socioeconomic background and the average salaries of civil servants<sup>49</sup> – the level of remuneration must be proportionate with the importance of the functions performed by judges<sup>50</sup>, and such remuneration must be high enough as a guarantee of independent judgments<sup>51</sup>.

This argumentative framework has led to the view that this judgment – while formally dealing with the remuneration of Portuguese judges – was issued with an eye towards the Polish question, with its controversial reforms of the judicial system<sup>52</sup>. In fact, by interpretatively broadening the scope of the principle of judicial independence, this judgment allows for a potential assessment by the CJEU with respect to any provision of

46 Emphasis added.

47 BONELLI, Matteo and Claes, MONICA – *Judicial Serendipity: How Portuguese Judges Came to the Rescue of the Polish Judiciary*. In *European Constitutional Law Review*, N.º 3, 2018, p. 631.

48 BONELLI, Matteo – *Intermezzo in the Rule of Law Play: The Court of Justice's LM Case*. In VON BOGDANDY, Armin and others (eds.), *Defending Checks and Balances*, p. 464.

49 CJEU, judgment of 7<sup>th</sup> February 2019, Case C-49/18, *Vindel*, ECLI:EU:C:2019:106, para. 70.

50 *Ivi*, para. 72 and 74.

51 CJEU, *ASJP*, para. 44 and 45; CJEU, *Vindel*, para. 66. In particular, the concept of independence presupposes, that the body concerned exercises its judicial functions wholly autonomously, without being subject to any hierarchical constraint or subordinated to any other body and without taking orders or instructions from any source whatsoever, and that it is thus protected against external interventions or pressure liable to impair the independent judgment of its members and to influence their decisions.

52 BONELLI, Matteo and CLAES, Monica – *Judicial Serendipity*, p. 622-643; PECH, Laurent and PLATON, Sébastien – *Judicial Independence Under Threat: The Court of Justice to the Rescue in the ASJP case*. In *Common Market Law Review*, N.º 6, 2018, p. 1827-1854; TABOROWSKI, Maciej – *CJEU Opens the Door for the Commission to Reconsider Charges against Poland*. In *Verfassungsblog*, 2018; OVÁDEK, Michal – *Has the CJEU just Reconfigured the EU Constitutional Order?*. In *Verfassungsblog*, 2018; KRAJEWSKI, Michal – *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, p. 402; BONELLI, Matteo – *Intermezzo in the Rule of Law Play*, p. 464; TORRES PÉREZ, Aida – *From Portugal to Poland: the Court of Justice of the European Union as watchdog of judicial independence*. In *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, N.º 1, 2020 p. 105-119.



domestic law that could undermine the independence of the judiciary. Thus, the Polish reforms of the judiciary will subsequently be brought within the scope of EU law.

This interpretation was further reinforced in the *Achmea* judgment. *Achmea* clarifies and strengthens the notion of the autonomy of EU law in the legal system of the European Union, *inter alia*, in the rise of a structured network of principles, by affirming that «EU law is characterised by the fact that it stems from an independent source of law, the Treaties, by its primacy over the laws of the Member States, and by the direct effect of a whole series of provisions which are applicable to their nationals and to the Member States themselves»<sup>53</sup>.

In the resolution of this case, the Court recalled what was set forth in *ASJP* about Article 19(1) TEU and emphasized the role of the principles of mutual trust and loyal cooperation, based on the common values enshrined in Article 2 TEU, in order to ensure in the territories of Member States «the application of and respect for EU law, and to take for those purposes any appropriate measure, whether general or particular, to ensure fulfilment of the obligations arising out of the Treaties or resulting from the acts of the institutions of the EU»<sup>54</sup>.

The role of mutual trust highlighted in the *Achmea* case and its connection to the principle of judicial independence was specified a few weeks later in the *LM* judgment, outlining a new exception to the principle of mutual recognition in EU judicial cooperation in criminal matters.

#### **4. Shaping the principle of independence of the judiciary in preliminary references: the peculiar case of the European arrest warrant**

In its jurisprudence on the application of the framework decision on the European arrest warrant<sup>55</sup> and on the principles of mutual recognition and mutual trust, the CJUE clarified

53 CJEU, Grand Chamber, judgment of 6<sup>th</sup> March 2018, Case C-284/16, *Achmea*, ECLI:EU:C:2018:158, para. 33.

54 CJEU, *Achmea*, para. 34. See also CJEU Opinion 2/13, para. 168 e 173. FANOU, Maria, *The independence and impartiality of the hybrid CETA Investment Court System: Reflections in the aftermath of Opinion 1/17*. In *Europe and the World: A law review*, N.º 1, 2020, p. 11-12. For other comments on the judgment *Achmea* and its impact see *ex plurimis*: SEGOIN, Daniel – *Les accords de protection des investissements conclus entre États membres saisis par le droit de l'Union. Achmea, C-284/16*. In *Revue du droit de l'Union européenne*, N.º 1, 2019, p. 225-238; DASHWOOD, Alan – *Article 26 ECT and intra-EU disputes – the case against an expansive reading of Achmea*. In *European Law Review*, Vol. 46, N.º 4, 2021, p. 415-434; CANDELMO, Claudia – *La sentenza Achmea, un anno dopo: l'impatto sull'ordinamento europeo e il futuro degli intra-EU BITs*. In *Studi sull'integrazione europea*, N.º 2, 2019, p. 447-462; HINDELANG, Steffen – *Conceptualisation and application of the principle of autonomy of EU law: the CJEU's judgment in Achmea put in perspective*. In *European Law Review*, Vol. 44, N.º 3, 2019, p. 383-400.

55 Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States, 2002/584/JHA, Official Journal L 190, 18<sup>th</sup> July 2002, p. 1-20

the consequence of the failure to defend and preserve the common values enshrined in Article 2 TEU. The main goal of this case law is «to prevent the proliferation of rule of law problems and infringements to the right to fair trial»<sup>56</sup> and not to determine whether a domestic provision is violating the principle of judicial independence.

The leading case, in this domain, is the Grand Chamber's judgement *LM*<sup>57</sup>, a preliminary ruling brought by an Irish Court relating to the execution of European arrest warrants issued by Polish courts. In *LM*, The Court of Justice extended the application of the “theory of exceptional circumstances”<sup>58</sup> which takes its cues in *Opinion 2/2013*. The theory represents a rebuttal of the absolute presumption based on mutual trust that Member States are complying with EU law and particularly with the fundamental rights recognised by EU law<sup>59</sup>.

This theory of exceptional circumstances acts as a safety valve to protect the European Union's fundamental values and to support the proper development of the area of freedom, security, and justice. Indeed, as Gerard put it, mutual trust is not innate, thus it cannot be just decreed. Nevertheless, its stability depends, *inter alia*, on «a need to preserve a degree of verticality as a safeguard of trust or, put otherwise, as a way to institutionalize distrust»<sup>60</sup>.

56 BÁRD, Petra – *In courts we trust, or should we? Judicial independence as the precondition for the effectiveness of EU law*. In *European Law Journal*, Vol. 27, 2021, p. 200.

57 See WENDEL, Mattias – *Indépendance judiciaire et confiance mutuelle: à propos de l'arrêt LM*. In *Cahiers de droit européen*, N.º 1, 2019, p. 189-215; KONSTADINIDES, Theodore – *Judicial independence and the Rule of Law in the context of non-execution of a European Arrest Warrant: LM*. In *Common Market Law Review*, N.º 3, 2019, p. 743-769; ZINONOS, Panagiotis – *Arrêt “L.M.” de la Cour de justice: la confiance mutuelle à l'épreuve de la systématique de protection des droits et valeurs fondamentaux en cas de défaillances du système judiciaire d'un État membre*. In *Revue du Droit de l'Union européenne*, N.º 2, 2019, p. 205-222; AMOROSO Daniele and ORZAN Massimo Francesco – *Mandato d'arresto europeo e diritto a un giudice imparziale*. In *Giurisprudenza italiana*, 2018, p. 2075-2077; BÁRD, Petra and VAN BALLEGOOIJ, Wouter – *Judicial independence as a precondition for mutual trust? The CJEU in Minister for Justice and Equality v. LM*. In *New Journal of European Criminal Law*, 2018, p. 353-365; KRAJEWSKI, Michał – *Who is afraid of the European Council? The Court of Justice's cautious approach to the independence of domestic judges*. In *European Constitutional Law Review*, N.º 4, 2018, p. 792-813.

58 This theory was applied for the first time in the area of judicial cooperation in criminal matters, specifically in the context of the European arrest warrant with regard to Article 4 of the EU Charter of Fundamental Rights, in the landmark decision *Aranyosi and Căldăraru*. CJEU, Grand Chamber, judgement of 5<sup>th</sup> April 2016, Joined Cases C-404/15 and C-659/15 PPU, *Aranyosi and Căldăraru*, ECLI:EU:C:2016:198.

59 CJEU, *Opinion 2/13*, para. 191-192. See DI COMITE, Valeria – *Autonomia o controllo esterno? Il dilemma dell'adesione dell'UE alla CEDU alla luce del parere 2/13*. In *La Comunità internazionale*, N.º 2, 2015, p. 223-243; BENOIT-ROHMER, Florence – *À propos de l'avis 2/13 de la Cour de Justice*. In *Revue trimestrielle de droit européen*, N.º 3, p. 593-611; PICOD, Fabrice – *La Cour de justice a dit non à l'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH – Le mieux est l'ennemi du bien, selon les sages du plateau du Kirchberg*. In *La Semaine Juridique – édition générale*, N.º 6, 2015 p. 230-234; VEZZANI, Simone – *L'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione Europea. Riflessioni all'indomani del parere 2/13 della Corte di giustizia*. In *Rivista di diritto internazionale*, 2016, p. 68-116; SPAVENTA, Eleanor – *A Very Fearful Court? The Protection of Fundamental Rights in the European Union after Opinion 2/13*. In *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, N.º 1, 2015, p. 35-56.

60 GERARD, Damien – *Mutual Trust as Constitutionalism*. In BROUWER, Eveline and GERARD, Damien (eds.), *Mapping Mutual Trust: Understanding and Framing the Role of Mutual Trust in EU Law*. In *EUI Working Paper MWP*,

For the purpose of this work, the ruling in *LM* is interesting mainly for two reasons. In the first place, the Court develops the reasoning relating to the meaning of the concept of independence of judges, starting precisely from what was stated in the judgment *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*. Secondly, the Court of Justice sets a new limit to the execution of the EAW<sup>61</sup>, if it is ascertained the existence of a concrete risk of violation of the requested person's right to an independent judge, protected by Article 47(2) of the EU Charter.

Regarding the interpretation of the notion of the independence of the judiciary, one of the most significant aspects of *LM* is that the Court expanded its perspective on the constituents that compose and validate judicial independence beyond the particular case brought by the Irish High Court. Specifically, after reaffirming the elements highlighted in its previous case law concerning personal and institutional guarantees of independence and impartiality<sup>62</sup>, the CJEU states that «the requirement of independence also means that the disciplinary regime governing those who have the task of adjudicating in a dispute must display the necessary guarantees in order to prevent any risk of its being used as a system of political control of the content of judicial decisions»<sup>63</sup>. This attention on disciplinary regime can be considered a consequence of the Polish context, set in continuity with the reasoned proposal made by the European Commission under Article 7(1) TEU<sup>64</sup>. Indeed, in this part of the judgment, the Grand Chamber underlines the need for a system of guarantees to protect the independence of the judiciary, which includes rules that outline disciplinary offenses and their corresponding penalties, involves an impartial body, follows a procedure that protects the rights enshrined in Articles 47 and 48 of the EU Charter (especially the rights of the defence), and allows for legal challenges to the decisions made by disciplinary bodies<sup>65</sup>.

Concerning the limitation on the execution of the European arrest warrant set in *LM*, on the other hand, the Court established the possibility of derogating from the obligation to surrender if it is established that there is a real risk of violation of the requested person's right to an independent judge. In reaching this conclusion, the Court based its reasoning on the interpretative connection between the right to a fair trial and the protection of the

N.º 13, 2016, p. 78. To learn more about the topic of mutual trust in the context of judicial cooperation in criminal matters, please refer to MARGUERY, Tony – *Rebuttal of Mutual Trust and Mutual Recognition in Criminal Matters: Is 'Exceptional' Enough?*. In *European Papers*, Vol. 1, N.º 3, 2016, p. 943-963.

61 The grounds for mandatory and optional non-execution of the European arrest warrant are listed exhaustively in Articles 3 and 4 of the Framework Decision 2002/584/JHA.

62 CJEU, *LM*, para. 63-66.

63 *LM*, para. 67.

64 BIERNAT, Stanisław and FILIPEK, Paweł – *The Assessment of Judicial Independence*, p. 410.

65 CJEU, *LM*, para. 67.

values enshrined in Article 2 TEU, using the principle of judicial independence as a bridge between the two provisions<sup>66</sup>.

In reference for a preliminary ruling, the Irish court raised several interpretative questions about the Framework Decision 2002/584/JHA in relation to the ongoing Article 7 TEU proceedings against the issuing Member State<sup>67</sup>, arguing about the inconsistency of the “wide and unchecked powers” of the Polish judicial system with those of a democratic State subject to the rule of law<sup>68</sup>. The referring court held, therefore, that there was «a real risk of the person concerned being subjected to arbitrariness in the course of his trial in the issuing Member State»<sup>69</sup>.

It is useful to recall that, as stated in recital 10 of the Framework Decision 2002/584/JHA, the EAW mechanism of surrender may be suspended to a Member State only when the European Council has adopted a decision under Article 7(2) TEU that determines the existence of a serious and persistent breach in the issuing Member State of the common values enshrined in Article 2 TEU. This decision must be followed by an explicit suspension by the Council of the application of Framework Decision 2002/584/JHA, adopted in accordance with the procedure provided for in Article 7(3)<sup>70</sup>. Therefore, in such a circumstance, the executing judicial authority would be obligated to an automatic rejection of any European arrest warrant issued by that Member State.

This differs when, as in the present case, the issuing Member State is the subject of a reasoned proposal under Article 7(1) TEU. According to the Court of Justice the execution of the EAW remains the rule. Such execution may be suspended or refused only in exceptional circumstances, through an analysis of the concrete case that ascertains whether the essential content of the requested person’s fundamental right to a fair trial will predictably be violated. This evaluation is to be conducted using the *two-step test*, namely a two-stage control methodology developed in *Aranyosi e Căldăraru*<sup>71</sup>, a methodology that in *LM* the Court adapted to the peculiarities of Article 47 of the Charter. Therefore, on this

66 C. DUPRÉ, *The Rule of Law, Fair Trial and Human Dignity: The Protection of EU Values After LM*, in VON BOGDANDY, Armin and others, *Defending Checks and Balances*, p. 443-454.

67 CJEU, *LM*, para. 25.

68 *Ivi*, para. 22.

69 *Ibidem*.

70 *Ivi*, para. 72.

71 For an analysis of the two-step test developed by the CJUE, allow me to refer to COLAVECCHIO, Giulia – *Il rispetto dei diritti fondamentali nell'esecuzione del mandato d'arresto europeo: l'evoluzione del two-step test e il ruolo degli organismi di prevenzione della tortura*. In *Ordine internazionale e diritti umani*, N.º 5, 2021, p. 1302-1326.

occasion as well, the CJEU merely sets general and abstract interpretative criteria, leaving the burden of applying them in relation to the concrete case to the executing authority<sup>72</sup>.

Moving to the operation of this two-step test, as a first stage, the executing judicial authority must determine the extent to which systemic or generalized deficiencies relating to the independence of judges in the issuing Member State may have an impact on the judicial authorities having jurisdiction over the proceedings to which the person in question will be subjected<sup>73</sup>. In the second step, in dialogue with the issuing authority which is required to provide any necessary supplementary information<sup>74</sup>, the executing judicial authority will have to ascertain the eventual existence of «substantial grounds for believing that he will run a *real risk* of breach of his fundamental right to an independent tribunal and, therefore, of the essence of his fundamental right to a fair trial» individually.<sup>75</sup> Considering that the right to a fair trial guaranteed by Article 47(2) of the Charter is not an absolute right<sup>76</sup>, in carrying out this assessment, the judge is required to balance the rights, interests, and objectives involved, taking into account the personal situation of the requested person, together with the type of crime he is being charged with and the factual context that form the basis of the EAW<sup>77</sup>.

The reasoning of the Court in *LM*, especially related to this second part of the test, was widely criticized by scholars<sup>78</sup>, since, as noted, «demonstrating individual concern is extremely burdensome for suspects and convicted persons and close to impossible to prove»<sup>79</sup>. However, the *LM* test was corroborated by the Court's Grand Chambre subsequent

72 DE AMICIS, Gaetano – *Stato di diritto, garanzie europee di indipendenza della magistratura e cooperazione giudiziaria penale: quadri di un'esposizione in fieri*. In *Sistema Penale*, 2021, p. 24.

73 CJEU, *LM*, para. 74.

74 *Ivi*, para. 76-77.

75 *Ivi*, para. 75, emphasis added.

76 Differently from the absolute prohibition of torture and inhuman and degrading treatment enshrined in Article 4 of the EU Charter of fundamental rights against which, as seen in the case law branch starting from *Aranyosi and Căldăraru*, for which no balancing is possible.

77 CJEU, *LM*, para. 79.

78 FRĄCKOWIAK-ADAMSKA, Agnieszka – *Drawing Red Lines with No (Significant) Bites: Why an Individual Test Is Not Appropriate in the LM Case*. In VON BOGDANDY, Armin and others (eds.), *Defending Checks and Balances*, p. 443-454; BÁRD, Petra and MORIJN, John – *Luxembourg's Unworkable Test to Protect the Rule of Law in the EU: Decoding the Amsterdam and Karlsruhe Courts' post-LM Rulings (Part I)*. In *Verfassungsblog*, 2020.

79 BÁRD, Petra – *In courts we trust*, p. 200. The Author also argued that: «The test developed by the CJEU in these cases is not achievable, and it is highly questionable whether it makes sense for the executing court to engage in a dialogue with the issuing court regarding its own independence, as prescribed by the *LM* test».

jurisprudence *L and P*<sup>80</sup> and *X and Y*<sup>81</sup>. Both cases related to the independence of the issuing judicial authority in Poland<sup>82</sup>.

In the judgment *L and P*, following the opinion of Advocate General Sánchez-Bordona<sup>83</sup>, the Court has decided that even if the executing judicial authority has evidence highlighting systemic or generalized violations concerning the independence of the judiciary, it is not possible to presume a violation of the right to a fair trial by automatically denying the qualification of the issuing judicial authority under Article 6(1) of the Framework Decision 2002/584/JHA<sup>84</sup>. Indeed, as pointed out by the AG, an opposite solution would create a double criticality: on the one hand, it could create a situation of impunity, with a prejudice of crime victims' rights; on the other hand, it would tend to undermine the professional activity of all judges in the Member State at stake, making their participation in sensitive areas such as criminal cooperation mechanisms impossible<sup>85</sup>. The impairment of the professional work of every judge in the concerned Member State would affect the horizontal dialogue between national judges in the EU judicial cooperation, nonetheless, to its extreme consequences. It would also jeopardise the system of preliminary reference established by Article 267 TFEU, which presupposes that the referring judicial authority is qualified as independent.

In *X and Y* the Court reconfirms the application of the *LM two-step test*, through a not easy balancing between protecting the requested person's rights and guarantees of a fair trial with the safeguard of the proper functioning of the instruments of EU judicial cooperation in criminal matters in the current Polish context, in compliance with the

80 CJUE, Grand Chamber, judgment of 17<sup>th</sup> December 2020, Joined cases C-354/20 PPU and C-412/20 PPU, *L and P*, ECLI:EU:C:2020:1033. For a comment see FRACKOWIAK-ADAMSKA, Agnieszka – *Trust until it is too late! Mutual recognition of judgments and limitations of judicial independence in a Member State: L and P*. In *Common Market Law Review*, Vol. 59, Issue 1, 2022, p. 113-150; ROSANÒ, Alessandro – *The road not taken? Recenti sviluppi sulla nozione di autorità giudiziaria emittente nell'ambito del mae*. In *La legislazione penale*, 2021, p. 1-19; GIACOMETTI, Mona – *Les défaillances systémiques concernant l'indépendance du pouvoir judiciaire polonais: un coup d'arrêt à l'exécution des mandats d'arrêt européens émis par la Pologne?*. In *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, N.º 3, 2021, p. 677-692.

81 CJEU, Grand Chamber, judgment of 22<sup>nd</sup> February 2022, Joined cases C-562/21 PPU and C-563/21 PPU, *X e Y*, ECLI:EU:C:2022:100.

82 The LM test was confirmed by the Grand Chamber of the Court also in a context very different from the Polish, but equally sensitive related to the Catalan question. See CJUE, Grand Chamber, Judgement of 31 January 2023, Case C-15/21, *Puig Gordi and Others*, ECLI:EU:C:2023:57, para. 97-98.

83 Opinion of Advocate General Sánchez-Bordona delivered on 12<sup>th</sup> November 2020, Joined cases C-354/20 PPU and C-412/20 PPU, *L and P*, ECLI:EU:C:2020:925, para. 48. According to the Advocate General opinion the individual assessment required by the two-step test cannot be disregarded even in cases of aggravated systemic or generalized deficiencies in the independence of judges in the issuing State.

84 CJUE, *LM*, para. 41-42.

85 Opinion of Advocate General Sánchez-Bordona, *L and P*, para. 52.

jurisprudence of the European Court of Human Rights<sup>86</sup>. In this case, the referring court of Amsterdam failed for the second time in its attempt to ask the Court of Justice a broader interpretation of the grounds for refusal of the EAW with regard to the violation of Article 47 of the Charter and the respect for the principles of the rule of law<sup>87</sup>. Therefore, also on this occasion, the two-step test did not turn into a *quick step test*<sup>88</sup> of a more general application.

This ruling, however, is endowed with its own relevance, adding a further element with regard to the interpretation of the right to a fair trial before a judge established by law, which is intimately related to the requirements of independence and impartiality.<sup>89</sup>

According to the referring court of Amsterdam, Polish judicial reforms, particularly with respect to the system of judicial appointments, have significantly undermined the independence of that State's judiciary affecting the right to a fair trial. This court argued that the KRS<sup>90</sup> can no longer be regarded as an independent entity<sup>91</sup>, and thus, in the Polish system, the defendant would not have access to any effective legal remedy to contest the validity of the judicial appointment<sup>92</sup>.

In this judgment, the CJUE provides a non-exhaustive list of elements that the executing judicial authority should consider in the evaluation of the impartiality and independence of the court's members<sup>93</sup>, with the imposition of several and hardly feasible

86 With reference to the rulings of the European Court of Human Rights: ECHR, judgment of 1st December 2020, *Ástráðsson v. Islanda*; ECHR, judgment of 22nd July 2021, *Reczkowicz v. Polonia*; ECHR, judgment of 9<sup>th</sup> July 2019, *Castano v. Belgio*; ECHR, judgment of 2<sup>nd</sup> May 2019, ECHR, *Pasquini v. San Marino*; ECHR, judgment of 8<sup>th</sup> July 2014, *Biagioli v. San Marino*.

87 WAHL, Thomas – CJEU: *No Carte Blanche to Refuse EAWs from Poland*. In *Eucrime*, Issue 1, 2022, p. 34.

88 VANDAMME, Thomas – “The two-step can't be the quick step”: *The CJEU reaffirms its case law on the European Arrest Warrant and the rule of law backsliding*. In *europeanlawblog.eu*, 10 February 2021.

89 CJUE, *X and Y*, para. 55-58 and 69.

90 The KRS (*Krajowa Rada Sądownictwa*) is the Polish National Council of the Judiciary.

91 Indeed, in the present case, it was not possible to rule out the possibility that Polish judges appointed at the request of the KRS, in accordance with the procedure set forth in the Law amending the Law on the National Council of the Judiciary and certain other laws of 8 December 2017 (*ustawa o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa oraz niektórych innych ustaw*), had participated in the prosecution of one of the requested persons and could participate in the prosecution of the other requested person after their surrender to Poland.

92 CJEU, *X and Y*, para. 28. In addition, note that following the entry into force on 14 February 2020 of the Law amending the Law on the organisation of the ordinary courts, the Law on the Supreme Court and certain other laws of 20 December 2019 (*ustawa o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych, ustawy o Sądzie Najwyższym oraz niektórych innych ustaw*), Polish judges cannot challenge the validity of a judge's appointment or the lawfulness of the performance of that judge's judicial functions.

93 According to the Court, during the first phase of the test, the executing judicial authority should examine the information contained in the reasoned proposal submitted by the European Commission to the Council under Article 7(1) of the TUE, the relevant case law on the independence of the Polish judiciary and the case law of the European Court of Human Rights. In addition, a relevant factor is encompassed by the constitutional case law of the issuing Member State, which challenges the primacy of EU law, the binding nature of the ECHR and the binding force of judgments of the CJEU and of the European Court of Human Rights. See CJUE, *X and Y*, para. 78-80.

duties for the requested person to produce evidence<sup>94</sup> in the second phase of the *LM* test<sup>95</sup>. Such evidence provided by the defence can be, if necessary, supplemented by additional information provided by the issuing authority pursuant to Article 15(2) of the Framework Decision 2002/584<sup>96</sup>.

## 5. Further developments in the interpretation of the principles of judicial independence and impartiality on the basis of the *Polish saga*

The analysis of the jurisprudence of the EU Court of Justice in the area of the European Arrest Warrant shows quite clearly the limits of the preliminary ruling procedure in stemming the rule of law backsliding. A further limit is constituted by the lack of political will, which can be detected both in the institutions of the European Union and in the governments of the Member States, and, even more so, in the Polish government<sup>97</sup>. A clear example of this lack of political will to put into practice the values common to the EU Member States is the adoption by the Polish Parliament of a law intended to ensure that disciplinary measures are taken against judges who question the validity of the appointments of other judges or the legitimacy of a constitutional body<sup>98</sup>, the so-called “muzzle law”. This law was adopted during the dialogue between the Court of Justice of the European Union and the Chamber of Labour and Social Security of the Polish Supreme Court concerning the independence of the Disciplinary Chamber of the Polish Supreme Court and that of the National Council of the Judiciary, in the framework of the case *A.K.*<sup>99</sup>.

Famously, the judgment *A.K.* stated that cases concerning the application of EU law cannot be under the exclusive jurisdiction of a court that is not an independent and impartial tribunal, pursuant to the right to an effective remedy as enshrined in Article 47

94 WAHL, Thomas – *CJEU: No Carte Blanche to Refuse EAWs from Poland*. In *Eucrime*, Issue 1, 2022, p. 34.

95 CJUE, *X and Y*, para. 83.

96 *Ivi*, para. 84.

97 On the topic see MORI, Paola – *La questione del rispetto dello Stato di diritto in Polonia e in Ungheria: recenti sviluppi*. In *Federalismi.it*, N.º 8, 2020, p. 165-210; BOGDANOWICZ, Piotr – *The Court of Justice in Defense of the Independence of the Polish Supreme Court*. In *Quaderni costituzionali*, N.º 4, 2019, p. 920-923; PAULIAT, Hélène – *Abaissement de l'âge de la retraite des magistrats: une atteinte à l'indépendance de la justice reconnue en Pologne*. In *La Semaine Juridique – édition générale*, N.º 29, 2019, p. 1424-1428; BOGDANOWICZ, Piotr and TABOROWSKI, Maciej – *How to save a supreme court in a rule of law crisis: the Polish experience*. In *European Constitutional Law Review*, Vol. 16, Issue 2, 2020, p. 306-327; CAPPUCCIO, Laura – *Stato diritto e difesa dell'indipendenza della magistratura in una recente pronuncia della Corte di giustizia*. In *Quaderni costituzionali*, N.º 2, 2019, p. 470-472; CURTI GIALDINO, Carlo – *La Commissione europea dinanzi alla crisi costituzionale polacca*. In *Federalismi.it*, N.º 12, 2016, p. 1-26.

98 The *Ustawa z dnia 20 grudnia 2019 r. o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych, ustawy o Sądzie Najwyższym oraz niektórych innych ustaw* (Act of 20 December 2019 amending the Act – Law on the Common Courts Organization, the Act on the Supreme Court and certain other acts), entry into force on 14<sup>th</sup> February 2020.

99 BÁRD, Petra – *In courts we trust*, p. 199.



of the EU Charter, and, in the present case, in the framework of the right to equal treatment in employment and occupation enshrined in Article 9(1) of Directive 2000/78/CE<sup>100</sup>.

In this ruling, the Court developed an *independence test*, consisting of a list of the elements that the referring court must evaluate in order to determine whether or not the concerned body has the characteristics to be considered a court or tribunal under Union law, and therefore whether it meets the necessary requirements of independence and impartiality. In particular, the elements above are: 1. the objective circumstances in which the concerned body was formed; 2. its peculiar characteristics; 3. the way in which its members have been appointed is likely to generate legitimate doubts; 4. its imperviousness to external factors; including any kind of interference by the executive and legislative powers; 5. the neutrality of the body with respect to the interests before it<sup>101</sup>.

With regard to this last element, embodied in the principle of impartiality, the CJEU clarified that what is at stake is the trust that judges must inspire in individuals, and firstly in the parties to the proceedings. This is crucial for the functioning of a democratic society, and in building this trust even appearances may be of a certain importance<sup>102</sup>.

The Court's approach to this case has not been exempt from criticism by those who consider it to be at least an incomplete instrument as it does not include, for instance, an *established by law test*<sup>103</sup>. Nevertheless, that approach has the merit of adding another piece to the interpretation of the European Union autonomous concept of independence and impartiality of the judiciary and of possibly avoiding a proliferation of requests for preliminary rulings on the status of various judicial bodies in the Member States.

Although the Court refrained from judging the independence and impartiality of a Polish judicial body on its merits, as previously affirmed, the factual application of the

100 Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, OJ L 303, 2.12.2000, p. 16-22

101 CJEU, *A.K. and others*, para. 171. For a comment see: LE LOUP, Mathieu – *An uncertain first step in the field of judicial self-government*. *ECJ 19 November 2019, joined cases C-585/15, C-624/18 and C-625/18, A.K., CP and DO*. In *European Constitutional Law Review*, N.º 1, 2020, p. 145-169; KRAJEWSKI, Michał and ZIÓŁKOWSKI, Michał – *EU judicial independence decentralized: A.K.* In *Common Market Law Review*, N.º 4, 2020, p. 1107-1138. (ES)

102 See CJUE, *A.K. and others*, para. 128. Outside the Polish context, the Court of Justice in the *Wagenknecht* judgment had occasion to reaffirm that «there are two aspects to the requirement of impartiality, guaranteed in Article 47 of the Charter. First, the members of the court or tribunal must themselves be subjectively impartial, that is, none of its members may show bias or personal prejudice, there being a presumption of personal impartiality in the absence of evidence to the contrary. Secondly, the court or tribunal must be objectively impartial, that is to say, it must offer guarantees sufficient to exclude any legitimate doubt in this respect». CJEU, judgment of 24<sup>th</sup> March 2022, Case C-130/21 P, *Wagenknecht v. Commission*, 2022 ECLI:EU:C:2022:226, para. 16. See also CJEU, judgment of 4 December 2019, case C-413/18 P, *H v. Council*, ECLI:EU:C:2019:1044, paragraph 55; CJEU, judgement of 1<sup>st</sup> July 2008, Joined cases C-341/06 P and C-342/06 P, *Chronopost and La Poste/UFEX*, ECLI:EU:C:2008:375, para. 54.

103 FILIPEK, Paweł – *Only a Court Established by Law Can Be an Independent Court: The ECJ's Independence Test as an Incomplete Tool to Assess the Lawfulness of Domestic Courts*. In *Verfassungsblog*, 2020.

independence test developed in *A.K.* was scuttled when the “muzzle law” entered into force. Indeed, Polish courts were forced to choose between disapplying the national law facing the consequences of a disciplinary procedure or violating EU law<sup>104</sup>.

It is worth mentioning that the “muzzle law” is currently under scrutiny by the Court of Justice in an infringement procedure started by the Commission against Poland. Following this procedure, the Advocate General Collins, in his Opinion, proposes, *inter alia*, the Court to rule that the domestic provisions which are the object of the action are liable to affect the competence of the Polish courts to monitor compliance with the requirements concerning an independent and impartial judge, established by law, in violation of the combined provisions of the second subparagraph of Article 19(1) TEU and Article 47 of the EU Charter<sup>105</sup>.

Furthermore, the AG suggested that Poland has failed to fulfil its obligations under the second subparagraph of Article 19(1) TEU by conferring the jurisdiction to rule on cases directly affecting the status and performance of judges and trainee judges on the Disciplinary Chamber, as the latter does not meet the necessary requirements of independence and impartiality<sup>106</sup>.

## 6. Concluding remarks

Since *ASJP*, the interpretative evolution of the notions of judicial independence and effective judicial protection has raised questions regarding whether the CJEU is operating a reconfiguration of the EU constitutional order<sup>107</sup>.

The authority and legitimacy of courts in the division of powers come from two principal sources: their independence and impartiality and the quality of their reasoning. Whether domestic courts have operated, as Lenaerts noted, as the “gatekeepers” of the rule of law within the EU<sup>108</sup>, the current retrogression of the guarantees of the rule of law should not be underestimated. Indeed, due to the interconnection of the EU legal system, the weakness of the legal protection in any Member State involves the whole European

104 Questo ha creato una diffusa situazione di incertezza con ampie conseguenze sul sistema giudiziario polacco. See ANGELI, Arianna – *Il principio di indipendenza e imparzialità degli organi del potere giudiziario nelle recenti evoluzioni della giurisprudenza europea e polacca*. In *Federalismi.it*, N.° 4, 2021, particularly p. 10-14.

105 Opinion of Advocate General Collins delivered on 15<sup>th</sup> December 2022, Case C-204/21, *Commission v. Poland (Indépendance et vie privée des juges)*, ECLI:EU:C:2022:991, para. 147.

106 *Ivi*, para. 213.

107 OVÁDEK, Michal – *Has the CJEU*.

108 LENAERTS, Koen – *New Horizons for the Rule of Law Within the EU*. In *German Law Journal*, Vol. 21, Special Issue 1, 2020, p. 31.

Union. Safjan expressed it best when he stated that the «collapse of the rule of law in any Member State is tantamount to a rupture in the legal space of the European Union»<sup>109</sup>.

The jurisprudence of the Court of Justice analysed so far has been clearly guided by the common values enshrined in Article 2 TEU, which, as affirmed by the Court in Opinion 2/13, are shared among all Member States and on which mutual trust between them is based<sup>110</sup>. Nevertheless, the jurisprudence of the Court of Justice alone cannot suffice in protecting the rule of law, of which judicial independence is an essential component. The European institutions, such as the Commission, the Council and the European Parliament, must necessarily work in unison using all the political and jurisdictional instruments at their disposal.

With respect to the issues discussed above, it should also be noted that in the area of EU judicial cooperation in criminal matters, with a very (perhaps too much) respectful attitude towards the institutional architecture of the Union, the CJEU's jurisprudence has not credited the hypothesis of a *de facto* suspension of the application of European Arrest Warrant surrender procedures in a background characterized by systemic deficiencies in judiciary independence. The CJEU has therefore decided (at this time) not to try to vicariously lambaste the impasse of the procedures undertaken under Article 7 TEU.

Furthermore, one may wonder whether the efforts undertaken by the Court in order to protect national judges from political scrutiny, including the interim measures taken in the framework of the infringement proceedings opened against Poland<sup>111</sup>, can have a positive outcome, in a degenerate situation, such as that in Poland, which can be framed as a *legal black hole*, with respect to which it might be more appropriate to speak of a rule of law *breakdown* instead of a rule of law *backsliding*<sup>112</sup>. A small step forward was taken by Poland with the abolition of the Disciplinary Chamber by amending the law on the Supreme Court, which took effect on 15 July 2022<sup>113</sup>. However, doubts remain about the independence of the Chamber of Professional Responsibility, the body replacing the

109 SAFJAN, Marek – *The Rule of Law and the Future of Europe*. In *Il Diritto dell'Unione europea*, N.º 3, 2019, p. 432.

110 CJUE, Opinion 2/13, para. 168.

111 Order of the Vice-President of the Court, 27 October 2021, case C-204/21, *Commission v. Poland (Indépendance et vie privée des juges)*, ECLI:EU:C:2021:878; Order of the Vice-President of the Court, 6 October 2021, case C-204/21, *Commission v. Poland (Indépendance et vie privée des juges)*, ECLI:EU:C:2021:834; Order of the Vice-President of the Court, 14 July 2021, case C-204/21, *Commission v. Poland (Indépendance et vie privée des juges)*, ECLI:EU:C:2021:593; Order of the Court, Grand Chamber, 8 April 2020, case C-791/19, *Commission v. Poland (Régime disciplinaire des juges)*, ECLI:EU:C:2020:277; Order of the Court, Grand Chamber, 17 December 2018, text rectified by order of 2 July 2019, case C-619/18, *Commission v. Poland (Independence of the Supreme Court)*, ECLI:EU:C:2018:1021; Order of the Vice-President of the Court, 19 October 2018, case C-619/18, *Commission v. Poland (Independence of the Supreme Court)*, ECLI:EU:C:2018:852.

112 PECH, Laurent – *7 Years Later: Poland as a Legal Black Hole*. In *Verfassungsblog*, 2023.

113 As part of the strategy to release the more than 35 billion euros from the recovery fund frozen by the Commission in connection with the failure to meet commitments to protect the rule of law, and also to bring to

Disciplinary Chamber. These doubts mainly concern the system of judges' appointment, still under an important political influence; the failure to remove the Chamber's authority power to discipline judges who inquire about the independence of another judge following a request from the parties in a litigation; and the lack of an effective mechanism to reinstate judges who were previously suspended<sup>114</sup>.

In conclusion, a profound evolution of the principle of independence of the judiciary emerges in case law, albeit with some limits, through the establishment of new standards and methodologies for their verification in the jurisprudence of the Court of Justice, which are binding to all Member States. This evolutive interpretation was mainly made possible by the previously underused potential of the joint application of Articles 2 TEU, 19(1) TEU and 47 of the EU Charter, which concretized the value of the rule of law by linking it to the operation of the principle of the effective judicial protection and the right to a fair trial, specifically the principle of judicial independence. In addition, these developments have contributed to further improving and defining the very nature of the judicial dialogue between the Court of Justice and the domestic courts, conceived as part of a single and autonomous system of judicial protection, at least when their relationship is not compromised by a specific opposite political will. The jurisdictional development of the principle of independence of the judiciary thus remains deeply anchored to the prerogatives of the European Union, with the Court's interpretive action falling within the limits imposed by the Treaties.

---

an end the daily penalty payment in an amount of 1 million being ordered by the European Court of Justice with the interim measure with the order of the Vice-President of the Court of 27<sup>th</sup> October 2021.

114 BLUETT, Kristie, CAMERON, Jasmine D. and CULLINANE, Scott – *Poland's Judicial Reform Falls Short of EU Expectations, Complicating Cooperation Against Russia*. In *Just Security*, 3 October 2022.

# The right to lawyer-client confidentiality: a plea for common standards in eu cross-border criminal proceedings

O direito à confidencialidade entre advogado e cliente: standards comuns nos processos crime transnacionais

LORENA BACHMAIER WINTER<sup>1</sup>

---

GALILEU - REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA · e-ISSN 2184-1845

Volume XXIV · 1<sup>st</sup> January Janeiro – 31<sup>st</sup> December Dezembro 2023 · pp. 39-56

DOI: <https://doi.org/10.26619/2184-1845.XXIV.1/2.3>

Submitted on April 1<sup>st</sup>, 2023 · Accepted on July 31<sup>st</sup>, 2023

Submetido em 1de Abril, 2023 · Aceite a 31 de julho, 2023

---

**SUMMARY:** 1. Introduction. 2. Brief overview of the case law of the ECtHR on the right to lawyer-client confidentiality and the protection against interferences in criminal investigations. 2.1 Interception of telephone communications. 2.2 Entry, search and seizure in lawyer's offices. 2.3 Lawyer summoned as witness against the client. 3. Lawyer-client privilege and the European Investigation Order. 4. Concluding remarks

**KEYWORDS:** lawyer-client; confidentiality; criminal investigations; European Investigation Order.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Breve visão geral da jurisprudência do TEDH sobre o direito à confidencialidade advogado-cliente e à proteção contra interferências em investigações criminais. 2.1 Interceção de comunicações telefónicas. 2.2 Entrada, busca e apreensão em escritórios de advogados. 2.3 Advogado convocado como testemunha contra o cliente. 3.

**PALAVRAS-CHAVE:** advogado-cliente: confidencialidade; investigações criminais; Ordem Europeia de Investigação.

---

<sup>1</sup> *Catedrática Derecho Procesal. Universidad Complutense Madrid.*

## 1. Introduction

The European Convention on Human Rights does not expressly guarantee the right of a defendant to communicate confidentially with his defence attorney, but this right is enshrined in the fair trial safeguards of Article 6 ECHR.<sup>2</sup> The Court has been very attentive when it comes to protect this right, and along its case-law the content and scope of the right to lawyer-client confidentiality has been defined. The Strasbourg Court has repeatedly declared that the lawyer-client privilege and the confidentiality of their communications is the basis of the relationship of trust that must exist between the lawyer and his client, and the safeguarding of professional secrecy is the corollary of the right to legal assistance and the right against self-incrimination.<sup>3</sup> The confidentiality of the communications of a person with a lawyer in the context of the legal assistance falls within the scope of private life and the ECtHR has consistently recognized that the right of the accused to communicate with his lawyer without being heard by a third party is one of the core elements of the right to a fair trial in a democratic society.<sup>4</sup> This right is set out in Article 6 (3) (c) ECHR and covers direct oral communications, as well as postal communications, by telephone, or by way of any electronic system.

The aim of this article is to make a plea for the protection of the lawyer-client privilege at the European Union level. While certain common standards have been set out by the ECtHR, there are still important differences in the protection of the right to lawyer-client confidentiality at the national level.<sup>5</sup> Such asymmetries entail important risks in transnational criminal proceedings and leading to blatant violations of this right in the context of cross-border evidence gathering.

To advance towards an EU legislative framework, it is important to stake stock of the content of the right to lawyer-client confidentiality in the European landscape and therefore this article will begin presenting an overview of the caselaw of the ECtHR on lawyer client privilege in connection to with the measures adopted in criminal investigations.<sup>6</sup> I will be very briefly summarise the ECtHR case-law about the interception

2 This article elaborates further on previous findings and publications by the author on the topic of the lawyer-client privilege. This article has been written within the of the research project «Proceso penal transnacional, prueba y derecho de defensa en el marco de las nuevas tecnologías y el espacio digital» (PID2019-107766RB-I00), financed by the Spanish Ministry of Science and Innovation.

3 On the *lawyer-client privilege* in the USA, see the comprehensive reference book of E. Epstein, *The Attorney-Client Privilege and the Work-Product Doctrine*, ABA Publishing, Chicago, 2017.

4 See for example, ECtHR *S. v. Switzerland*, para. 48; Appl. nos. 12629/87 y 13965/88, 28 November 1991, para. 48.

5 For a broad comparative law approach see L. Bachmaier Winter, S. Thaman, and V. Lynn, (eds.), *The Right to Counsel and the Protection of Attorney-Client Communications in criminal proceedings. A Comparative View*, Cham, Springer 2020.

6 On this topic, see L. Bachmaier, “Lawyer-client privilege en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, in L. Bachmaier (ed.), *Investigación penal, secreto profesional del abogado, empresa y nuevas tecnologías. Retos y soluciones jurisprudenciales*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 21-79.

of communications of lawyers, the entry and search in lawyers' offices, and the position of the lawyer as witness against his/her client. At the sight of these standards defined by the Strasbourg Court, some of the problems that might appear in cross-border criminal proceedings regarding the lawyer-client privilege in the gathering of evidence and the executing of European Investigation Orders (EIO) will be pointed out. Finally, I will argue that the European Union law should address the need to effectively protect the right to lawyer-client confidentiality in transnational criminal proceedings.

## **2. Brief overview of the case law of the ECtHR on the right to lawyer-client confidentiality and the protection against interferences in criminal investigations**

The right to confidentiality of the lawyer-client communications is recognized in numerous recommendations of the Council of Europe and resolutions of its Parliamentary Assembly, such as the *Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners* (Article 93),<sup>7</sup> as well as in the United Nations the *Basic Principles on the Role of Lawyers* adopted in 1990.<sup>8</sup> Council of Europe Recommendation Rec (2000) 21<sup>9</sup> urges the governments of the Member States to take all necessary measures “to ensure the respect of the confidentiality of the lawyer-client relationship. Exceptions to this principle should be allowed only if compatible with the Rule of Law.”<sup>10</sup> Further, the CoE Recommendation Rec 2085 (2016) *Strengthening the protection and role of human rights defenders in Council of Europe Member States*<sup>11</sup> also recommends that the members States take actions to strengthen the role of human rights defenders and to increase their protection.<sup>12</sup>

The Court has highlighted that it is clearly in the general interest that any person who wishes to consult a lawyer is free to do so under conditions which favour full

7 Annex to the Resolution (73) 5 of the Committee of Ministers of 19.1.1973, accessible at: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804fac9a>

8 *Basic Principles on the Role of Lawyers* adopted on 7 September 1990, at the Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, La Habana (Cuba); ONU Doc. A/CONF.144/28/Rev.1 p. 118 (1990), para 22: “Governments shall recognize and respect the confidentiality of all communications and consultations between lawyers and their clients, within the framework of their professional relationship.”

9 Recommendation (2000)21, *On the freedom of exercise of the profession of lawyer*, adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe, 25 October 2000.

10 See principle I.6.

11 Recommendation Rec 2085 (2016) of 28 January 2016, accessible at: <https://pace.coe.int/en/files/22501/html>.

12 The Resolution of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe 2095 (2016) *Strengthening the protection and role of human rights defenders in Council of Europe member States* of the same date contains the same recommendation. Accessible at: <https://pace.coe.int/en/files/22500/html>.

and uninhibited discussion.<sup>13</sup> This general interest is not limited to the protection of communications or actions related to pending proceedings, but also to the provision of legal advice in general. Any citizen who goes to a lawyer to consult any legal issue should have the reasonable expectation that his communications are private and confidential.<sup>14</sup>

The right to confidentiality of the lawyer-client communications must be guaranteed in such a way that its exercise is effective and not merely formal. Hence, the European Court of Human Rights has underlined the importance of providing for and complying with the specific procedural guarantees designed to protect the confidentiality of these communications.<sup>15</sup>

Any interception of the communications between lawyer and client in criminal proceedings implies an interference with Article 8 ECHR, which can also entail an infringement of Article 6 ECHR.<sup>16</sup> The Court differentiates on the one hand interferences in the right of Article 8 ECHR because of measures adopted in the context of a criminal investigation; and, on the other hand, the impact that the violation of the right to attorney-client confidentiality may have on the rights guaranteed under Article 6 ECHR.<sup>17</sup>

It should be added that the seizure of a client's documents that are in the possession of his lawyer, and which are obtained without respecting the right to professional secrecy, can also constitute a violation of the right to non-self-incrimination,<sup>18</sup> although it is true that once confirmed that there has been a violation of Article 8 ECHR, the ECHR usually does not assess its impact upon Article 6 ECHR.

Since *Golder v. United Kingdom* and *Niemietz v. Germany*,<sup>19</sup> the Court has been defining the requirements that must be met so that interference in the lawyer-client privilege can be considered in accordance with the Convention. Strasbourg case-law has also extensively addressed the right of the detainee or prisoner to communicate with their lawyer, as a

13 *Campbell v. United Kingdom*, Appl. no. 13590/88, 25 March 1992, para. 46. On the impact of the ECtHR's case law and the lawyer-client privilege in the common law systems, see J. Auburn, *Legal Professional Privilege: Law and Theory*, Hart, Oxford, 2000, pp. 37 ff.

14 See *Altay v. Turkey* (n. ° 2), Appl no. 11236/06, 9 April 2019, paras. 49-51.

15 See, for example, *Sommer v. Germany*, Appl. no. 73607/13, 27 April 2017, para. 56; *Michaud v. France*, Appl. no. 12323/11, 6 December 2012, para. 130.

16 On this issue, see generally T. Spronken, J. Fermon, "Protection of Attorney-Client Privilege in Europe", *Penn State International Law Review*, vol. 27, Nr. 2-2008, pp. 439-463.

17 For instance, if a lawyer could not meet with his client and receive confidential instructions from him without being overheard, the right to legal assistance would be deprived of its purpose. See *Golder v. United Kingdom*, Appl. No. 4451/70, 21 February 1975 (para. 45); *M. v. The Netherlands*, Appl. no. 2156/10, 25 July 2017, para. 85. In the latter case, the ECHR deals with the possible violation of Article 6.3.c) ECHR in a matter related to the disclosure of classified information and the restrictions on access to a lawyer and to communicate confidentially in a case involving state secrets and national security interests.

18 See *André & Others v. France*, Appl. no. 18606/03, 27 July 2008, para. 41.

19 *Niemietz v. Germany*, Appl. no. 13710/88, 16 December 1992; *Kolesnichenko v. Russia*, Appl. no. 19856/04, 9 April 2009.



substantial part of the right to defence and the right to legal assistance.<sup>20</sup> Although this is a very important aspect of the protection of the confidentiality of communications, I will not address here the communications with the detainee but will focus on problems arising from criminal investigative measures in the gathering of evidence.

## 2.1 Interception of telephone communications

The right to defense and legal assistance would not be effective without the protection of the confidentiality of the lawyer-client communications. Although not all conversations between the lawyer and his/her client are protected by the lawyer-client privilege, all legal systems provide for the strict prohibition to intercept the telephone of the lawyer who is not charged, because Article 8 ECHR protects the confidentiality of any “communication” but it grants a reinforced protection to communications between lawyers and their clients.<sup>21</sup>

Although there are cases where the telephone of a lawyer is directly tapped without respecting the minimum safeguards for the professional secrecy –especially in countries where the principles of the rule of law are not respected<sup>22</sup>–, in practice the major problem arises from the communications that are accidentally intercepted when the defendant’s telephone is tapped, or his/her computer is searched.<sup>23</sup> Indeed, it is generally recognized that it is almost impossible to prevent some of those conversations from being overheard or even recorded. Precisely, when the conversations are in another language or the interlocutors are not identified, it will be difficult to know at the time of recording that the privileged communication between lawyer and client is being intercepted.

This was already stated in the benchmark case *Kopp v. Switzerland*,<sup>24</sup> a case dealing with the interception of the telephone of the law office of Mr. Kopp, whose telephone was tapped in relation with the investigation of a leak of secret information of the department of justice, where his wife was working. Even if Mr Kopp was being investigated in another criminal procedure for money laundering, the wiretapping was not ordered within such investigation, Mr Kopp was thus a non-suspect lawyer in this case. Although the case

20 *Golder v. United Kingdom*, Appl. No. 4451/70, 21 February 1975; *Schönberger and Durmaz v. Switzerland*, Appl. No. 11368/85, 20 June 1988; *Castravet v. Moldova*, Appl. no. 23393/05, 13 March 2003; *Sarban v. Moldova*, Appl. no. 3456/05, 4 October 2005; *Khodorkovskiy v. Russia*, Appl. no. 5829/04, 31 May 2011; *Laurent v. France*, Appl. no. 28798/13, 24 May 2018.

21 Vid. *R.E. v. United Kingdom*, Appl. no. 62498/11, 27 October 2015, para. 131; or *Dudchenko v. Russia*, Appl. no. 37717/05, 7 November 2017, para. 104.

22 As noted in *Kadura and Smaliy v. Ucraina*, Appl. nos. 42753/14 and 43860/14, 21 January 2021.

23 Vid. L. Bachmaier Winter, “Intervenciones telefónicas y derechos de terceros en el proceso penal”, *Revista de Derecho Procesal*, nos. 1-3, (2004), pp. 50 ff.

24 *Kopp v. Suiza*, Appl. no. 13/1997/797/1000, 25 March 1998.

at the end was analyzed from the perspective of insufficient legal provision, the Court highlighted the difficulty in avoiding privileged communications to be intercepted.<sup>25</sup>

Similarly in the case of *Pruteanu v. Romania*<sup>26</sup>, the Strasbourg Court was confronted with a complaint filed by a lawyer whose conversations with his client had been accidentally recorded and decided also on the grounds of insufficient legal provision in the national law. Thus the Court, aware of the impossibility to prevent in many cases such accidental interceptions of privileged communications, puts the focus on the need for an adequate legal regulation providing for safeguards, such as the destruction of the recordings. However, the Court does not go so far as to establish that the privileged communications should be excluded as evidence in case they finally were to reach the trial. The Court does not impose exclusionary rules of evidence to the Member States in this context,<sup>27</sup> and has even declared that the use of such privileged communications as evidence is not contrary to Article 8 ECHR when the lawyer himself was accused by the client for revealing confidential information.<sup>28</sup>

## 2.2. Entry, search and seizure in lawyer's offices

Many legal systems only authorize the entry and search of a law firm, when the lawyer himself is the suspect,<sup>29</sup> but most of them will allow this measure, even if the lawyer is not the suspect. However, the ECtHR has taken a much stricter approach when the search is carried out in the office of a lawyer who is not a suspect,<sup>30</sup> requiring “compelling reasons” to justify such interference in Article 6 and eventually Article 8 ECHR.<sup>31</sup> When there is an adequate and sufficient legal provision, the objective pursued is legitimate

25 See also *Vasil Vasilev v. Bulgaria*, Appl. no. 7610/15, 16 de November 2021, where the communications between the investigated suspect –an ex Minister of Defence– and his lawyer where accidentally recorded, since the suspect's phone was tapped. The lawyer filed the complaint before the ECtHR claiming that he was entitled to damages for this unlawful interference into his right to privacy. The case was also decided based on lack of sufficient legal provision, because Bulgarian law did not establish how to proceed in those cases where the lawyer-client communications had been accidentally recorded (para. 94).

26 *Pruteanu v. Rumania*, Appl. no. 30181/05, 3 February 2015.

27 On the different approach towards the exclusionary rules of evidence in this context, see L. Bachmaier and S. Thaman, “A Comparative View of the Right to Counsel and the Protection of Attorney-Client Communications” in L. Bachmaier Winter, S. Thaman, and V. Lynn, (eds.), *The Right to Counsel and the Protection of Attorney-Client Communications in criminal proceedings. A Comparative View*, Cham, Springer 2020, pp. 101 and 104.

28 In this sense, see *Versini-Campinchi and Crasnianski v. France*, Appl. no. 49176/11, 16 June 2016.

29 This is the case, for example, in Portugal and in several States of the U.S., precisely Oregon and Minnesota. See L. Bachmaier and S. Thaman, “A Comparative View of the Right to Counsel and the Protection of Attorney-Client Communications”, cit., p. 55.

30 This was the case in *Roemen and Schmit v. Luxembourg*, Appl. no. 51772/99, 25 February 2003. See also, *Kruglov and Others v. Russia*, Appl. no. 11264/04 et al., 4 February 2020, para. 128.

31 *Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia*, Appl. no.11082/06, 13772/05, 31 May 2011.

and meets the requirement of necessity and proportionality, and the search is carried out respecting the adequate safeguards, the ECtHR has accepted such measures.<sup>32</sup>

In the case law of the Court, most judgments that find a violation of Article 8 ECHR are based on the lack of a sufficient legal provision, and specifically, because the legal framework did not provide for specific safeguards to protect the lawyer-client confidentiality.<sup>33</sup> According to the Court<sup>34</sup> the law shall specify who shall execute the measure and the way the search and seizure shall be carried out, including detailed rules on how electronic data related to the crime under investigation should be accessed, and what safeguards are in place to avoid abusive searches and the seizing of privileged files. If such legal safeguards are foreseen, the Court proceeds to check whether these legal safeguards have been effectively implemented during the search and seizure of the lawyer's office. In particular, the ECtHR has paid special attention to the following circumstances.

### **1) Whether the judicial warrant is issued upon reasonable suspicion and the scope of the search and seizure is limited.**

This is not a mere formality,<sup>35</sup> and to comply with the Convention the limitation of the scope of the search and seizure must be clear, especially when it comes to computer searches and access to electronic files, in order to ensure the principle of proportionality.<sup>36</sup> The Court does not require in any event an *ex ante* judicial order authorizing the search in a law firm, but for the measure to be in accordance with the Convention, in cases where no prior judicial warrant was issued, there must be the possibility to check the content and adequacy of the measure already agreed upon, by way of an *ex post* judicial decision, as was stated in the *Smirnov v. Russia* case.<sup>37</sup> The ECtHR noted that, where a court order allows the search and seizure of all personal computers and data storage devices, without limiting the search to those files likely to contain evidence and to be relevant

32 See *Tamosius v. United Kingdom*, Appl. no. 62002/00, 19 September 2002, inadmissibility decision in a tax fraud case. See also *Brito Ferrinho Bexiga Vila-Nova v. Portugal*, Appl. no. 69436/10, 1 December 2005; *Sorvisto v. Finland*, Appl. no. 19348/04, 13 January 2009, para. 118; *Heino v. Finland*, Appl. no. 56720/09, 15 February 2011, para. 43.

33 See, for example, *Petri Sallinen and others v. Finland*, cited above. See extensively, L. Bachmaier, "Lawyer-client privilege en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos" (2022), cit., p. 22 ff.

34 *Saber v. Norway*, Appl. no. 459/18, 17 December 2020.

35 See *Kruglov and Others v. Russia*, Appl. no. 11264/04 et al., 4 February 2020.

36 In any event, the frequent practice of cloning or mirroring of the entire hard drive, both in direct computer searches as well as in remote computer searches, will inevitably lead to the interception and seizure of documents and communications that should be excluded because they fall under the lawyer-client privilege. See, L. Bachmaier Winter, "Registro remoto de equipos informáticos y principio de proporcionalidad en la Ley Orgánica 13/2015", *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, no. 2195 (enero) 2017, pp. 3-33, pp. 10 ff.

37 *Smirnov v. Russia*, Appl. No. 71362/01, 7 June 2007, para.47. See also *Heino v. Finland*, 15 February 2011.

to the ongoing criminal investigation, such broad authorization is not compatible with the guarantees that must be respected to protect the professional secrecy and therefore it constitutes a violation of Article 8 ECHR.<sup>38</sup>

## **2) Whether the necessary safeguards were adopted to protect professional secrecy during the search and seizure.**

These safeguards include the process of separating privileged documents or materials, so that they are not seized and the officers could not access them, that the search is carried out in the presence of the lawyer and he/she has the chance to identifying those documents protected by the right to confidentiality and ensure that the seized elements are not disproportionate; and the presence of an independent observer who can control that the files protected by professional secrecy are not seized.<sup>39</sup> In some cases, the Court has taken into account the presence of a judge during the search, supervising that it complies with the court order, as a reinforced safeguard.<sup>40</sup>

Indeed, the presence of an independent third party with sufficient qualifications to control that materials or documents protected by professional secrecy are not seized is one of the safeguards that the ECtHR considers when deciding on the conformity with the Convention of the entry and search in a law firm, becoming therefore an almost absolute requirement, as seen in the cases of *Roemen and Smit v. Luxembourg*;<sup>41</sup> *Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH v. Austria*;<sup>42</sup> *Andre and Another v. France*;<sup>43</sup> *Jacquier v. France*;<sup>44</sup> *Xavier Da Silveira v. France*;<sup>45</sup> *Sérvulo & Associados – Sociedade de Advogados Rl v. Portugal*;<sup>46</sup> *Sommer v. Germany*;<sup>47</sup> or in *Wolland v. Norway*.<sup>48</sup>

38 *Robathin v. Austria*, Appl. no. 30457/06, 3 July 2012, paras. 47, 51, 52. See also *Iliya Stefanov v. Bulgaria*, Appl. no. 65755/01, 22 May 2008; *Leotsakos v. Greece*, Appl. no. 30958/13, 4 October 2018, paras. 43, 52; or *Yuditskaya y Otros v. Russia*, Appl. no. 5678/06, 12 February 2015.

39 On these safeguards see in more detail, L. Bachmaier Winter, “Lawyer-client privilege and computer searches in law offices: the caselaw of the European Court of Human Rights and the need for common standards in transnational criminal investigations in the EU”, in M. Daniele and S. Signorato (eds.), *Volume in Onore Prof. Kostoris, Giapichelli*, Torino, 2022, pp. 261-286, pp. 267 ff.

40 See *Tamosius v. United Kingdom*, Appl. no. 62002/00, 19 September 2002.

41 *Roemen and Smit v. Luxembourg*, Appl. no. 51772/99, 25 February 2003, para. 69.

42 *Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH v. Austria*, Appl. no. 74336/01, 16 October 2007.

43 *André and Another v. Francia* Appl. no. 18603/03, 24 July 2008, paras. 42 y 43.

44 *Jacquier v. France*, Appl. no. 45827/07, 1 September 2009, where the Court considered that the presence of the dean of the Bar Association during the search was a relevant factor to consider when deciding whether there had been a violation of Article 8 ECHR.

45 *Xavier Da Silveira v. France*, Appl. no. 43757/05, 21 January 2010, paras. 37 and 43

46 *Sérvulo & Associados – Sociedade de Advogados Rl v. Portugal*, Appl. no. 27013/10, 3 September 2015.

47 *Sommer v. Germany*, Appl. no. 73607/13, 27 April 2017, para. 56.

48 *Wolland v. Norway*, Appl. no. 39731/12, 17 May 2018, para. 75.

In the case of *Yuditskaya and Others v. Russia*,<sup>49</sup> the search was carried out in the presence of the lawyer and two witnesses, as required by Russian law at the time. The Court understood that the presence of these two witnesses cannot be considered as a sufficient safeguard of the right to professional secrecy, since they did not have any kind of legal training or knowledge, so they were not able to identify which documents or material were covered by professional secrecy. The ECHR ruled in the same terms in the *Kruglov v. Russia*, confirming that the presence of two witnesses is not a sufficient safeguard for the protection of the right to professional secrecy;<sup>50</sup> and also in *Iliya Stefanov v. Bulgaria*, 22 May 2008 (para. 43).

As to the safeguards that have to be adopted to protect the files and communications subject to lawyer-client privilege to be in accordance with the Convention, the Court has laid down some guidelines on the manner and conditions on which searches in law firms must be carried out,<sup>51</sup> although in practice this measure continues to raise concerns – especially the search and seizure of computers and electronic files—, because most legal systems do not contain detailed rules. It often occurs that the judicial warrant authorizing the search and seizure only specifies the type of documents that are sought and can be seized, but not which are the keywords or the search programs to be used to identify the files protected by the lawyer-client privilege. The case of *Wolland v. Norway*<sup>52</sup> is interesting as it shows the detailed procedure to be followed according to the Norwegian legislation in cases of search of computers and all the safeguards provided to prevent that privileged documents and communications are accessed and seized.<sup>53</sup>

Furthermore, while on-site searches should be the rule, this is not always feasible, and it is common practice for police officers to seize all the hardware and computers and move them to the designated premises to carry out the examination in the forensic laboratory by public IT officers or by an independent computer team.

49 *Yuditskaya and Others v. Russia*, Appl. no.5678/06, 12 February 2015.

50 *Kruglov and Others v. Russia*, para. 132. It is interesting to note that in 2017 and, as a result of a ruling by the Constitutional Court of that country on December 17, 2015, a reform of the Russian Criminal Procedure Code was undertaken in which, among others, the rules related to search of lawyers' offices were amended. Specifically, the new Article 450.I CPP contemplates the requirement of the presence of a representative of the bar association during the search and seizure.

51 On the search of computers in lawyer's offices see *Petri Sallinen and others v. Finland*, Appl. no. 50882/99, 27 September 2005; *Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH v. Austria*, Appl. no. 74336/01, 16 October 2007.

52 *Wolland v. Norway*, 17 May 2018, paras. 8 to 11.

53 On this judgment see, L. Bachmaier Winter, "Lawyer-client privilege and computer searches in law offices: the caselaw of the European Court of Human Rights and the need for common standards in transnational criminal investigations in the EU", cit., pp. 275-276.

In the case of *Särgava v. Estonia*,<sup>54</sup> dealing with the search of electronic devices of lawyers, the ECtHR made a very clear statement, stating that the documents protected by lawyer-client privilege need to be separated from the files that are not covered by professional secrecy, and this safeguard is of outmost importance when it comes to electronic data and search of electronic devices:

“While the question of sifting and separating privileged and non-privileged files is undoubtedly important in the context of hard copy material, it becomes even more relevant in a situation where the privileged content is part of larger batches of digitally stored data. In such a situation, even if the lawyer concerned or his representative is present at the search site, it might prove difficult to distinguish swiftly during the search which exact electronic files are covered by legal professional privilege and which are not.” (para. 99)

“The question of how to carry out sufficiently targeted sifting is equally pertinent in circumstances where under domestic law or practice such sifting is not carried out at the site of the search, but the data carriers are instead seized in their entirety and/or a mirror-image copy of their content is made.” (para. 100)

The Court acknowledges that cloning the device might be necessary to prevent illicit tampering with the device, and it also allows the devices to be quickly returned to their owner. But, in this case, measures must be adopted to guarantee that during the copying and screening of the content of the devices, data not covered by the judicial authorization cannot be accessed and safeguards must be in place to prevent privileged data to be accessed and seized.<sup>55</sup>

In this case, the Court took into consideration that the judicial order did not specify the measures to be adopted to protect professional secrecy, even though it was already known that protected documents were stored in the seized devices. The national legislation did not establish the procedure to be followed in the access to electronic data nor did it contemplate specific measures so that during the examination of the devices the protection of professional secrecy would be guaranteed (paras. 98 and 103).<sup>56</sup> And even though the search of the devices was limited using more specific search terms, that way of proceeding was not foreseen in the prosecution’s request or in the court order but was

54 *Särgava v. Estonia*, Appl. no. 698/19, 16 November 2021.

55 Para. 102.

56 With regard to the lack of safeguards in the seizure of electronic data see also *Kirdök and Others v. Turkey*, Appl. no. 14704/12, 3 December 2019, paras. 52-57.

a decision of the investigators themselves. In addition, the person under investigation did not participate nor was present during the choosing of the search terms and the selection of the files to be examined in the criminal proceeding (para. 106).

At this point, the Court makes a statement that I consider very relevant to establish a violation of the Convention: it is not enough that specific measures were adopted to limit the search to avoid a violation of the Convention. The fact that such safeguards were not foreseen in the law prevented the affected party from challenging the legality of the search and seizure carried out. And in the absence of a clear procedural scheme that defines how the search of electronic devices must be carried out with full guarantees, and the fact that the law does not establish safeguards to prevent these privileged documents from being downloaded and read by investigators once the computers have been seized, in view of the Court, it already constitutes a violation of the Convention. The absence of a legal regulation with specific provisions on the handling of the electronic files and the sifting of the privileged documents, led the Court to consider that the examination of the content of the laptop of the lawyer Mr. Sărgava infringed Article 8 of the ECHR even if in practice this measure was executed adequately, respecting the principle of proportionality after a sound sifting of the files.

### **2.3. Lawyer summoned as witness against the client**

There are only a few cases where the ECHR has faced the question of the scope of the lawyer's professional secrecy in relation to the obligation to testify as a witness in criminal proceedings, since most legal systems exclude this possibility. For this reason, it is important to reflect with some detail on the facts and the arguments of the ECtHR in the case of *Klaus Müller v. Germany*,<sup>57</sup> dealing with the question of who the owner of the right to professional secrecy is, and thus who can waive it.

Klaus Müller's firm had provided legal services to four companies over eighteen years in connection with various legal transactions. The four companies entered insolvency proceedings in 2014 and in 2017 criminal proceedings were instituted against the executive directors of each of the companies, among others, for the crime of fraud. In this criminal proceedings, Klaus Müller, who does not represent any of the defendants, is summoned to testify as a witness regarding some of the sales and other transactions on which he had advised companies in the past. The current CEO of the four companies, as well as the bankruptcy administrator relieve Müller of his obligation to keep professional secrecy. Müller, however, refuses to testify, because he understands that to do so, the

.....  
<sup>57</sup> *Klaus Müller v. Germany*, Appl. no. 24173/18, 19 November 2020.

four defendants who held the positions of executive director of the companies at the time he provided his legal services should also renounce professional secrecy. His refusal to testify results in the court imposing an administrative penalty of 150 euros, a penalty that is confirmed on appeal and increased up to 600 euros.<sup>58</sup> The question that arises is whether the lawyer was hired by the company and provided his services to it, in which case it would be sufficient that the current director of the company –in addition to the bankruptcy administrator– released the lawyer from the obligation of professional secrecy; or whether the legal services had been commissioned by both –the company and its executive directors in a personal capacity–, in which case the authorization of the four directors would be required to revoke the obligation to keep professional secrecy. Without entering more details, it must be pointed out here that at the national level the jurisprudence of the different German courts was not uniform and that the appeal filed before the Federal Constitutional Court was not admitted.

Müller filed a complaint before the ECtHR stating that the sanction for complying with his obligation to keep professional secrecy was against Article 8 of the Convention. The ECtHR however, followed the position adopted by the German court of appeal, which considered that the legal services provided by Müller had been commissioned by the companies; and since the company had renounced that privilege through its current director, Müller was obliged to testify as a witness (para. 69). On this basis, the ECtHR decided that there had been no violation of Article 8 ECHR. The Court, however, skipped the question of who the owner of the right to professional secrecy is, invoking the doctrine of the national margin of appreciation (para. 66).<sup>59</sup>

This decision is highly relevant since it establishes that the waiver of the client-attorney privilege does not require the consent of the natural persons who have acted on behalf and in the interest of the company at the time the legal advice was given, and the investigated events occurred. According to the ECtHR, it is enough for the privilege to be waived by the current representative or the insolvency administrator.<sup>60</sup>

58 Differently from the Spanish approach, where the professional secrecy is considered both, a right and an obligation (art. 542.3 LOPJ). See J. Rico Balbona, *El secreto profesional de los abogados y procuradores en España*, Bosch, Barcelona, 1988, pp. 16 ff.

59 The dissenting opinion to the Court's decision in this case, underlines that the national legal law lacked clarity – shown by the existing divergent jurisprudence at the national level– and, that the directors, although acting on behalf of the company, were *de facto* clients of the lawyer summoned as witness. Upon these facts, the dissenting judge considers that the lawyer was bound by the duty of confidentiality regarding the communications maintained with them.

60 See the USA Supreme Court judgment, *Commodity Futures Trading Commission (CFTC) v. Weintraub*, 471 US 343 (1985). For Germany, see E. Corbo, *Strafprozessuales Zeugnisverweigerungsrecht für Insolvenzverwalter?*, Peter Lang, Berlin, 2020.



Although this conclusion might be seen as logical, even more so when there was no personal contractual relationship between the lawyer and the directors of the accused company, it is also true that there are arguments to support the opposite conclusion. Being the professional secrecy a core right of the right to legal assistance and the right to defense, in balancing the obligation to testify and the obligation to keep professional secrecy –when there are doubts about whether the lawyer has been released from it or not–, in my opinion the ECtHR should have prioritized the lawyer-client confidentiality. Certainly, more solid arguments would have been expected, and certainly stating that the national law in this case was clear (para. 57) –when at the national level albeit in different Länder there is contradictory jurisprudence, is not fully convincing.<sup>61</sup>

Finally, using the inadmissibility decision of the German Constitutional Court as an argument that the sanction imposed to the lawyer for refusing to testify against the company, was in conformity with the Convention, is also doubtful.<sup>62</sup>

The rule on the admission of the appeal before the *Bundesverfassungsgericht* (Article 93 a) *BVerfGG Annahme von Verfassungsbeschwerden*) provides that the appeal before the Constitutional Court must be admitted if the matter has constitutional relevance or if, in the cases of Article 90 *BVerfGG*, the inadmissibility would cause especially serious damage to the appellant. To consider the inadmissibility decision, which is not motivated, as an additional argument for the ECtHR to decide against the lawyer, does not seem to be consistent.<sup>63</sup>

### 3. Lawyer-client privilege and the European Investigation Order

As is well-known, the Directive on the EIO combines the principle of mutual recognition with the system of mutual legal assistance, which provides flexibility to this instrument, while reducing the automatic execution of the request. This explains that the Directive –and the transposition laws in the Member States– provide for a detailed list of grounds

61 Vid. para 57: (...) no legal uncertainty arose for the applicant from the fact that some other courts of appeal in different areas of territorial jurisdiction interpreted the scope of the right not to testify in circumstances such as those in the present case in a different manner.”

62 See para. 54: “The Federal Constitutional Court, by declining to consider the applicant’s constitutional complaint, albeit without giving reasons, appeared to consider that the approach taken by the domestic courts in the applicant’s case did not raise an issue under the German Constitution.”

63 Vid. C. Lenz and R. Hansel, “Paragraph 93”, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Handkommentar*, Nomos, Baden-Baden, 2020.

for refusal, which are mainly regulated in Article 11, but also in Article 10 (“Recourse to a different type of investigative measure”), among others.<sup>64</sup>

When it comes to the grounds for refusal, Article 11 DEIO, includes a long list of possible grounds for refusal, which have been transposed by most Member States as mandatory grounds for refusal. Among those, Article 11 (1) EIO mentions the existence of an immunity or a privilege under the law of the executing State as a possible ground for refusal.<sup>65</sup> Recital (20) of the Explanatory Memorandum of the DEIO states that “there is no common definition of what constitutes an immunity or privilege in Union law; the precise definition of these terms is therefore left to national law.” As examples, it cites “protections which apply to medical and legal professions” but explaining that these are not the only ones that could come into consideration and that this provision “should not be interpreted in a way to counter the obligation to abolish certain grounds for refusal as set out in the Protocol to the Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters between the Member States of the European Union”.

With regard to the measure of search and seizure in a lawyer’s office, the first question that arises is whether it constitutes a ground for refusal under Article 11 (1) (a) of the DEIO and thus the executing State should simply invoke the existence of such privilege to refuse its execution; or on the contrary, that the executing authority cannot refuse to execute such measure, because it exists under domestic law. In those member States where the entry and search of a lawyer’s office can only be carried out when the lawyer himself is the suspect or accused, the measure would be refused under 10 (1) (b) DEIO (the measure would not be available in a similar domestic case). But, in all other cases, in principle, as the measure exists, the fact that privileged materials could not be seized, should not lead to the refusal to execute the EIO.

This being said, the next question relates to the way such search and seizure should be carried out, so that the executing State respects its own procedural rules, and at the same time, complies with *lex fori*, to ensure that the evidence gathered will be admissible as evidence.

As can be seen from the case-law of the ECtHR and has been also confirmed in comparative studies, there is no harmonization on how to proceed with regard to the

---

64 A substitution can also take place when the same results as the measure requested in the EIO could be achieved by less intrusive means. However, in those cases where the requested measure is not available, and its substitution is not possible or would not have the same results the executing authority may refuse its execution. See L. Bachmaier Winter, “The role of the proportionality principle in the cross-border investigations involving fundamental rights”, in S. Ruggeri (ed.), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings*, Ed. Springer, Heidelberg, New York, 2013, pp. 100-101.

65 See Article 11 (1) (a) DEIO.

safeguards for the filtering of privileged and non-privileged communications in the context of interception of communications as well as in the case of searches of computers. Further, the exclusionary rules of evidence among the EU Member States also diverge from each other, thus the effective protection of the lawyer-client privilege might become completely ineffective when, for example, the seized electronic files are not filtered in the executing state, and the privileged communications are not excluded as evidence in the forum state. The problems deriving from the absence of common rules on admissibility of evidence in criminal proceedings have been pointed out several times:<sup>66</sup> as long as the evidentiary rules are not adequately harmonised among the different Member States, the transfer of evidence from one country to another will impact the level of the procedural safeguards and the rights of the defence.<sup>67</sup> This is a situation that is not originated by the EIO Directive, but from the interplay of different legal systems, when gathering evidence by way of international judicial cooperation. The issue that arises here is how to protect the fundamental right to the confidentiality of the lawyer-client communications when executing an EIO. Which system of sifting the data should be in place? Who should control it? Should the filtering of data be carried out *in situ*? According to which rules?

In practice, the issuing authority requesting a search and seizure in a precise home or address, does not even know that it is a law office or the private home of a lawyer (and often the office is a room which is part of the home). In such cases, the execution of the EIO should be halted, and further information should be asked to the issuing State. At that point, if the issuing authority asks for the computer to be cloned, or even sent over to the issuing State, which are the applicable rules to prevent that lawyer-client privilege is infringed? Who is to ensure it?

In that context, which standards should the trial court take into account to determine whether the search and seizure in a lawyer's office carried out in another member State by way of an EIO, does not infringe the fundamental rights as defined by the ECtHR? Let us take following example: in execution of an EIO, the authorities of the foreign State enter a lawyer's office and search several computers and seize some electronic files, in accordance with the scope of the search defined in the judicial order that gives rise to the

66 On the need to establish general principles for transnational criminal proceedings, see J. VERVAELE and S. GLESS, "Law Should Govern: Aspiring General Principles for Transnational Criminal Justice", *Utrecht Law Rev.*, vol.9, issue 4 (Sept.) 2013, pp. 1-10: there is "need of rules that comprehensively deal with transnational criminal cases", p. 10.

67 S. GLESS, *Beweisgrundsätze einer grenzüberschreitenden Rechtsverfolgung*, pp. 142 ff.; I. ZERBES, "Fragmentiertes Strafverfahren. Beweiserhebung und Beweisverwertung nach dem Verordnungsentwurf zur Europäischen Staatsanwaltschaft", *ZIS* 3/2015, pp.145-155, although this last one referring specifically to the criminal proceedings under the EPPO.

issuing of the EIO. However, neither the EIO nor the issuing judicial authority specify the keywords to be used or the way in which the data should be sifted to prevent an unlawful interference into the right to the lawyer-client confidentiality. The executing State follows its own protocols, which are not provided in a legal provision, and thus would fail to comply the standards of the ECtHR. Would the evidence obtained in such way, lacking in the executing State a sufficient legal basis and thus in violation of the ECHR be admissible as evidence in the forum State? The general rule is that if *lex loci* has been complied, the evidence should be admissible in the forum State. However, this general principle on cross-border evidence, has an exception: when the evidence has been obtained in violation of human rights. And, according to the ECtHR, when the safeguards to prevent interference in the lawyer-client privilege are not sufficiently regulated in the law, this is against the Convention, and thus, in violation of human rights.

Another example may illustrate some of the problems that may arise in executing the measure of search and seizure in law offices, in the absence of common rules in the EU Member States. In a case where the judicial order in the issuing State defines the existing suspicions against the lawyer, as well as the scope of the materials that are to be searched, because they are linked to the criminal investigation. But the court order does not indicate the executing authority which key words should be used in the search of the computer. The executing authority proceeds to use the keywords they consider appropriate and end up with a disproportionate number of files searched and seized, as it happened in the *Sérvulo* case, described above. All those files are sent to the issuing authority. Would that evidence be admissible in the forum State, despite being disproportionate? Or, according to the position followed by the Strasbourg Court, evidence would be admissible as long as the adequate safeguards (presence of an independent observer, possibility to challenge the execution of the measure, oversight by an investigating judge, etc.) were adopted in the executing State? The overbreadth of the search should lead to the exclusion of the evidence obtained in breach of the principle of proportionality. However, as the ECtHR has admitted that the quantity of the files searched and seized is not *per se* contrary to the Convention, as the counterbalancing safeguards adopted to protect the right to lawyer-client confidentiality are also relevant, should the trial court check which were the measures adopted in the executing State to prevent the professional secrecy to be infringed?

Finally, how shall the trial court deal with the files sent from the executing State, when some of them contain privileged materials or communications? Should the receiving authority simply exclude them, and thus carry out the sifting in the issuing State, or would this circumstance already lead to the exclusion of all the evidence transferred?

Indeed, when the files seized include materials or communications covered by the lawyer-client privilege, it would mean that in carrying out the search and seizure the safeguards to prevent such violation were not adequate or not adequately implemented. The lack of safeguards or its non-compliance, according to the ECtHR caselaw, as seen above, would amount to a breach of the Convention.

And in legal systems, like the Spanish system, where evidence obtained in breach of fundamental rights falls under the exclusionary rule (Article 11 Judiciary Act), the seizure and transfer of files protected under the lawyer-client privilege would render the whole set of materials seized as inadmissible and assessing such evidence would be against the rule of law. However, for evidence obtained abroad, usually the principle of non-inquiry will be applied. The same applies to many other Member States, as for example Austria which also follow the principle of non-inquiry. On the other hand, if there is a check on how the evidence has been obtained abroad, it will not necessarily lead to the exclusion of evidence, as several countries, as e.g. The Netherlands or Germany, apply a balancing test.<sup>68</sup>

In those States, the assessment of such evidence would be in conformity with Article 6 TUE and with the ECHR, as it does not impose an exclusionary rule of evidence when the lawyer-client privilege has been infringed. Moreover, the EIO Directive only states that the trial court should pay attention to the way the evidence was obtained in the foreign country when assessing the evidence obtained from abroad.

These are only some examples of the problematic questions that arise in the execution of measures of search and seizure, where the right to lawyer-client privilege is not adequately protected, or the rules in the executing State do not provide for sufficient safeguards to prevent this right to be infringed.

#### 4. Concluding remarks

While the right to lawyer-client confidentiality has been recognized for a long time as a fundamental right enshrined in the right to legal assistance and the right of defence, its practical implementation has not been subject to adequate safeguards. The proof of this is the lack of rules at the legislative level in many EU Member States on how to ensure that during the interception of communications and the search of computers, the privileged communications are not seized. The digitalization of society and its communications has stressed the need to implement specific safeguards to prevent unlawful access to

---

<sup>68</sup> On the problems stemming from the lack of rules on admissibility of evidence obtained abroad, see the interesting contribution of S. GLESS, "Transnational Cooperation in Criminal Matters and the Guarantee of a Fair Trial: Approaches to a General Principle", *Utrecht Law Rev.*, vol.9, issue 4 (Sept.) 2013, pp. 90-108, 95-96.

materials protected by professional secrecy through investigative measures that encroach in such right. As seen above, the ECtHR has been called to rule on numerous occasions on the right to lawyer-client confidentiality, and in most cases the Strasbourg Court has upheld the claim, finding a violation of the Convention, mostly under Article 8 ECHR.

The majority of the applications before the ECtHR have been granted on the basis of the lack of a sufficient legal provision, requiring a high degree of specificity in the law: not only must there be a legal basis to carry out an interference in the rights protected by Article 8 ECHR but the law must specify in detail the process to be followed in the execution of the interception of communications and also the search and seizure, in order to prevent the violation of the right to lawyer-client confidentiality. Such safeguards must be regulated in detail, on the one hand to avoid arbitrariness or abuses on the part of the public authorities, but also for the citizens to know under which conditions an intrusion into their rights can take place and, therefore when they can challenge such measures.

Lawyer-client privilege may play a relevant role in the execution of an EIO, in the protection of the fundamental rights of the defendant, and in the admissibility of cross-border evidence. By providing an overview of the caselaw of the ECtHR our aim has been to help in identifying what are the common standards on the protection of the fundamental right to confidentiality of the lawyer-client relationship that should be regulated at the European level, by way of a future Directive. It is not enough to draw attention to the need to ensure the protection of the lawyer-client privilege, this right should be effectively protected also in the cross-border gathering of criminal evidence. And to that end, supranational legislative action, to my mind, is needed. Here is the plea for such European legislative framework.

# The right to confrontation and the taking of witness evidence in the field of transnational criminal justice

O direito ao contraditório e à obtenção da prova testemunhal no campo da justiça criminal transnacional

ANTONELLA FALCONE<sup>1</sup>

CLAUDIO ORLANDO<sup>1</sup>

(PhD student, Università degli Studi di Messina)

---

GALILEU - REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA · e-ISSN 2184-1845  
Volume XXIV · 1<sup>st</sup> January Janeiro – 31<sup>st</sup> December Dezembro 2023 · pp. 57-76  
DOI: <https://doi.org/10.26619/2184-1845.XXIV.1/2.4>  
Submitted on April 1<sup>st</sup>, 2023 · Accepted on July 31<sup>st</sup>, 2023  
Submetido em 1 de Abril, 2023 · Aceite a 31 de julho, 2023

---

**SUMMARY:** 1. Introduction. – 2. The evolution of transnational evidence-gathering procedures: trade-offs, gaps and challenges. – 3. The right to confrontation and the taking of witness evidence in other countries in ECtHR case-law. – 4. The use of videoconferencing in transnational evidence-gathering procedures and the right to confrontation. – 4.1. Videoconferencing in the field of transnational criminal justice in Europe. – 4.2. Remote attendance through video-link in ECtHR case-law. – 5. Concluding remarks.

**KEYWORDS:** evidence-gathering; witness evidence; videoconferencing; right to confrontation.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. – 2. A evolução da recolha transnacional de prova procedimentos criminais: *trade-offs*, lacunas e desafios. – 3. O direito ao contraditório e à tomada da prova testemunhal noutros países na jurisprudência do TEDH. – 4. O uso da videoconferência nos procedimentos criminais transnacionais de recolha de prova e no direito ao contraditório. – 4.1. Videoconferência no domínio da justiça penal transnacional na Europa. – 4.2. Comparência por via remota através de videoconferência na jurisprudência do TEDH. – 5. Observações finais.

**PALAVRAS-CHAVE:** recolha transnacional de prova; prova testemunhal; videoconferência; direito ao contraditório.

---

<sup>1</sup> (PhD student, Università degli Studi di Messina)

## 1. Introduction

In recent years, the fight against transnational crimes has determined an increase in the number of transnational criminal proceedings, which has brought about significant changes in transnational evidence law. The possibility of gathering evidence overseas and using it before domestic courts has become all the more relevant, especially from the viewpoint of accurate judicial ascertainment. In particular, significant steps forward have been taken to strengthen judicial cooperation in the gathering of evidence, which, in turn, has highlighted the need to improve the protection of human rights in transnational criminal justice<sup>2</sup>. Indeed, “being subject to a transnational criminal procedure should not affect the right to defence and should not result in a lowering of the procedural rights of the accused”<sup>3</sup>.

In this light, this paper addresses the problems related to the gathering and use of testimonial evidence obtained in other countries from the perspective of a participatory approach to transnational criminal justice. Indeed, taking evidence overseas can hamper the defendants’ right to confrontation if they are not duly given an opportunity to challenge and question witnesses testifying against them.

This analysis will preliminarily consider whether Article 6(3)(d) ECHR, which enshrines the right to confrontation, is also relevant in transnational criminal proceedings<sup>4</sup>. Furthermore, we will investigate whether the taking of testimonial evidence in other countries meets the requirement set out by this fundamental provision.

<sup>2</sup> This contribution is the outcome of a joint investigation. A. FALCONE wrote sections 1, 2, 4, and 4.1. C. ORLANDO wrote sections 3, 4.2, and 5.

L. BACHMAIER WINTER, *Transnational Criminal Proceedings, Witness Evidence and Confrontation: Lessons from the ECtHR’s Case-Law*, in *Utrecht Law Review*, vol. 9, no. 4, 2013, p. 128. In light of this, a current definition of transnational criminal proceedings depicts them as “concerned with the relationship between the requesting and the requested states (international dimension), as well as with the relationship between the requesting or the requested State on the one hand and the individual (defendant, victim, third party) on the other (internal dimension)”. M. BÖSE, M. BRÖCKER, A. SCHNEIDER, *Judicial Protection in Transnational Criminal Proceedings*, Springer, Cham, 2020, p. 1. On this topic, see T. HACKNER, § 74 IRG, in W. SCHOMBURG, O. LAGODNY, S. GLESS, T. HACKNER, S. TRAUTMANN (eds.), *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, C.H. Beck, 2020, München; J. VOGEL, C. BURCHARD, *Vor § 1 IRG*, in H. GRÜTZNER, P.G. PÖTZ, C. KRESS, N. GAZEAS (eds.), *Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen*, C.F. MÜLLER, Heidelberg, 2019. This notion proves that international cooperation – irrespective of the mutual legal assistance procedures and those based on mutual recognition – rely upon a human rights-oriented perspective and on a participatory understanding of the gathering of transnational evidence. S. RUGGERI, *Audi Alteram Partem in Criminal Proceedings. Towards a Participatory Understanding of Criminal Justice in Europe and Latin America*, Springer, Cham, 2017, pp. 511-527.

<sup>3</sup> L. BACHMAIER WINTER, *Transnational Criminal Proceedings, Witness Evidence and Confrontation: Lessons from the ECtHR’s Case-Law*, cit., p. 128.

<sup>4</sup> See S. GLESS: *Das Recht auf Konfrontation eines Auslandsbelastungszeugen. Eine europäische Perspektive aus Karlsruhe*, in M. A. ZÖLLER, H. HILGER, W. KÜPER, C. ROXIN (eds.), *Gesamte Strafrechtswissenschaft in Internationaler Dimension. Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013*, Duncker & Humboldt, Berlin, 2013, pp. 1335-1370. See also H. SATZGER, *International and European criminal law*, Beck-Hart-Nomos, Munich, 2013.



In particular, after clarifying the meaning of the formulation of Article 6(3)(d) ECHR, which acknowledges the right of the accused ‘to examine or have examined witnesses against him’, there is a need to understand (i) which country should bear the responsibility for ensuring that the accused enjoys an adequate opportunity for confrontation<sup>5</sup> (ii) and whether the admissibility and the use of untested evidence taken abroad could still entail a fair trial.

To this end, we will analyse whether and to what extent the evolution of transnational evidence-gathering procedures – from mutual legal assistance to mutual recognition models – can ensure a proper protection of the right to confrontation. Mutual legal assistance by means of letters rogatory, indeed, has been traditionally used to convey statements rendered abroad by witnesses, experts, victims, suspects, or defendants which, in turn, have been read out at the trial without cross-examination. However, when the defence is not allowed to effectively contribute to the gathering of testimonial evidence overseas – due, for instance, to a lack of an accurate information about the opportunity of formulating or requesting that specific questions be put to the witness abroad –, recourse to letters rogatory could infringe upon the right of the accused to challenge prosecutorial arguments. In light of this, with a view to more human rights-oriented judicial cooperation, this paper aims to explore new models of ensuring the protection of this relevant right. In particular, we will focus on the potential advantages of videoconferencing, which as we will see is not just to be understood as an alternative method of confrontation held in courtrooms but also as an innovative technique to replace the outdated systems offered by letters rogatory.

To tackle these issues properly, there is need for a comprehensive approach aimed at providing an overview of the principal rules and caselaw that are currently available in the European legal scenario.

---

5 We need to examine whether an approach based on full inquiry into foreign law is compatible with the principle of transnational fairness in criminal proceedings, particularly in the European Union, where cooperation among member states is based on mutual trust. It should be remembered that the non-inquiry approach assumes that the formalities and procedural rules relating to the gathering of evidence in another state are not subject to questioning or confirmation by the national authorities conducting the proceedings.

## 2. The evolution of transnational evidence-gathering procedures: trade-offs, gaps and challenges.

As has been anticipated, letters rogatory are the most used method of gathering evidence overseas and are provided for by mutual legal assistance conventions<sup>6</sup>.

Starting with the Council of Europe level, it is worth mentioning the 1959 European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters (often called the “mother treaty”)<sup>7</sup>. In line with a traditional understanding of national sovereignty, the Convention allowed for evidence-gathering cooperation based on the *locus regit actum* principle, according to which the gathering of evidence was governed by the law of the state where it took place. However, this principle entailed two main shortcomings. On one hand, it led to a ‘patchwork procedure’, as it combined the rules of state A governing the evidence-gathering with those of state B regarding the admissibility of evidence taken abroad<sup>8</sup>. In this way, evidence, despite being admissible according to the law of the cooperating country, could be regarded as inadmissible from the perspective of the law of the state in which it was to be used<sup>9</sup>, thus jeopardising judicial ascertainment. On the other hand, the 1959 Convention did not expressly deal with the right to challenge prosecutorial arguments. Indeed, witnesses’ statements rendered abroad under *lex loci* were conveyed through written letters rogatory and read out to the court of the trial country without cross-examination. Besides, Article 4 of the 1959 Convention specified that national authorities and parties could attend the carrying out of a letter rogatory only if the requested state

6 For the sake of completeness, it should be borne in mind that a letter rogatory (or letter of request for judicial assistance) is a request from one state to another one asking for the carrying out of a procedural activity or act which, if done without the cooperating country’s intervention, would constitute a violation of territorial principle and sovereignty. The foreign state has no obligation to execute the letters rogatory and the decision as to whether to enforce them is ultimately at its own discretion. However, the reciprocity principle – that governs the international relationships between states in the absence of specific treaties – usually suffices, provided that the letters rogatory’s execution neither surpasses the jurisdiction or power of the requested state’s judiciary nor impinges upon its sovereignty. D. VIGONI, *Dalla rogatoria all’acquisizione diretta*, in G. LA GRECA, M. R. MARCHETTI (ed.), *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 417 ff.

7 The Council of Europe created new legal instruments related to mutual legal assistance, with a focus on the 1990 European Convention on laundering, search, seizure, and confiscation. Additionally, since 1995, the Council of Europe’s Committee of Experts on the Operation of European Conventions in the Criminal Field has been working on updating the 1959 CoE Convention for 21st century crime fighting, leading to the signing of the Second Additional Protocol on 8 November 2001. See G. VERMEULEN, *Eu conventions enhancing and updating traditional mechanisms for judicial cooperation in criminal matters*, in *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 77, n. 1-2, 2006 p. 80; K. KARSAI, *Locus/Forum Regit Actum – A Dual Principle in Transnational Criminal Matters*, in *Hungarian Journal of Legal Studies*, vol. 60, n. 2, 2019, p. 161.

8 Along these lines, see S. GLESS, *Die „Verkehrsfähigkeit von Beweisen“ im Strafverfahren*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2003, p. 132 ff.; H. SATZGER, F. ZIMMERMANN, *Manifest zum Europäischen Strafverfahrensrecht. European Criminal Policy Initiative*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2013, p. 412.

9 Cf. I. ZERBES, *Fragmentiertes Strafverfahren. Beweiserhebung und Beweisverwertung nach dem Verordnungsentwurf zur Europäischen Staatsanwaltschaft*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, no. 3, 2015, p. 149.

agreed. However, even though this Convention developed a new participatory form of MLA cooperation, it did not expressly grant the defence the right to actively participate in the taking of evidence abroad, thus resulting in a possible exclusion of the accused from the questioning of foreign witnesses, victims and experts<sup>10</sup>. The occurrence that defendants and their defence counsels were not able to effectively participate in the gathering of evidence overseas turned out to expose the right to confrontation to infringements. In order to avoid the breach of this relevant right, the competent authorities of the trial country had two options: either to declare inadmissible the evidence obtained abroad or “giv[e] lesser credit to such ‘tainted’ evidence”<sup>11</sup>.

To maximise the chances of evidence gathered abroad being admissible in the trial country, the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters of 2000 (ECMACM) introduced a new approach in the framework of the European Union<sup>12</sup>. The 2000 Convention tempered the *locus regit actum* principle, as the requested state had to comply with requirements and procedures specifically indicated by the requesting one (*lex fori*), unless otherwise provided by the Convention and provided that the denoted procedures did not conflict with the fundamental principles of the law of the requested member state [Article 4(1)]. Although this flexible mechanism represented a significant change and led to great expectations for the future efficiency of judicial cooperation in Europe, the combination of *lex loci* and *lex fori* entailed “new gaps that required revision of both the instrument and its regulatory framework in order to be solved”<sup>13</sup>. Firstly, the request to apply certain formalities or procedures did not necessarily imply the admissibility of evidence at trial<sup>14</sup>. Secondly, from the viewpoint of this study, it is noteworthy that not even the Brussels Convention attached great importance to the participatory rights of the accused. Indeed, the defendant’s participation in evidence-gathering abroad, despite being theoretically possible, was still subjected to a request by the judicial authority of the trial state [Article 6(2)], thus inevitably jeopardising the very

10 Although the national authorities’ possibility to attend the execution of the letter rogatory seems limited, Article 4 was interpreted in a way that allowed for the competent authorities to suggest necessary formalities and procedures for the admissibility at trial of evidence gathered abroad. See DVIGONI, *Dalla rogatoria all’acquisizione diretta*, cit., p. 423.

11 See R. SCHÜNEMANN, *Solution models and principles governing the transnational evidence-gathering in the EU*, in S. RUGGERI (ed.), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe. Developments in EU Legislation and New Challenges for Human Rights-Oriented Criminal Investigations in Cross-border Cases*, Springer, Cham, 2014, p. 163.

12 Indeed, the Convention states that requests for mutual assistance shall be transmitted directly between the competent judicial authorities, unless otherwise provided for (Article 6).

13 See K. KARSAI, *Locus/Forum Regit Actum*, cit. p. 161.

14 For the sake of completeness, one might also consider that recourse to foreign rules did not always ensure the lawfulness of evidence-gathering. See M. KUSAK, *Mutual admissibility of evidence and the European investigation order: aspirations lost*, in *ERA Forum*, vol. 19, 2019, p. 394.

essence of the right to confrontation. Furthermore, even though the defence was allowed to participate in the taking of testimonial evidence overseas, the accused were not always granted the right to effectively contribute to the evidence-gathering because they were not informed about the conditions in which witness examination would take place abroad.

Nonetheless, the approach set out by the 2000 Convention did not fit the EU judicial cooperation based on the mutual recognition principle. As is well known, the Tampere European Council, by dealing with the problems of the free movement of evidence (*Beweisverkehr*) within the EU, put forward the innovative concept of mutual admissibility of evidence, according to which “evidence lawfully gathered by one member state’s authorities should be admissible for the courts of other member states, assuming the standards that are employed there”<sup>15</sup>. However, the European Union failed to enact coordinated rules meant to improve the mutual admissibility of investigative measures and even years later introduced a legal instrument, the European Investigation Order (EIO)<sup>16</sup>, which followed a rather different path.

Indeed, EIO represents a new channel of cooperation between judicial authorities, replacing the existing evidence-gathering instruments developed in the field of MLA between member states. Article 9(2) of the directive 2014/41/EU sets out the main rules governing evidence-gathering abroad, which constitutes a hybridisation between the rigidity of mutual recognition and the flexibility of mutual legal assistance principles. Pursuant to Article 9(2), indeed, the executing authority must observe the formalities and procedures specifically indicated by the issuing authority unless they are “contrary to the fundamental principles of the law of the executing state”<sup>17</sup>. The right to confrontation and defence rights gain particular relevance in the framework of the European Investigation Order (EIO), as reflected in the general reference to the fundamental rights of the person involved in a transnational inquiry. However, confrontation in taking evidence abroad still depends on whether it is permitted by the law of the executing state or explicitly requested by the ordering authority. Additionally, on one hand, the EIO directive expressly

15 European Council, Presidency Conclusions, Tampere, 15 and 16 October 1999, p. 36. The principle of assimilation also played a supporting role since, if a similar (domestic) procedural act does exist in the legal system of the requested state, legal assistance cannot be refused. K. KARSAI, *Locus/Forum Regit Actum*, cit., p. 164.

16 The directive 2014/41/EU ensures the fulfilment of national rules governing the admissibility of evidence, but at the same time it does not entail that national law on evidence-gathering will be strictly met. This seems to be problematic, if one considers the rationale behind the exclusionary rules, which aim at balancing the fact-finding method and the protection of fundamental rights. M. DANIELE, *L’impatto dell’ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, in *Diritto penale contemporaneo*, no. 3, 2016, p. 64.

17 “A purification [...] in favour of the binding nature of (certain) individual interests is required to make the EIO lawful”. S. GLESS, *Grenzüberschreitende Beweissammlung*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 125, 2013, p. 573.

provides the competent authorities of the issuing state with the possibility of taking part in the evidence-gathering overseas. This request can be rejected only by alleging the breach of fundamental principles. On the other hand, nothing is said about the participation of the defence, which, although not excluded, is therefore not specifically recognised [Article 9(4)], thus jeopardising, once again, the right to confrontation<sup>18</sup>.

This short – and non-exhaustive – overview has revealed that the problem of achieving a trade-off between the requirements of the issuing state's law and those of the executing state's law remains unsolved. As has been pointed out, this is essentially due to the lack of legal models which can ensure mutual admissibility of evidence, and, above all, a unitary and shared system that can provide participatory rights with an adequate protection<sup>19</sup>.

### 3. The right to confrontation and the taking of witness evidence in other countries in ECtHR case-law

The analysis carried out so far on the evolution of legal instruments regarding transnational evidence-gathering procedures is of fundamental relevance if we are to properly tackle the difficult challenges posed by the need to enhance the participatory rights of the accused in transnational cases. We have seen that the European Convention on Mutual Assistance of 1959 did not enable the defendant to examine witnesses against him in the event of testimonial evidence being gathered in another country through letters rogatory. This raises the question as to whether Article 6(3)(d) ECHR also applies to transnational criminal proceedings. This provision – which, as is well known, grants everyone charged with a criminal offence the right to examine or have examined witnesses against him – requires that the accused must be granted an adequate and proper opportunity to challenge and question prosecutorial witnesses either when the statements were made or at a later stage of the proceedings<sup>20</sup>.

18 M. R. MARCHETTI, *Oltre le rogatorie: i nuovi strumenti per la circolazione degli atti investigativi e delle prove penali*, in M. R. MARCHETTI (ed.), *I nuovi orizzonti della giustizia penale europea*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 217-224. S. RUGGERI, *Procedimento penale, diritto di difesa e garanzie partecipative nel diritto dell'Unione Europea*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2018, p. 33.

19 R. DEL COCO, *Ordine europeo di indagine e poteri sanzionatori del giudice*, in *Diritto penale contemporaneo*, no. 4, 2015. In the absence of a legislative intervention, we hope that the "EIO could produce a kind of indirect harmonisation". F. SIRACUSANO, *The European Investigation Order for Evidence Gathering Abroad*, in R. BELFIORE, T. RAFARACI (eds.), *EU Criminal Justice. Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor's Office*, Springer, Cham, 2019, p. 101.

20 In this light, see *ex multis* ECtHR, judgment of 3 November 2011, *Vanfuli v. France*, Application no. 24885/05, § 107; *Id.*, judgment of 19 October 2006, *Majadallah v. Italy*, Application no. 62094/00; *Id.*, judgment of 20 September 1993, *Saïdi v. France*, Application no. 14647/89, § 43; *Id.*, judgment of 24 April 2004, *Zhoglo v. Ukraine*, Application no. 17988/02, § 38; *Id.*, judgment of 15 June 1992, *Lüdi v. Switzerland*, Application no. 12433/86, § 47.

To properly address this problem, we should start with the solutions adopted several years ago by the European Commission of Human Rights (EComHR). The EComHR, indeed, had addressed this issue in the case *X., Y. and Z. v. Austria* of 1973, outlining that, even if the European Convention on Mutual Assistance did not entitle the accused to examine witnesses overseas, everyone charged with a criminal offence must be granted the right to challenge prosecutorial arguments also in the gathering of evidence in other countries<sup>21</sup>. This approach posed the premises for a participatory understanding of transnational evidence-gathering and for a discussion on the relationship between the needs of transnational criminal proceedings and confrontation rights.

Indeed, after having assumed that the defendant's right to confrontation is applicable regardless of whether the testimonial evidence is obtained in the trial country or abroad<sup>22</sup>, we shall analyse whether the taking of witness evidence overseas meets the requirements set out by Article 6(3)(d) ECHR. This is a difficult challenge to address since the transnational dimension of a criminal procedure entails the need to clarify the following aspects: first, who holds the responsibility for ensuring a proper opportunity of confrontation; second, the consequences of the admissibility and the use in the trial country of the untested evidence taken abroad.

In order to tackle these two fundamental issues, we should clarify the meaning of the formulation of Article 6(3)(d) ECHR which, as noted, acknowledges the right of the accused 'to examine or have examined witnesses against him'. The drafters of the ECHR adopted a broad interpretation of the right to confrontation, allowing for both direct and indirect confrontation – *i.e.*, a judicial hearing conducted by an impartial body, such as an investigating magistrate – provided that the defence is effectively involved in the taking of evidence<sup>23</sup>. Clearly, international cooperation makes it difficult to always ensure direct confrontation with prosecutorial witnesses<sup>24</sup>. In the light of this, in the case *P.V. v. Federal Republic of Germany* the EComHR stated that

21 EComHR, decision of 5 February 1973, *X., Y. and Z. v. Austria*, Application no. 5049/71.

22 See B. SCHÜNEMANN, *Solution Models and Principles Governing the Transnational Evidence-Gathering in the EU*, cit., p. 163.

23 See J.D. JACKSON, S.J. SUMMERS, *The Internationalisation of Criminal Evidence. Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 349; S. RUGGERI, *Personal Participation in Criminal Proceedings, In Absentia Trials and Inaudito Reo Procedures. Solution Models and Deficiencies in ECtHR Case-Law*, in S. QUATTROCOLO, S. RUGGERI (eds.), *Personal Participation in Criminal Proceedings. A Comparative Study of Participatory Safeguards and In Absentia Trials in Europe*, Springer, Cham, 2019, p. 597; S. TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 311 ff.; J.R. SPENCER, *Hearsay evidence in criminal proceedings*, Hart Publishing, Oxford, 2014, p. 48 ff.

24 S. RUGGERI, *Audi Alteram Partem in Criminal Proceedings*, cit., p. 419.

“[the right to confrontation] is not only complied with if the accused or his defence counsel have the opportunity of putting questions to the witnesses themselves, but also if they can request that certain questions are put to the witness by the court. Especially, this holds true if witnesses are to be examined on commission”<sup>25</sup>.

The ECtHR confirmed this approach in the case *Solakov v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, stressing that there was no violation of Article 6(3)(d) ECHR since the defence was informed of the date of the hearing and of the possibility of formulating written questions to the witness abroad<sup>26</sup>. Nevertheless, this solution does not seem suitable in the case of transnational criminal proceedings. Since indirect confrontation does not grant the defence the same opportunities as cross-examination, the accused must be put in a position to effectively contribute to the taking of prosecutorial evidence overseas, by at least being thoroughly informed about the possibility of formulating questions to the witnesses abroad and about the conditions in which the hearing will take place<sup>27</sup>. In any case, in our opinion, a video record of the questioning should be assured, with a view to more efficient judicial cooperation. However, in the *Solakov* case the applicant argued that “the investigating judge had summoned [his] lawyer only one week before the trip” and that “the summons had contained no detailed description about the venue or exact date of the questioning, the number and names of the witnesses to be heard, or the questions that the investigating judge wished to put to them”<sup>28</sup>. It is quite evident that in such circumstances the accused was not able to exercise the participatory rights enshrined in the European Convention. In the light of this, the solution adopted by the Court seems to be somehow questionable. As we will note in the subsequent paragraphs, innovative methods of confrontation – such as videoconferencing – could fill the gaps produced by the taking of evidence overseas by means of letters rogatory, enabling a more interactive way of participating in the hearing and questioning the witnesses abroad.

Against this background, we can now focus on the critical topics raised above: i.e., the responsibility for ensuring confrontation, and the admissibility and the use in the trial country of the untested evidence taken abroad. These problematic issues should be

25 Cf. EComHR, decision of 13 July 1987, *PV. v. Federal Republic of Germany*, Application no. 11853/85; see A. VAN HOEK, M. LUCHTMAN, *Transnational cooperation in criminal matters and the safeguarding of human rights*, in *Utrecht Law Review*, vol. 1, no. 2, 2005, p. 19.

26 See ECtHR, judgment of 31 October 2001, *Solakov v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, Application no. 47023/99, § 62-67.

27 Cf. S. RUGGERI, *Audi Alteram Partem in Criminal Proceedings*, cit., p. 419.

28 ECtHR, *Solakov v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, cit., § 41.

analysed together since they are strictly linked with each other. Once again, we should start with the solutions adopted by the EComHR in the cases *X., Y. and Z. v. Austria* and *P.V. v. Federal Republic of Germany*<sup>29</sup>. In *X. Y. and Z.*, the Commission highlighted that, if the witness examination takes place in another country, the cooperating country holds full responsibility for ensuring confrontation<sup>30</sup>. In *P. V.*, the EComHR argued that the countries involved in transnational evidence-gathering procedures are responsible only for applying their own law. These conclusions were in line with the international-law instruments existing at the time of this decision (i.e., the European Convention on Mutual Assistance of 1959, which was based on the *locus regit actum* principle). Therefore, there is a need to understand whether these solutions are still valid today in the light of developments in the field of judicial cooperation and ECtHR case-law. As we have seen, the 2000 Convention of Mutual Assistance and the EIO directive softened the *locus regit actum* principle, recognising a flexible mechanism of combination between *lex loci* and *lex fori*<sup>31</sup>. Indeed, even though the competent authority of the trial country has no jurisdiction in the activities that must be carried out in the cooperating country, the latter should ensure the accused a proper opportunity of confrontation if *lex fori* provides for it and the trial country specifically requests it.

The ECtHR shared such a view in *A.M. v. Italy*. In this case, the applicant complained that he had been convicted only on the basis of testimonial evidence obtained by means of letters rogatory in the USA which was read out at his trial before the Italian Criminal Court without confrontation having ever taken place<sup>32</sup>. In particular, the applicant argued that the rogatory letters had been issued without his knowledge and that, as a result, he

29 See also the well-known *Soering* case (ECtHR, 7 July 1989, *Soering v United Kingdom*, Application no. 14038/88), in which the ECtHR decided that “although the Convention does not require contracting States to impose Convention standards on non-contracting states, the actions of the cooperating contracting State can be tested against the Convention in as far as its cooperation has as a direct consequence of the exposure of an individual to prescribed treatment”. See, A. VAN HOEK, M. LUCHTMAN, *Transnational cooperation in criminal matters and the safeguarding of human rights*, cit., p. 15; J. T. PARRY, *International extradition, the rule of non-inquiry, and the problem of sovereignty*, in *Boston University Law Review*, vol. 90., 2010, pp. 1973–2029; S. RUGGERI, *Introduction to the Proposal of a European Investigation Order: Due Process Concerns and Open Issues*, in S. RUGGERI (ed.), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe. Developments in EU Legislation and New Challenges for Human Rights-Oriented Criminal Investigations in Cross-border Cases*, Springer, Cham, 2014, p. 15; ID., *O contributo do direito internacional de direitos humanos à definição das garantias do devido processo em matéria de justiça penal transnacional. Uma comparação entre as jurisprudências do Tribunal europeu de direitos do homem e da Corte interamericana de direitos humanos*, in M.M.G. VALENTE, A. WUNDERLICH (eds.), *Direito e Liberdade. Estudos em homenagem ao professor doutor Nereu José Giacomolli*, Almedina Brasil, Almedina, 2021, p. 803 ff.

30 See EComHR, *X., Y. and Z. v. Austria*, cit.: “The Austrian authorities were fully responsible for the form and conduct of this hearing on commission including the question of who should participate at the hearing”.

31 Cf. S. RUGGERI, *Audi Alteram Partem in Criminal Proceedings*, cit., p. 418; F. SIRACUSANO, *The European Investigation Order for Evidence Gathering Abroad*, cit., p. 86 ff.

32 Cf. ECtHR, judgment of 14 December 1999, *AM v. Italy*, Application no. 37019/97, § 21; see R. VOGLER, *Transnational Inquiries and the Protection of Human Rights in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, in S. RUGGERI (ed.),



had been unable to exercise the rights and liberties afforded by Article 14 of the Mutual Assistance Treaty between Italy and USA<sup>33</sup>. Indeed, it is interesting to note that no lawyer had been allowed to attend the witnesses' examination due to a specific request of the Italian public prosecutor. In the light of this, the ECtHR found a violation of Article 6(3) (d) ECHR, since the defence had had no opportunity of challenging the reliability of the decisive evidence taken abroad.

It is worth noting that in this case the ECtHR, in order to verify whether the proceeding was conducted fairly, applied the 'sole or decisive rule'. This rule – which has been developed to strike a balance between a strict understanding of the right to confrontation and the use of untested evidence in national proceedings<sup>34</sup> – acknowledges that if the accused had no chance to challenge evidence in any stage of the domestic proceeding he cannot be convicted solely or mainly on the basis of such evidence<sup>35</sup>. Within this perspective, it is important to stress that in recent years the approach of the ECtHR in the field of the right to confrontation has significantly changed. In the landmark decisions *Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom* and *Schatschaschwili v. Germany*, the Court ruled out that 'the sole or decisive rule' could be inflexible, stressing that, where a conviction is based solely or decisively on untested evidence, the Court must scrutinise whether domestic authorities provided for sufficient counterbalancing factors aimed at compensating for the lack of confrontation<sup>36</sup>. Therefore, in the event of untested evidence being the sole

.....  
*Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings. A Study in Memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*, Springer, Cham, 2013, p. 31.

33 Article 14 of the Mutual Assistance Treaty between Italy and USA states that: "A person from whom evidence is sought shall, if necessary, be compelled to appear and testify to the same extent as would be required in criminal investigations or proceedings in the Requested State. Upon request, the Requested State shall specify the date and place of the taking of testimony. The Requested State shall permit the presence [at the hearing] of an accused, counsel for the accused, and persons charged with the enforcement of the criminal laws to which the request relates. The executing authority shall provide persons permitted to be present [at the hearing] the opportunity to question the person whose testimony is sought in accordance with the laws of the Requested State. The executing authority shall provide persons permitted to be present [at the hearing] the opportunity to propose additional questions and other investigative measures. Testimonial privileges under the laws of the Requesting State shall not apply in the execution of a request, but such questions of privilege shall be preserved for the Requesting State".

34 S. RUGGERI, *Audi Alteram Partem in Criminal Proceedings*, cit., p. 329.

35 See ECtHR, judgment of 27 February 2001, *Lucà v. Italy*, Application no. 33354/96, § 40: "where 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 are restricted to an extent that is incompatible with the guarantees provided by Article 6".

36 See ECtHR, judgment of 15 December 2011, *Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom*, Applications nos. 26766/05, 22228/06, § 147; *Id.*, judgment of 15 December 2015, *Schatschaschwili v. Germany*, Application no. 9154/10, § 116: "Given that the Court's concern is to ascertain whether the proceedings as a whole were fair, it must review the existence of sufficient counterbalancing factors not only in cases in which the evidence given by an absent witness was the sole or decisive basis for the applicant's conviction but also in those cases where, following its assessment of the domestic courts' evaluation of the weight of the evidence, it finds it unclear whether the

or decisive element against the accused, its use at trial does not automatically entail a breach of the right to confrontation pursuant to an overall examination of the fairness of the proceedings<sup>37</sup>. However, the counterbalancing factors must permit a fair and proper assessment of the reliability of that evidence<sup>38</sup>.

Within this new framework, the solution adopted by the Strasbourg Court in the case *Paić v. Croatia* is all the more relevant. In this case, the ECtHR found a violation of Article 6(3)(d) ECHR since the defendant never had the opportunity of examining or having examined the key prosecutorial witness, whose testimonial evidence had been gathered in the Czech Republic. Indeed, neither the applicant nor his lawyer were invited to put questions to the witness abroad and no video recording of the questioning was shown at the hearing in Croatia<sup>39</sup>. This case can be distinguished from the previous ones because the ECtHR also attached significant importance to the evaluation of the existence of adequate counterbalancing factors. In particular, the Court pointed out that “the national courts did not even attempt to summon [the prosecution witness] to the applicant’s trial and that the reasons they provided for such conduct were not sufficient”<sup>40</sup>. Moreover, in the view of the Court, the fact that the accused was able to challenge prosecutorial arguments by giving evidence himself or examining other witnesses cannot be deemed as a sufficient counterbalancing factor<sup>41</sup>.

This approach is particularly meaningful for this study for two main reasons: first, because the Court stresses the need to verify whether other fundamental safeguards could justify a potential breach of the Convention occurring in another country; second, since this solution casts doubts on what country should hold the responsibility for ensuring for the accused suitable opportunities for confrontation. As we have seen, the accused must be granted the opportunity to examine or have examined the prosecutorial witnesses overseas if provided for by *lex fori* and requested by the trial country. From this it follows that the trial country should not be held responsible for not having applied

.....  
evidence in question was the sole or decisive basis but is nevertheless satisfied that it carried significant weight and that its admission may have handicapped the defence”.

37 See L. BACHMAIER WINTER, *Transnational Criminal Proceedings, Witness Evidence and Confrontation: Lessons from the ECtHR’s Case-Law*, cit., p. 130.

38 Cf. ECtHR, *Schatschaschwili v. Germany*, cit., § 125: “The extent of the counterbalancing factors necessary in order for a trial to be considered fair would depend on the weight of the evidence of the absent witness. The more important that evidence, the more weight the counterbalancing factors would have to carry in order for the proceedings as a whole to be considered fair”.

39 See ECtHR, judgment of 29 March 2016, *Paić v. Croatia*, Application no. 47082/12, § 47; see also *Id.*, judgment of 18 December 2014, *Scholer v. Germany*, Application no. 14212/10, § 60; *Id.*, judgment of 25 April 2013, *Yevgeniy Ivanov v. Russia*, Application no. 27100/03, § 49; *Id.*, judgment of 18 July 2013, *Vronchenko v. Estonia*, Application no. 59632/09, § 65.

40 ECtHR, *Paić v. Croatia*, cit., § 52.

41 ECtHR, *Paić v. Croatia*, cit., § 51.

any counterbalancing factor related to activities that do not fall within its jurisdiction<sup>42</sup>. Nevertheless, the ECtHR seems to broaden the scope of the ‘counterbalance test’, by verifying whether other procedural guarantees offered by the trial country could offset the difficulties faced by the defence due to the admission of witness evidence taken abroad without confrontation. This method seems problematic, since a strict application of this test would give too much leeway to the interested countries<sup>43</sup>, relieving the cooperating country from its duty to ensure to the accused suitable opportunities of confrontation, and encouraging the trial state to use the untested evidence collected abroad on the basis of the possibility to compensate for a previous lack of confrontation at the later stage.

#### 4. The use of videoconferencing in transnational evidence-gathering procedures and the right to confrontation

Letters rogatory, as seen above, are still today the main means of gathering evidence overseas<sup>44</sup>. However, if the accused is not allowed to effectively contribute to the taking of witness evidence, recourse to letters rogatory can infringe upon their fair trial rights, and especially the right to confrontation<sup>45</sup>. This was a concrete risk according to the solution envisaged by the EComHR and later confirmed by the ECtHR, which acknowledged the defendant’s right to put written questions to the witness abroad. In the light of the

42 See S. RUGGERI, *O contributo do direito internacional de direitos humanos à definição das garantias do devido processo em matéria de justiça penal transnacional. Uma comparação entre as jurisprudências do Tribunal europeu de direitos do homem e da Corte interamericana de direitos humanos*, cit., p. 803 ff.

43 Judge Paulo Pinto de Albuquerque eloquently argued that “the cure was worse than the disease: [...] such application of the three-step examination would imply its redundancy so long as the overall fairness test was fulfilled, which would not only fail to provide any guidance to the national authorities as to the appropriate application of the *Al-Khawaja and Tahery* test, but indeed would give them too much leeway”. See ECtHR, judgment of 18 December 2018, *Murtazaliyeva v. Russia*, Application no. 36658/05, *Dissenting opinion of Judge Paulo Pinto de Albuquerque*, § 48.

44 Summoning and hearing witnesses from foreign countries is often a cumbersome business. See A. RAFALCO, *Depositions, Commissions and Letters Rogatory in a Conflicts of Law Case*, in *Duquesne University Law Review*, vol. 4, no. 115, 1965, p. 115 ff. According to Klimek, in adversarial legal systems, in-person witness testimony and cross-examination are of the utmost importance, thus making evidence obtained by foreign authorities less ‘desirable’. In contrast, inquisitorial systems, which rely on written evidence, have less of an issue with this. L. KLIMEK, *Free movement of evidence in criminal matters in the EU*, in *The Law Quarterly*, no. 4, 2012, p. 252. The requesting state may perhaps have no means of coercion to enforce the examination of the witness in the trial country. Furthermore, structural measures are needed to provide for the hearing of a witness or a defendant who is able and willing to come to the court from abroad. It is even more troublesome for judges, prosecutors, and lawyers to travel overseas and hear the persons who are, conversely, unable or unwilling to take part in the trial. Cf. J. KAPPLINGHAUS, *Testimony through an international video conference basic idea, relevant legal instruments and first experiences in Europe*, in *134th International training course visiting experts’ papers*, [https://www.unafei.or.jp/publications/pdf/RS\\_No73/No73\\_o8VE\\_Kapplinghaus3.pdf](https://www.unafei.or.jp/publications/pdf/RS_No73/No73_o8VE_Kapplinghaus3.pdf), p. 34.

45 D. VIGONI, *Dalla rogatoria all’acquisizione diretta*, in G. LA GRECA, M. R. MARCHETTI (ed.), *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 417 ff.

evolution of technology, one might wonder whether modern tools, which allow for remote attendance, could represent a valid solution to the unsolved problems arising from a participatory understanding of transnational evidence-gathering and related to the right to confrontation.

#### **4.1. Videoconferencing in the field of transnational criminal justice in Europe**

To start with videoconferencing<sup>46</sup>, it is apparent that it makes it possible to overcome most of the shortcomings linked to the participatory rogatory model as well as to the co-celebrating one, which require the judicial authorities and the participants to travel overseas to gather evidence. Videoconferencing entails undeniable advantages for the fulfilment of the right to confrontation in transnational evidence-gathering procedures. For instance, the recourse to online video-link connections enables the accused and their defence counsels to participate in witness examination – albeit remotely – and provide them with greater opportunities to prepare an effective defence strategy, since they can put their own questions directly to the witnesses abroad and, at the same time, challenge the prosecutorial arguments.

In the field of transnational criminal justice, there is little doubt that remote participation in the hearing protects the right of the accused to confront witnesses against him more effectively than is possible by requesting that specific questions be put by the competent authority to the declarant. Hence, it is no surprise that recourse to videoconferencing has increased at a transnational level where the transfer of the evidence gathered in the ‘best place’ is recurrent. This assumes that the ‘best place’ is where it is appropriate or possible to gather evidence or where it is simply located (*i.e.*, delocalisation)<sup>47</sup>.

The Convention on Mutual Legal Assistance of 2000 already allowed for the use of videoconferencing methods when it is necessary to gather testimonial evidence of witnesses and experts abroad (Article 10) if the person to be heard has given consent. However, according to this instrument a remote connection may not be initiated in two cases. Firstly, whenever a breach of the fundamental principles of the requested country’s

46 For the purposes of this paper, the term ‘videoconferencing’ refers to a system that allows the two-way and simultaneous communication of image and sound enabling visual, audio and verbal interaction during the remote hearing.

47 It has been also noted that, since some states require the presence of suspects and defendants for specific acts, especially in the first interviews carried out during the investigation or pre-trial detention or when the exercise of defence rights presupposes physical presence, recourse to videoconferencing systems may be beneficial for suspects and defendants when European arrest warrants (EAWs) or International Arrest warrants (IAWs) are unnecessary because they are simply ordered to secure physical presence in the requesting state and there are no serious risks of escaping.

legal system has occurred and, secondly, when there lack the technical means necessary to establish the link in the requested State<sup>48</sup>. The arrangements introduced by the Bruxelles Convention in this regard are of the utmost importance, as they transformed long-distance cooperation into a form of close assistance that combines a regular request for assistance by the requested member state and a direct exercise of jurisdiction by the issuing member state. On one hand, the requested member state was responsible for questioning the person to be heard, providing technically the real-time link, and making sure that national fundamental rights and procedural guarantees were respected. On the other hand, the hearing was conducted by or under the supervision of the judicial authority of the requesting member state according to its domestic law.

Evidence-gathering by means of videoconference was positively welcomed at the time of its enactment. Not surprisingly, the convention's rules were incorporated by Article 24 (Hearing by videoconference or other audio-visual broadcasting) in the EIO directive, which lays down specific rules on hearings by videoconference. The remote examination of witnesses, victims, experts, and defendants is conducted, or at least supervised by the authorities of the issuing state and, as far as possible, the executing state provides the foreign country only with technical arrangements<sup>49</sup>.

Nevertheless, hearings by videoconference entail some problematic issues. The main difficulties concern practical and technical aspects, which can infringe upon the right to confrontation. In some cases addressed by Eurojust, for instance, the issuing authorities did not indicate the questions to be put to the witness or did not clarify whether the participation of a judicial or police authority was necessary. Moreover, Eurojust's

48 The requesting country could remedy this deficiency by providing the necessary technical equipment.

49 This rule clearly recalls Article 10 of the Brussels Convention. Despite these similarities, some differences can be stressed. With regard to the remote hearing, there is no longer reference to the "incompatibility" or "impossibility" of the witness or expert appearing in the territory of the requesting state (Article 24, 1). Thus, it seems that the directive has broadened the scope of this innovative instrument. However, Article 6(1)(b), according to which "the investigative measure(s) indicated in the EIO can be ordered under the same conditions in a similar domestic case", seems to exclude such an interpretation. In addition, no reference is made to the conditions of execution. This should not be seen as extraordinary for two reasons. Firstly, Article 10(2) excludes the executing country from any control of the legality of non-coercive measures as well as of taking statements, including those to be carried out by videoconference. Secondly, one might note that the execution of an EIO may be refused if the use of videoconferencing methods in a particular case would be contrary to the fundamental principles of the law of the executing State [Art. 24(2)]. The fact that videoconferencing may be rejected by the executing state, however, poses problems of compatibility with the recent European Court caselaw, according to which video-links are an extremely effective way of providing the defendant with an adequate opportunity to confront witnesses in cross-border criminal proceedings. Therefore, we might wonder whether such a refusal from a member state could automatically constitute a violation of Article 6(3)(d) of the European Convention on Human Rights. See F. SIRACUSANO, *Tra semplificazione e ibridismo: insidie e aporie dell'Ordine europeo di indagine penale*, in *Archivio penale*, 2017, p. 687; Similarly, B. GALGANI, *Assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea*, in A. A. MARANDOLA (ed.), *Cooperazione giudiziaria europea in materia penale*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 452.

intervention often made it possible to reschedule hearing dates within a short period of time, due to witnesses being unavailable. Several cases also concerned the participation of the defence counsel in the witness examination, which was questionable under the different views of states. In one case, for instance, the issuing authority requested that the examination of the witness take place in the presence of the lawyer, in line with the provisions of the *lex fori*. The executing authority stated, however, that the attendance of a lawyer was contrary to the principles of its legal system and that it was, therefore, not possible to comply with this request<sup>50</sup>.

Within this legal framework, we will further discuss whether the taking of evidence overseas through the recourse to video-link connections meets the requirements set out by Article 6(3)(d) ECHR and whether the solutions adopted by the 2000 Convention and EIO directive are consistent with the right to confrontation.

#### 4.2. Remote attendance through video-link in ECtHR case-law

Against this background, there is a strict link between confrontation rights and the right of the accused to be personally involved in his own criminal trial. Both essential safeguards require individuals charged with a criminal offence to be put in a fair condition not only to be personally heard and set forth their arguments, but also to challenge the arguments of their accusers.

Indeed, despite the advantages provided by videoconferencing, it is worth noting that even the most advanced technologies conceived for video-links do not grant the participants the same expectation of reality as physical attendance<sup>51</sup>. Currently, cameras cannot perceive all movements and the screen cannot show several details that would be visible if all the individuals involved were physically present in court<sup>52</sup>. Yet, the ECtHR has highlighted that the right to be present in court does not always entail the right of physical attendance and, thereby, remote participation does not necessarily constitute a violation of the right to a fair trial<sup>53</sup>.

50 Report on Eurojust's casework in the field of the European Investigation Order, 25 November 2020, available at <https://www.eurojust.europa.eu/it/publication/report-eurojust-casework-european-investigation-order>.

51 See A. FALCONE, *Online Hearings and the Right to Effective Defence in Digitalised Trials*, in S. RUGGERI, L. BACHMAIER WINTER (eds.), *Investigating and Preventing Crime in the Digital Era. New Safeguards, New Rights*, Springer, Cham, 2022, p. 189 ff.; A. GAROFANO, *Avoiding virtual justice: video-teleconference testimony in federal criminal trials*, in *Catholic University Law Review*, 2007, p. 702.

52 This situation could also negatively impact on the activities of the deliberating judge. Judgement must rely upon the direct analysis of the parties' behaviour and listening to their reasons, in order to evaluate non-verbal communications (real-time facial expressions, body demeanour, voice inflections) and reliability of the outcomes of examination.

53 Cf. ECtHR, judgment of 5 October 2006, *Marcello Viola v. Italy*, Application no. 45106/04, § 76: "Dans ces conditions, la Cour estime que la participation du requérant aux audiences d'appel de la deuxième procédure pénale par vidéoconférence n'a

However, transnational evidence-gathering procedures put different authorities in contact with each other: consequently, the countries involved may well have different levels of technological advancement. Against this background, one might stress that such impairment may affect the quality of the images and sounds to the point of compromising the examination irremediably. Hence, video and audio hearings must always serve a legitimate aim and require for adequate arrangements to ensure the full respect of the essence of the right to confrontation<sup>54</sup>. In this light, assuming that this kind of participation is not, as such, incompatible with the notion of a fair trial and public hearing, the Court emphasises the need to ensure the applicant a proper way of following the hearing without technical obstacles<sup>55</sup>. Thus, recourse to the video connection for the examination of witnesses has been deemed in line with the ECHR, provided that its deployment can guarantee effective participation in the hearing. Significantly, the European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ) has recently developed several guidelines that states and courts should follow to guarantee that the use of videoconferencing in court proceedings does not infringe upon the participatory rights enshrined in Article 6 ECHR<sup>56</sup>. In particular, the CEPEJ pointed out that during the remote hearing the court should be able to continuously monitor the quality of the image and sound of the video link, thus minimising technical incidents<sup>57</sup>, and should give the participants the opportunity to test the audio and video quality in order to familiarise themselves with the features of the videoconferencing platform<sup>58</sup>. Furthermore, both the defendant and the other participants (including judges, witnesses and experts) must be put in a condition to see and hear each other<sup>59</sup>. These are just some of the guidelines

.....  
*pas placé la défense dans une position de désavantage substantiel par rapport aux autres parties au procès, et que l'intéressé a eu la possibilité d'exercer les droits et facultés inhérents à la notion de procès équitable, telle que résultant de l'article 6 de la Convention".* In this way, A. FALCONE, *Online Hearings and the Right to Effective Defence in Digitalised Trials*, cit., p. 201.

54 This is mainly true if one considers that the EIO directive regulates only cross-border videoconferences, while there is a lack of harmonisation of domestic regulation on videoconferences, thus resulting in a significant difference between domestic and transnational videoconferencing rules. See L. BACHMAIER WINTER, *Transnational Evidence towards the transposition of directive 2014/41 regarding the European investigation order in Criminal Matters*, in *Eucri*, no. 2, 2015, p. 50.

55 Cf. ECtHR, judgment of 2 November 2010, *Saknynovskiy v. Russia*, Application no. 21272/03, § 98; ID., judgment of 9 November 2006, *Golubev v. Russia*, Application no. 26260/02.

56 European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), *Guidelines on videoconferencing in judicial proceedings*, available at <https://rm.coe.int/cepej-2021-4-guidelines-videoconference-en/1680a2c2f4>, 2021, p. 7: "The purpose [of these guidelines] is to provide States with a framework aiming at eliminating any risk of violation of the parties' rights during remote hearings, in particular their right to be heard and to actively participate in proceedings, and the right of defence". See B. GALGANI, *Forme e garanzie nel prisma dell'innovazione tecnologica. Alla ricerca di un processo penale "virtuoso"*, Wolters Kluwer, Milano, 2022, p. 308 ff.

57 CEPEJ, *Guidelines on videoconferencing in judicial proceedings*, cit., no. 6, p. 12.

58 CEPEJ, *Guidelines on videoconferencing in judicial proceedings*, cit., no. 5, pp. 11-12.

59 CEPEJ, *Guidelines on videoconferencing in judicial proceedings*, cit., no. 23, p. 15.

that the CEPEJ developed for a better use of video-link connections. The aim is to secure that the digital transition of court proceedings is made in compliance with European standards and, in particular, with the right to a fair trial<sup>60</sup>.

Within this framework, in the case *Zhukovskiy v. Ukraine* the ECtHR pointed out that available modern technologies, such as video-links, could offer a more interactive way of questioning witnesses abroad, while having them attend could entail excessive costs and difficulties<sup>61</sup>. The Court recognised the compliance of remote examination with the right to confrontation even when the declarant is sick, or it is necessary to protect victims and witnesses. In the case *Papadakis v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, the trial court had ordered the public prosecutor to secure the attendance of the witness – who was an undercover agent – or to establish a communication link for the examination<sup>62</sup>. The prosecuting authority did not comply with the court's order, thus failing to secure the attendance of the witness either in presence or through video-link. Indeed, the undercover agent was examined only in the presence of the trial judge and the public prosecutor. The applicant, therefore, complained that his right to challenge the reliability of the testimonial evidence against him was breached since “there had been no live streaming of [the undercover agent] examination despite the fact that streaming media had been available”<sup>63</sup>. According to the first step of the ‘*Al-Khawaja test*’, the Court argued that the efforts of the authorities to guarantee the physical or virtual attendance of the witness were unsatisfactory<sup>64</sup>. In order to determine whether the proceeding as a whole was conducted fairly, the ECtHR also verified whether the opportunity given to the accused to submit written questions to the witness ‘immediately after the examination’ could compensate for the previous lack of direct confrontation. In particular, it is worth noting that the

60 CEPEJ, 2022-2025 CEPEJ Action plan: “Digitalisation for a better justice”, 2021, available at <https://rm.coe.int/cepej-2021-12-en-cepej-action-plan-2022-2025-digitalisation-justice/1680a4cf2c>; ID., *Guidelines on electronic court filing (e-filing) and digitalisation of courts*, 2021, available at <https://rm.coe.int/cepej-2021-15-en-e-filing-guidelines-digitalisation-courts/1680a4cf87>, p. 5.

61 ECtHR, judgment of 3 March 2011, *Zhukovskiy v. Ukraine*, Application no. 31240/03, § 45. See also M. DANIELE, *La formazione digitale delle prove dichiarative*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 133; M. BOLOGNARI, *La videoconferenza transnazionale nell'ordine europeo di indagine penale*, in *Rivista di diritto processuale*, 2022, p. 519; See L. BACHMAIER WINTER, *Transnational Criminal Proceedings, Witness Evidence and Confrontation: Lessons from the ECtHR's Case-Law*, cit., p. 137, who argued that “in the European context it would not at all be inappropriate to compel Member States to include in their domestic legislation the provision that a witness is obliged to appear before the court of another Member State when the distance to be travelled does not exceed certain limits; and that a witness is in any event obliged to appear before the national court of his place of residence to testify, through a video link, in the proceedings taking place in another Member State. There should be swift cooperation not only at the pre-trial stage for gathering evidence, but also at the trial stage”.

62 See ECtHR, judgment of 26 February 2013, *Papadakis v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, Application no. 50254/07, § 31.

63 ECtHR, *Papadakis v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, cit., § 35.

64 ECtHR, *Papadakis v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, cit., § 91.



judicial authority gave the defence only one hour to read the transcript of the testimonial evidence, to prepare a defence strategy, and to formulate the questions<sup>65</sup>. The adequacy of this time-limit is questionable, since it does not enable the defence to gain familiarity with the evidence. Indeed, like in the *Solakov* case, the acknowledgment of the opportunity to prepare written questions was somewhat rhetorical<sup>66</sup>. Hence, the ECtHR found a violation of Article 6 ECHR, since domestic authorities failed to provide the accused with sufficient procedural safeguards which could offset the handicap faced by the defence.

The solutions adopted in *Zhukovskiy* and *Papadakis* raise the question of whether the approach followed by the 2000 Convention and EIO directive is consistent with ECHR law. Indeed, the fact that the remote examination of the witnesses is conducted directly by or under the supervision of the sole competent authority of the trial country does not necessarily grant the accused a proper opportunity of confrontation. This is especially the case when the accused or his defence counsel can put further questions to the witness only after he has been examined solely by the competent authority<sup>67</sup>. However, we have seen that the EComHR and ECtHR have recognised a broad interpretation of the right to confrontation, allowing for both direct and indirect confrontation. Therefore, the solutions set out by the 2000 Convention and EIO directive seem to be in line with ECHR law. Nonetheless, especially in the field of transnational criminal justice this approach is questionable since indirect confrontation cannot be deemed equivalent to direct confrontation, and therefore cannot be admitted in absolute terms.

## 5. Concluding remarks

The analysis carried out in this study has shown that the content of fundamental rights is always the result of conflicting values. This is the case of the right to confrontation in transnational criminal proceedings. Different understandings of this right across Europe, difficulties of ensuring face-to-face confrontation, together with the absence of coordinated rules on transnational evidence-gathering and the admissibility of evidence at trial, have led the ECtHR to strike the balance between the necessity to prosecute transnational criminal offences, on one hand, and the respect of defence rights, on the other. From this viewpoint, it seems that the Court has engaged in a ‘race to the bottom’ in the protection of the right to confrontation in order to enact efficient cooperation.

65 ECtHR, *Papadakis v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, cit., § 94.

66 Regarding the *Solakov* case, see the critical remarks raised by S. RUGGERI, *Audi Alteram Partem in Criminal Proceedings*, cit., pp. 419-420.

67 S. RUGGERI, *Audi Alteram Partem in Criminal Proceedings*, cit., p. 420.

This study also proves that innovative techniques which enable remote participation in the hearing have gained a key role in the evaluation of the overall fairness of criminal proceedings, especially in the field of transnational criminal justice. In several cases characterised by the involvement of two countries in the taking of evidence, the ECtHR recently stressed the need to verify whether the state in which the examination must be carried out provided the accused with a proper opportunity of confrontation through the recourse to video-link connections.

This approach is particularly meaningful for two main reasons. On one hand, the Court seems to express a clear preference for an examination conducted via communication links – where available – compared with the acknowledgment of the possibility for the defence to formulate written questions to the witness abroad. On the other hand, this solution amplifies the ‘extent of the procedural guarantees’ necessary in order for a trial to be considered as a whole fair. The suitability of the counterbalancing factors aimed at compensating for the lack of confrontation will depend on the weight of the untested evidence: “the stronger that evidence, the more weight the counterbalancing factors will have to carry for a positive ascertainment of the fairness of the domestic proceeding”<sup>68</sup>. Nevertheless, it seems that this new approach implies a significant expansion of the ‘counterbalance test’ and, therefore, of the ECtHR’s decision-making. The Court, indeed, takes into account the possibility of justifying the choice of the prosecuting authorities to not establish a video-link – although available – by verifying whether other procedural safeguards could compensate for this conduct. It is of no consequence that in the *Papadakis* case the ECtHR found a violation of the Convention. The problem stands out in the Court’s possibility to offset behaviours clearly not in line with Article 6 ECHR.

This holistic approach does not only give too much leeway to the countries involved in transnational evidence-gathering procedures – which would be allowed to deny the accused an effective opportunity of confrontation, relying on the possibility to compensate for this later – but to the ECtHR itself, thus depriving the right to confrontation of its very essence<sup>69</sup>.

68 ECtHR, *Schatschaschwili v Germany*, cit., § 116.

69 Judges Sajó and Karakaş pointed out that “in applying the holistic approach (now presented as ‘an overall examination’) in order to determine the fairness of the trial, this Court has never stated that fairness can still be achieved if one of the fundamental rights is deprived of its essence. With regard to the right to cross-examine witnesses and the related but broader equality-of-arms principle, the Court has systematically and consistently drawn a bright line, which it has never abandoned, in the form of the sole or decisive rule. Today this last line of protection of the right to defence is being abandoned in the name of an overall examination of fairness”. See ECtHR, *Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom*, cit., *Joint partly dissenting and partly concurring opinion of Judges Sajó and Karakaş*.

# The victim's role in cross-border situations in european and international law: a multilevel perspective\*

O papel da vítima em processos no âmbito do Direito europeu e internacional: uma perspectiva multinível

VIVIANA DI NUZZO<sup>1</sup>  
ELISEA MALINO<sup>2</sup>

---

GALILEU - REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA · e-ISSN 2184-1845  
Volume XXIV · 1<sup>st</sup> January Janeiro – 31<sup>st</sup> December Dezembro 2023 · pp. 77-104  
DOI: <https://doi.org/10.26619/2184-1845.XXIV.1/2.5>  
Submitted on April 1<sup>st</sup>, 2023 · Accepted on July 31<sup>st</sup>, 2023  
Submetido em 1de Abril, 2023 · Aceite a 31 de julho, 2023

---

**SUMMARY:** 1. Introduction. 2. The controversial concept of ‘victims’ and the general foundations of their legal protection. 3. The victim’s right to procedural and extra-procedural protection in cross-border cases. 4. The victim’s right to information, support and assistance outside and within the criminal trial in cross-border situations. 5. The victim’s right to be heard and personal participation in transnational criminal proceedings. 6. The victim’s right to compensation and their participation in restorative justice. 7. Concluding remarks.

**KEYWORDS:** victim; protection; right to information; right to be heard; personal participation; transnational criminal procedures; compensation.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. O controverso conceito de “vítimas” e o conceito geral fundamentos da sua tutela jurídica. 3. Direito da vítima à proteção processual e extraprocessual em casos transfronteiriços. 4. O direito da vítima à informação, apoio e assistência fora e dentro do julgamento criminal em situações transfronteiriças. 5. O direito da vítima a ser ouvida e à participação pessoal em processos-crime transnacionais. 6. O direito da vítima à indemnização e a sua participação na reparação justa. 7. Observações finais.

**PALAVRAS-CHAVE:** vítima; proteção; direito à informação; direito a ser ouvida; participação pessoal; processo crime transnacional; indemnização.

---

1 PhD Student, Messina University.  
2 PhD Student, Messina University.

## 1. Introduction

Worldwide, there is a general acknowledgement of the need to protect the person who has suffered the consequences of a criminal offence, since crime is not only a wrong against society but also a violation of the individual rights of victims<sup>3</sup>. For a long time, however, victims played a marginal role in modern criminal justice, at least compared to the attention paid to defendants who were deemed to be the only individuals worthy of being protected from the detrimental effects of criminal proceedings on their fundamental rights<sup>4</sup>. Although they undergo various types of economic, physical, and mental harm, victims were not allowed to directly contribute to fact-finding and decision-making processes: at most, they were seen as nothing more than witnesses and passive observers to the proceedings. Moreover, there was no room in criminal trials for their emotions and their need to remedy the harm they had suffered.

In recent decades, however, this situation has progressively changed, and the aggrieved parties have become the focal point of important transformations at both an international and supranational law level. The protection of victims is primarily aimed at avoiding the so-called secondary victimisation, and the granting of more active participation than before during the whole criminal proceedings.

The achievement of these goals, today, appears to be a very complex task, but also truly necessary for several reasons. One might consider the free movement of persons and goods over vast areas, which entails that criminal phenomena may have a transnational dimension or even be borderless (for instance, in the case of offences committed by using the Internet). Furthermore, the enforcement of victims' rights could turn out to be truly challenging in cross-border situations, thus requiring the intervention of authorities from different countries, which would need to deploy human and economic resources to provide assistance, protection and information to the victims<sup>5</sup>. The main risk is the

---

3 This contribution is the outcome of a joint investigation. E. Malino wrote sections 1, 2, 4 and 5. V. Di Nuzzo wrote sections 3, 6, and 7.

See Recital no. 9 Directive 2012/29/EU. As underlined by J. DOAK, *Victims' Rights in Criminal Trials: Prospects for Participation*, in *Journal of Law and Society*, 2005, p. 302, "in many international criminal justice systems and human rights fora, 'victims' rights' are therefore increasingly being construed as a form of human rights, worthy of legal protection within domestic systems".

4 See M. MONTAGNA, *I diritti minimi della vittima*, in A. GAITO (ed.), *I principi europei del processo penale*, Dike, Roma, 2016, p. 300, and already M. CHIAVARIO, *Il "diritto al processo" delle vittime dei reati e la Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto processuale*, 2001, p. 939. This author addresses the topic from the viewpoint of the ECHR, highlighting that the Convention focuses on the one who is accused of being the perpetrator of a crime.

5 A. KLIP, *Fair trial rights in the European Union: reconciling accused and victims' rights*, in T. RAFARACI, R. BELFIORE (eds.), *EU Criminal Justice. Fundamental rights, transnational proceedings and the European Public Prosecutor's Office*, Springer, Cham, 2018, p. 23.

defeat of complaints made by persons injured by a crime which is not committed in their country of residence, or which they are victims of when are located abroad.

This scenario requires a comprehensive overview of the international and supranational framework, in order to outline the victims' safeguards that must be granted in transnational situations. This analysis deals with the legal protection of victims in cross-border cases, in order to verify whether and to what extent the safeguards granted in domestic cases may also apply in transnational criminal proceedings.

## 2. The controversial concept of 'victims' and the general foundations of their legal protection

The main difficulties in protecting those who have suffered the negative consequences of a criminal offence in transnational situations is the absence of a shared legal definition of victim in an international law scenario. The very concept of victim has criminological roots, originating in a specific field of research, i.e. victimology, born in the 1950s, which deals with the study of victims and their reactions to sustained trauma, and also with their experience of the criminal justice system<sup>6</sup>. According to this branch of criminology, the victim is any person who has been harmed or has been wronged by others, who perceives himself or herself as a victim, and who shares the experience with others, by seeking help<sup>7</sup>. As can be seen, the definition is extremely wide-ranging<sup>8</sup>, making it unsuitable for a legal context, where technical and precise language is required<sup>9</sup>. Therefore, the first task of each legislative instrument has always been to provide a definition of the concept of victim<sup>10</sup>, with the opposite effect of making it more uncertain and problematic, because of the difference among several alternative definitions<sup>11</sup>. For example, according

6 M. RAUSCHENBACH, D. SCALIA, *Victims and international criminal justice: a vexed question?*, in *International Review of the Red Cross*, 2008, p. 442.

7 E. VIANO, *Vittimologia oggi: i principali temi di ricerca e di politica pubblica*, in A. BALLONI, E. VIANO (eds.), *IV Congresso Mondiale di Vittimologia. Atti della giornata bolognese*, Clueb, Bologna, 1989, p. 126, provided this definition, which has been translated here by the authors.

8 According to H. BELLUTA, *Quale ruolo per la vittima nel processo penale italiano?*, in *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 2019, p. 76, "il percorso (definitorio) si rivela pieno di incognite perché influenzato dall'estrema elasticità del concetto di 'vittima di reato'".

9 G. TRANCHINA, *La vittima del reato nel processo penale*, in *Cassazione penale*, 2010, p. 4053.

10 Regarding the difficulty of this operation see E. FATTAH, *Victim's Rights: past, present, and future. A global view*, in R. CARIO, D. SALAS (eds.), *Oeuvre de Justice et Victimes*, vol. 1, Paris, 2001, p. 81.

11 E. N. LA ROCCA, *La tutela della vittima*, in D. CHINNICI, A. GAITO (eds.), *Regole europee e processo penale*, Milano, 2018, pp. 149-151.

to the first Article of the U.N. *Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power*<sup>12</sup>,

“‘victims’ means persons who, individually or collectively, have suffered harm, including physical or mental injury, emotional suffering, economic loss or substantial impairment of their fundamental rights, through acts or omissions that are in violation of criminal law operative within Member States, including those laws proscribing criminal abuse of power”<sup>13</sup>.

The 1985 U.N. Declaration was a milestone in obtaining recognition of the role of victims by the international community<sup>14</sup>. But, in this context, a turning point was represented by the Rome Statute of the International Criminal Court of 1998<sup>15</sup>, which, for the first time, recognised, their participatory rights in criminal proceedings<sup>16</sup>. The Statute, however, did not clarify who a victim was. The *Rules of Procedure and Evidence* (hereafter, RPE) provided a definition of ‘victim’: according to Rule 85(a) RPE, in particular, “‘victims’ means natural persons who have suffered harm as a result of the commission of any crime within the jurisdiction of the Court”<sup>17</sup>. It is apparent that this definition is also too broad, and may thus impinge upon the effectiveness of victims’ participation in international criminal trials<sup>18</sup>.

12 Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power, adopted by General Assembly Resolution 40/34 of 29 November 1985 A/RES/40/34, available on <https://www.unodc.org/pdf/rddb/CCPCJ/1985/A-RES-40-34.pdf>.

13 Moreover, Article 2 of the Declaration affirms that “the term ‘victim’ also includes, where appropriate, the immediate family or dependants of the direct victim and persons who have suffered harm in intervening to assist victims in distress or to prevent victimization”.

14 M. RAUSCHENBACH, D. SCALIA, *Victims and international criminal justice*, cit., p. 443.

15 Rome Statute of the International Criminal Court, adopted in Rome on 17 July 1998, in force on 1 July 2002, United Nations, Treaty Series, vol. 2187, No. 38544, available at <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>.

16 M. COHEN, *Victims’ Participation Rights within the International Criminal Court: A Critical Overview*, in *Denver Journal of International Law & Policy*, 2009, p. 351. See also A. CASSESE, *The Statute of International Criminal Court: Some Preliminary Reflections*, in *European Journal of International Law*, 1999, p. 167.

17 Moreover, according to Rule 85(b) RPE, “victims may include organizations or institutions that have sustained direct harm to any of their property which is dedicated to religion, education, art or science or charitable purposes and to their historic monuments, hospitals and other places and objects for humanitarian purposes”.

18 The analysis of the problems linked to Rule 85(a) RPE is made by C. MELONI, *Victims in international criminal justice*, in L. LUPÁRIA DONATI (ed.), *Victims and criminal justice. European standards and national good practices*, Wolters Kluwer, Assago, 2015, pp. 52-57. For example, the provision does not clarify the nature of the ‘harm’.

Along with the acknowledgement by these international law instruments, both the European Council and the European Union have made significant steps forward in safeguarding the injured person<sup>19</sup>, albeit following two different approaches.

The European Convention on Human Rights (hereafter, ECHR) laid down no specific provisions regarding the victims of criminal offences: Article 34 provides a definition related to the right to access to the Court, by stating that 'victim' is "any person, non-governmental organisation or group of individuals who complains of a violation by one of the High Contracting Parties of the rights set forth in the Convention or the Protocols thereto"<sup>20</sup>. Under the Rome Convention, both the accused and the accuser can be considered as victims when complaining of the breach of a right protected by the Convention. Furthermore, the Council of Europe (hereafter, CoE) has played a crucial role in the development and implementation of safeguards of the individuals injured by criminal offences.

While the Committee of Ministers Council of the CoE has provided important soft law instruments for the victims of certain criminal offences or to those considered 'vulnerable'<sup>21</sup>, the ECtHR has progressively developed a set of safeguards for the aggrieved parties and their next of kin<sup>22</sup>, operating in both substantial and procedural terms<sup>23</sup>.

19 E.N. LA ROCCA, *La tutela della vittima*, cit., p. 145. With specific regard to the U.N. sources, V. BONINI, *Il sistema di protezione della vittima e i suoi riflessi sulla libertà personale*, Cedam, Milano, 2018, p. 12, affirms: "le fonti O.N.U., anche se possiedono il merito di aver coltivato il germe della nuova considerazione della vittima, si connotano per una blanda forza normativa che spesso si traduce in un contenuto dai sapori solo vagamente prescrittivi".

20 The difference between the two notions of victim is emphasised by M. CHIAVARIO, *Il "diritto al processo" delle vittime dei reati e la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., p. 945 ff.; E.N. LA ROCCA, *La tutela della vittima*, cit., p. 121 ff.; M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale, Dall'oblio al protagonismo?*, Napoli, 2015, p. 86 ff.

21 Since the 1970s, the European Council has adopted numerous legislative instruments to protect victims, for example Resolution no. (77)27 on the compensation of victims of violent crimes; Recommendation no. (83)7 regarding the society's participation in criminal politics; the European Convention on Compensation for Victims of Violent Crimes of 1983; Recommendation no. (85)11, concerning the position of victims in the field of criminal law and procedure; Recommendation no. (87)21 on victim assistance and the prevention of victimization; Recommendation no. (99)19 on mediation in criminal matters and Recommendation no. (06)8 on the assistance to victims of crime. See M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale*, cit., pp. 86-95. The most recent are the Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse, signed in Lanzarote, 25 October 2007, and Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence, signed in Istanbul, 11 May 2011.

22 The Court has adopted a broad definition of victim, which includes the so-called 'indirect-victim'. Indeed, the ECtHR granted the status of victim to the mother of a man who died during detention, because she was "herself the victim of the authorities' complacency in the face of her anguish and distress". Cf. ECtHR, 25 May 1998, *Kurt v. Turkey*, appl. no. 15/1997/799/1002. See M. MONTAGNA, *I diritti minimi della vittima*, cit., p. 311 and S. QUATTROCOLO, *La Corte europea dei diritti dell'uomo fa il punto sullo status di vittima*, in *La Legislazione penale*, 2008, p. 158.

23 The safeguards of the victim are established in Article 6 ECHR, and from the so-called *core rights*, established by Articles 2 (right to life), 3 (prohibition of torture), 4 (prohibition of slavery and forced labour), and 8 (right to respect for private and family life).

Moreover, many rulings of the European Court paved the way for the most important legal instrument adopted by the legislative bodies of the European Union<sup>24</sup>, namely Directive 2012/29/UE<sup>25</sup>. According to this legal instrument, which may be considered the *Magna Carta* of victims' rights in criminal proceedings<sup>26</sup>,

“(a) ‘victim’ means: (i) a natural person who has suffered harm, including physical, mental or emotional harm or economic loss caused directly by a criminal offence; (ii) family members of a person whose death was caused directly by a criminal offence and who have suffered harm as a result of that person's death”<sup>27</sup>.

As we can see, the lack of a uniform legal framework makes it difficult to identify a shared definition of ‘victim’. Nonetheless, international and supranational law have a common goal, that is the enhancement of the rights of the injured party in the field of protection, information, support, and participation in criminal proceedings. More specifically, several legal instruments provide for specific rules regarding the protection of victims with the two main purposes of avoiding serious consequences of the trauma caused by the crime and securing the evidentiary value of their statements<sup>28</sup>. In the

24 M. GIALUZ, *Victim's protection in the case law of the European Court of Justice and the European Court of Human Rights*, in L. LUPÁRIA DONATI (ed.), *Victims and criminal justice*, cit., p. 22; E. N. CATALANO, *La tutela della vittima nella direttiva 2012/29/UE e nella giurisprudenza delle corti europee*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2014, p. 1790.

25 Directive 2012/29/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime, and replacing Council Framework Decision 2001/220/JHA, available at <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:315:0057:0073:EN:PDF>. The 2001 FD represented the very first legal instrument adopted in the EU with the aim of securing minimum rights for crime victims. Unfortunately, implementation reports on the Council Framework Decision 2001/220/JHA, published in 2004 and in 2009, concluded that the EU legislation had not been effective in achieving minimum standards for victims across the EU. See *Report from the Commission on the standing of victims in criminal proceedings*, COM/2004/0054 final and *Report from the Commission on the standing of victims in criminal proceedings*, COM/2009/0166 final.

26 See F. DELVECCHIO, *La nuova fisionomia della vittima del reato dopo l'adeguamento dell'Italia alla direttiva 2012/29/UE*, in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 2016, pp. 1-33, who emphasises the importance of this Directive, holding that it provides the basic guidelines for every ‘victim-oriented’ legal intervention.

27 Article 2 Directive 2012/29/EU specifies that “‘family members’ means the spouse, the person who is living with the victim in a committed intimate relationship, in a joint household and on a stable and continuous basis, the relatives in direct line, the siblings and the dependants of the victim”. However, the victim's definition provided by Directive 2012/29/EU does not include family members of the injured persons who have suffered harm to physical integrity or other key values.

28 Art. 6(d) of the Declaration of Basic Principles highlights the necessity of “measures to minimise inconvenience to victims, protect their privacy, when necessary, and ensure their safety, as well as that of their families and witnesses on their behalf, from intimidation and retaliation”. Cf. Art. 68 (“Protection of the victims and witnesses and their participation in the proceedings”) of the Rome Statute of the International Criminal Court; Rules 87 and 88 RPE. See also Convention of Lanzarote on the Protection of Children and Convention of Istanbul on Preventing and Combating Violence against Women.



light of such approach, ensuring the safety of aggrieved parties was essential in order to permit them to contribute with their statements to the ascertainment of facts and the identification of those responsible for the crime<sup>29</sup>.

### 3. The victim's right to procedural and extra-procedural protection in cross-border cases

From their first contact with the competent authorities, victims must be granted adequate safeguards in order to preserve their psychophysical wellbeing, avoid secondary victimisation and reduce the risk of intimidation or retaliation that would prevent them from testifying in the criminal proceeding. The phenomenon of secondary victimisation, in particular, implies the need to protect the aggrieved person both 'in' and 'from' the criminal process<sup>30</sup>.

The degree of protection, which victims and their next of kin must be granted in domestic inquiries, significantly increases in cross-border cases, particularly when the victims are foreigners or a large number of people have suffered any kind of harm<sup>31</sup>. In these situations, identifying all the victims may itself be truly challenging, and, therefore, judicial cooperation can play a pivotal role in helping national authorities to identify all the aggrieved persons and grant them proper protection<sup>32</sup>.

But what exactly does 'protection' mean? First of all, as acknowledged by international courts, it lies with national lawmakers to provide coherent criminal law provisions aimed at sanctioning all those conducts that put at risk or jeopardise fundamental values, such as life, personal freedom, and human dignity<sup>33</sup>. This protection intervenes preventively

29 Cf. G. ILLUMINATI, *The victim as a witness*, in L. LUPÁRIA DONATI (ed.), *Victims and criminal justice*, cit., pp. 67-68.

30 According to M. DANIELE, E. CALVANESE, *Evidence gathering*, in R. KOSTORIS (ed.), *Handbook of European Criminal Procedure*, Springer, Cham, 2018, p. 386, 'secondary victimisation' means "the psychological trauma often suffered by victims due to the re-enactment of the events". Recently, the ECtHR condemned Italy for the infringement of Article 8 ECHR. According to the Court, a mother could be exposed to secondary victimisation, when the civil tribunal revoked her parental responsibility, after she reported the violence suffered by her husband. Cf. ECtHR, 10 November 2022, *I.M. and others v. Italy*, appl. no. 25426/29.

31 Cf. Report on Eurojust's casework on victims' rights. A contribution to the European Commission Coordinator for Victims' Rights mapping exercise, February 2022.

32 In the event of a systematic lack of proper resources for victim protection, authorities are forced to come up with creative solutions to provide protection or reduce the risk of intimidation or retaliation. See European Centre for Constitutional and Human Rights, *Enhancing Victims' Rights in Mutual Legal Assistance Frameworks*, cit., p. 13.

33 On positive obligations, cf. ECtHR, 7 October 2021, *Zoletic and others v. Arzebaijan*, appl. no. 20116/12, para. 186; ECtHR, 9 June 2009, *Opuz v. Turkey*, appl. no. 33401/02, para. 150. See T. ABDEL-MONEM, *Opuz v. Turkey: Europe's Landmark Judgment on Violence against Women*, available at <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r23564.pdf>. The Inter-American Court of Human Rights adopted a similar approach: the broad clause of Article 1 ACHR, which imposes on States the duty to respect the rights enshrined in the American Pact of San José, sets the general

and aims at avoiding primary victimisation<sup>34</sup>. Secondly, all competent authorities must adopt the necessary measures to avoid further harm as a result or consequence of the involvement in the criminal proceedings or caused by the accused person or third parties. The ECtHR has constantly underlined the obligation of contracting States to undertake all the necessary measures, both substantial and procedural, to safeguard the lives of the people under their jurisdiction<sup>35</sup>. Although the Court does not list all the available means to protect victims' life, it requires international lawmakers to establish the best procedures aimed at preventing further infringements of fundamental rights, after a crime has been already committed<sup>36</sup>. In sum, caselaw has strongly contributed to the enhancement of victims' protection before and during criminal proceedings, above all when key values are at stake, such as personal safety and freedom, the right to privacy and the right not to be discriminated against.

It is worth noting that most of the indications provided by the ECtHR regarding the safeguard and participation of the aggrieved party can be applied to cases with a transnational dimension. Indeed, even if the Court scrutinises the conduct of the domestic authorities of individual States, breaches of fundamental rights enshrined by ECHR law emerge increasingly often in proceedings that acquire a cross-border nature either because of the need to obtain evidence in a third country, or due to the nationality of the persons concerned. But even in these cases, States are called upon to ensure an adequate and effective protection of victims' rights and to facilitate their active participation in the proceedings.

In the context of this framework, Directive 2012/29/EU pays specific attention to the issues related to victims' protection, and pinpoints types of crimes (terrorism, violent crimes, human trafficking), most of which may be of a transnational nature, and categories of victims (children or subjects who are recognised as particular vulnerable after individual assessment<sup>37</sup>), which entail the adoption of specific measures of protection

.....  
foundations for requirements for the protection of victims through criminal proceedings. See, for example, IACtHR, 29 July 1988, *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, para. 166.

34 T. RAFARACI, *New Perspectives for the Protection of the Victims in the EU*, in S. Ruggeri, (ed.), *Human Rights in European Criminal Law. New Developments in European Legislation and Case Law after the Lisbon Treaty*, Springer, Heidelberg, 2015, p. 217.

35 ECtHR, 2 March 2017, *Talpis v Italy*, appl. no. 41237/24, paras. 99 ff.; ECtHR, 12 June 2008, *Bevacqua and S. v Bulgaria*, appl. no. 71127/01, para. 65; ECtHR, 5 March 2009, *Sandra Janković v. Croatia*, appl. no. 38478/05, para. 45; ECtHR, 14 October 2010, *A. v. Croatia*, appl. no. 55164/08, para. 60. Cf. IACtHR, 19 March 2009, *Poblete Vilches and others v. Chile*, para. 190; IACtHR, *Véliz Franco and others v. Guatemala*, para. 202.

36 ECtHR, 30 October 2012, *E.M. v. Romania*, appl. no. 43994/05.

37 Cf. *Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the implementation of Directive 2012/29/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime, and replacing Council Framework Decision 2001/220/JHA*, 11 May 2020, available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0188&from=EN>, p. 7, according to which in

by Member States when dealing with them. This Directive highlights the relevance of protection in order to allow victims to participate in the criminal proceeding without any further prejudice<sup>38</sup>. Among the protective measures listed as examples by European law, the video recording of interviews<sup>39</sup> and separate premises have the specific purpose of avoiding contact between victims and their family members with the alleged offender<sup>40</sup>.

In addition, Chapter 4 of the Directive on victims' rights provides specific indications regarding victims' right to protection from any kind of harm, while emphasising the need to avoid visual contact with the alleged perpetrators and to make special measures available for some categories of subjects that are particularly vulnerable<sup>41</sup>. Even though the Directive is mainly targeted at domestic criminal trials, we may argue that some measures may be extremely useful in cross-border investigations, particularly those regarding serious criminal phenomena related to human trafficking, terrorism, or organised crime. Remarkably, the Directive itself specifies that Member States must ensure the victim's protection regardless of their citizenship or nationality<sup>42</sup>.

Furthermore, the abovementioned Recital no. 51 deals with the case in which the victim has left the territory of the Member State where the criminal offence was committed, by stating that the Member State should only provide protection "for what is directly related to any criminal proceedings it is conducting regarding the criminal offence concerned, such as special protection measures during court proceedings". In this case, the State where the victim lives should provide any further assistance or protection

---

several Member States the requirement to introduce the individual assessment of particular vulnerability is not implemented or is only partially implemented. This impacts the overall compliance with the provisions on specific protection measures under Articles 23 and 24 that rely on such an evaluation.

38 However, fewer than half of the Member States comply with this provision, since they systematically lack specific measures aimed at protecting family members. In a few Member States, these relevant measures are not available to all victims or the existing measures do not consider protection against the risks of emotional or psychological harm. *Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the implementation of Directive 2012/29/EU*, p. 7.

39 The *Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the implementation of Directive 2012/29/EU*, p. 8, highlighted that in several Member States communication technologies, despite their usefulness, are not deployed effectively during court proceedings as a means to avoid contact between victims and offenders.

40 Only few Member States fulfil this requirement with practical, non-legislative measures. Cf. *Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the implementation of Directive 2012/29/EU*, p. 8.

41 Cf. Articles 22 ("Individual assessment of victims to identify specific protection needs"), 23 ("Right to protection of victims with specific protection needs during criminal proceedings") and 24 ("Right to protection of child victims during criminal proceedings. See G. ILLUMINATI, *The victim as a witness*, cit., p. 70 ff.

42 Cf. Recital no. 10, which clarifies that the "Directive does not address the conditions of the residence of victims of crime in the territory of the Member States. Member States should take the necessary measures to ensure that the rights set out in this Directive are not made conditional on the victim's residence status in their territory or on the victim's citizenship or nationality".

when necessary<sup>43</sup>. The shield of protection should follow the victim across the Union, regardless of the Member State in which they live.

However, even if in 2012 EU lawmakers did not exhaustively address the problems related to the protection of foreign victims or victims that are not resident in the trial State<sup>44</sup>, one year before, Directive 2011/99/EU introduced a remarkable new measure, namely the European protection order (hereafter, Directive EPO), with the purpose of extending the safeguard of victims in all the Member States and allowing them to fully enjoy the right to freedom and free movement across the Union<sup>45</sup>. In sum, this legal instrument built a form of trans-border protection for the persons it was aimed at. An EPO, then, may be issued when a person who is under a domestic protection measure in the requesting State decides to reside or live in a different Member State, which must execute the order without undue delay, and adopt a measure that would be available under its national law in a similar case, with the aim of protecting the person in question. Nevertheless, the analysis of the practical application of the EPO Directive has shown that this legal instrument has not yet reached its full potential, since the number of orders issued and executed is quite low: according to the 2020 *Report* of the Commission, only 37 EPOs were issued and only 15 executed<sup>46</sup>. The most plausible reasons for this failure are: that the persons concerned were unaware they could avail themselves of such orders<sup>47</sup>; that national authorities had not been fully informed about how to activate cross-border protection; that other national protection measures were available<sup>48</sup>. In the same period,

43 As stated by Article 3(g) of the Directive, if victims “are resident in a Member State other than that where the criminal offence was committed”, they must be informed of “any special measures, procedures or arrangements, which are available to protect their interests in the Member State where the first contact with the competent authority is made”.

44 Victims in cross-border situations are likely to feel more vulnerable and face many difficulties exercising their rights. For instance, complaints made to competent authorities outside the EU, such as embassies or consulates, do not fulfil the obligations set out in the Directive. See *Commission Staff Working Document Evaluation of Directive 2012/29/EU*, cit., p. 34.

45 In this sense, see Recital no. 6 Directive EPO: “In a common area of justice without internal borders, it is necessary to ensure that the protection provided to a natural person in one Member State is maintained and continued in any other Member State to which the person moves or has moved. It should also be ensured that the legitimate exercise by citizens of the Union of their right to move and reside freely within the territory of Member States, in accordance with Article 3(2) of the Treaty on European Union (TEU) and Article 21 TFEU, does not result in a loss of their protection”.

46 *Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the Implementation of Directive 2011/99/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on the European Protection Order*, available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2020:187:FIN>.

47 The implementation of some provisions of the Directive, such as the obligation to inform the victim, should be improved in some Member States. Moreover, some of them do not envisage any sanctions for a breach of measures adopted in execution of an EPO. This may have a deterrent effect on potential requests for this form of cross-border protection.

48 See T. WAHL, *Commission: Directive on European Protection Order Underused in Practice*, in *Eucri*m, 14 August 2020.

the Commission *Report about the implementation of Victims' Rights Directive* underlined that most Member States still have unsatisfactory measures regarding access to information, support services, and protection with respect to victims' individual needs<sup>49</sup>.

Notwithstanding the great number of legal instruments that have expressly recognised the need to protect the victims, this task still remains difficult for the competent authorities to fulfil<sup>50</sup>. In the context of the European Union, Eurojust can play a pivotal role in the identification and protection of victims, thanks to the sharing information systems, and especially in the field of transnational criminal justice enables timely and efficient coordination in cross-border cases involving victims<sup>51</sup>. Indeed, since some serious forms of crimes involve a huge number of victims, in such cases the protection of the victims' interests must be taken into account when establishing the competent jurisdiction<sup>52</sup>. Regarding this issue, Eurojust has provided assistance in determining the best place to prosecute, without neglecting the victims' position<sup>53</sup>.

Furthermore, cross-border crimes exasperate the difficulties of identifying and protecting the victims, negatively impacting such protection<sup>54</sup>. For this reason, mutual legal assistance and international judicial cooperation not only facilitate information sharing, but are extremely helpful in protecting victims of cross-border crimes<sup>55</sup>.

49 T. WAHL, *Commission Unsatisfied with Transposition of Victims' Rights Directive*, in *Eucrim*, 14 August 2020.

50 "The general assessment is that the Directive has significantly extended and strengthened victims' right to receive protection. Nonetheless, the evaluation found that there are still difficulties limiting the effective implementation of this right". See *Commission Staff Working Document Evaluation of Directive 2012/29/EU*, cit., p. 20.

51 *Report on Eurojust's casework on victims' rights*, cit., p. 6.

52 Recital no. 9 of Council Framework Decision 2009/948/JHA of 30 November 2009 on prevention and settlement of conflicts of exercise of jurisdiction in criminal proceedings states that the competent authorities should take into account the place of the "significant interests of victims and witnesses". However, the Framework Decision's rules said nothing about this topic. Also Article 19(3) of the Directive (EU) 2017/541 of the European Parliament and of the Council of 15 March 2017 on combating terrorism and replacing Council Framework Decision 2002/475/JHA and amending Council Decision 2005/671/JHA of 13 June 2002 on combating terrorism provides that the country of origin of the victims is a factor that must be considered when these crimes fall within the jurisdiction of more than one Member State, which are required to cooperate in order to decide which of them will prosecute the offence.

53 In 2002, an oil-tanker owned by a Greek firm and registered in the Bahamas, spilled 77,000 tons of heavy fuel near the Spanish coastline, forcing the closure of Spanish and French fishing grounds. Eurojust contributed to establishing the trial country and recommended that it was Spain, because it could have granted the proper safeguards to both French and Spanish victims. This conflict of jurisdiction was resolved by using the best interest of victims as the determining factor. See *Report on Eurojust's casework on victims' rights*, cit., p. 14.

54 As reported by Eurojust, "difficulties range from the identification of all victims to the complexity of organising their participation in different trials without running into the risk of secondary victimization". See *Report on Eurojust's casework on victims' rights*, cit., p. 19.

55 Cf. Recital no. 5 Directive 2011/36/EU of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims, and replacing Council Framework Decision 2002/629/JHA, shows favour towards "close cross-border cooperation, including the sharing of information and the sharing of best practices, as well as a continued open dialogue between the police, judicial and financial authorities of the Member States, is essential. The coordination of investigations and prosecutions of cases of trafficking in human beings should be facilitated by enhanced cooperation

However, the 2022 *Evaluation of Directive 2012/29/EU* underlined some serious issues concerning “the lack of information on the existing cooperation mechanisms between Member States, the lack of efficient coordination and cooperation among Member States, and the lack of financial resources and/or necessary means to guarantee effective cross-border criminal proceedings”<sup>56</sup>.

#### **4. The victim's right to information, support and assistance outside and within the criminal trial in cross-border situations**

Despite the increasing attention paid to victims at different levels, the provisions regarding their procedural safeguards may be insufficient to ensure the development of their role in criminal justice. The concrete exercise of these safeguards could encounter various practical difficulties, mainly of a personal, economic, linguistic, and legal nature. Therefore, national and international lawmakers have attempted to remove (or reduce) such barriers by laying down specific duties for the judicial authorities to improve the victims' right to information, support, and assistance<sup>57</sup>.

Traditionally, domestic law has recognised these rights by considering the injured person from a criminological perspective, as someone who has suffered damages as a consequence of a criminal offence, and who because of this should be supported and helped<sup>58</sup>. Remarkably, original forms of ‘service rights’<sup>59</sup> provided to victims were psychological and medical assistance, which should be granted out of court, regardless of the aggrieved party's decision to cooperate with the competent authorities<sup>60</sup>.

In recent times, the approach followed by supranational law has changed, and these rights have acquired increasing relevance with a view to ensuring active and informed

---

with Europol and Eurojust, the setting-up of joint investigation teams, as well as by the implementation of Council Framework Decision 2009/948/JHA of 30 November 2009 on prevention and settlement of conflict of jurisdiction in criminal proceedings”.

56 For example, video-hearing tools are not used in all the Member States, due to a lack of resources or a proper legal framework. In addition, recourse to collaborative platforms must be implemented in order to achieve satisfactory cooperation. See *Commission Staff Working Document Evaluation of Directive 2012/29/EU*, cit., p. 19.

57 The explicit recognition of those rights is not an innovation led by the recent legal instrument in the field of victim protection. Indeed, the 1985 UN Resolution provided the right to assistance, affirming that “victims should receive the necessary material, medical, psychological and social assistance through governmental, voluntary, community-based and indigenous means”.

58 V. BONINI, *Il sistema di protezione della vittima e i suoi riflessi sulla libertà personale*, cit., p. 27-28.

59 The expression is used by J. DOAK, *Victims' Rights, Human Rights, and Criminal Justice. Reconciling the Role of Third Parties*, Hart Pub Ltd, Oxford, 2008, p. 4.

60 Assistance and support for victims are independent in any legal instrument from their willingness to cooperate in the criminal investigation, prosecution or trial. Indeed, according to Article 18(4) of the Istanbul Convention, “the provision of services shall not depend on the victim's willingness to press charges or testify against any perpetrator”.

participation in criminal proceedings. The very first safeguard that the domestic authorities must grant victims is the possibility of understanding the content of the communication received. To this end, according to Directive 2012/29/EU, “Member States shall take appropriate measures to assist victims to understand and be understood from the first contact”<sup>61</sup>. This new approach is of paramount importance in cross-border situations because it lays the basis for the recognition of linguistic assistance<sup>62</sup>. Indeed, linguistic assistance plays a key role in enabling victims to actively take part in the proceedings. If victims are involved in proceedings conducted by a country in which they are not resident, they need to be provided with adequate interpretation and translation services<sup>63</sup>. The final Report of the *Study to support the evaluation of Directive 2012/29/EU* highlights the link between procedural safeguards and linguistic rights<sup>64</sup>, stressing that “the right to be heard was better enforced for victims in cross-border situations, with the help of translation and interpretation service”. In light of this, the Directive on victims’ rights grants the aggrieved party the right to present a charge using their own language, and the right to request the translation of a document considered fundamental. These provisions largely reproduce the contents of Directive 2010/64 on the right to interpretation and translation in criminal proceedings<sup>65</sup>. Nonetheless, some important features distinguish the two legal texts, and the protection ensured to victims seems to be weaker than that given to defendants. EU law, indeed, does not recognise an absolute right to linguistic understanding; rather, it makes constant reference to the victim’s “role in the relevant criminal justice system in criminal proceedings”<sup>66</sup>. Moreover, the 2012 legislation does not require the translation of all the procedural documents: it only

61 Article 3 Directive 2012/29/UE.

62 According to Recital no. 21 “Information and advice provided by competent authorities, victim support services and restorative justice services should, as far as possible, be given by means of a range of media and in a manner which can be understood by the victim. Such information and advice should be provided in simple and accessible language. It should also be ensured that the victim can be understood during proceedings. In this respect, the victim’s knowledge of the language used to provide information, age, maturity, intellectual and emotional capacity, literacy and any mental or physical impairment should be taken into account. Particular account should be taken of difficulties in understanding or communicating which may be due to a disability of some kind, such as hearing or speech impediments. Equally, limitations on a victim’s ability to communicate information should be taken into account during criminal proceedings”.

63 According to L. PARLATO, *La parola alla vittima. Una voce in cerca di identità e di “ascolto effettivo” nel procedimento penale*, in *Cassazione penale*, 2013, p. 3303, “affinché la partecipazione della persona offesa al procedimento sia effettiva, occorre che essa sia salvaguardata rispetto al c.d. rischio linguistico”.

64 Commission Staff Working Document *Evaluation of Directive 2012/29/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime, and replacing Council Framework Decision 2001/220/JHA*, available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022SC0179&from=FR>, p. 19.

65 L. PARLATO, *La parola alla vittima*, cit., p. 3293 ff.

66 For example, see Article 7(1) Directive 2012/29/EU.

ensures the right to obtain the translation of the “information essential to the exercise of their rights in criminal proceedings in a language that they understand, free of charge, to the extent that such information is made available to the victims”<sup>67</sup>. Thus, the domestic authorities are not demanded to translate the “passage of essential documents which are not relevant for the purpose of enabling victims to actively participate in the criminal proceeding”<sup>68</sup>.

Concerning this issue, Recital no. 30 of the 2012 Directive expressly refers to the decision “finding [...] guilt or otherwise ending criminal proceedings”, thus limiting the victim’s right to translation only to few cases. In addition, Recital no. 34 provides that Member States, depending on the role of victims in domestic legislations, can allow for interpretation and translation only “to the extent necessary for victims to exercise their rights”. Nonetheless, the reference to the exercise of victims’ rights could be read to enhance their right to linguistic understanding. Interestingly in the *Covaci* case, the CJEU delivered an extensive interpretation of the documents that should be translated<sup>69</sup>, even though this approach addressed defendants’ rights. In light of this, we can argue that, following the words of Recital no. 34 itself, that the victim could benefit from the translation of other documents when they are relevant for the effectiveness of their rights. The Directive neither clarifies the situation in which some information may be considered ‘essential’ nor which authority should make this assessment<sup>70</sup>. Therefore, the decision of the competent authority about whether information is essential or not does not seem to be open to discussion, since EU law does not ensure any chance for the victim to challenge the refusal by the domestic bodies to translate certain documents or parts of them. EU law leaves to the discretion of national legislators the introduction of appropriate instruments to tackle this issue<sup>71</sup>, thus jeopardising the effectiveness of linguistic assistance and, consequently, the concrete exercise of victims’ procedural safeguards.

Another serious difficulty in ensuring participation in criminal proceedings could be the lack of legal knowledge of the victim and his or her relatives. Such difficulties have

67 Article 7(3) Directive 2012/29/EU.

68 Article 7(5) Directive 2012/29/EU. See also S. RUGGERI, *Audi Alteram Partem in Criminal Proceedings. Towards a Participatory Understanding of Criminal Justice in Europe and Latin America*, Springer Cham, 2017, p. 385, who criticises this provision, because it leads to a paradoxical result: indeed, “if the guarantee of translation only concerns the documents essential to the exercise of the defence rights, how can there be passages that are not relevant to ensure the victim’s active participation in the proceeding?”.

69 CJEU, 15 October 2015, *Covaci*, C-216/14, paras. 45 ff.

70 S. ALLEGREZZA, *Victim’s statute within directive 2012/29/EU*, in L. LUPÁRIA DONATI (ed.), *Victims and criminal justice. European standards and national good practices*, cit., p. 12.

71 In this regard, the linguistic safeguards granted to the injured person appear more limited than those established by the Directive 2010/64. Indeed, Articles 2 and 3 require Member States to provide a mechanism or an appeal procedure to challenge such a decision.



a huge relevance also in cross-border cases, since the victims may not be aware of the legal system of trial State. Indeed, the aggrieved parties, even if adequately informed by the authorities, would not be able to effectively exercise their procedural safeguards by their own. Therefore, they may not have the financial resources to face all the legal expenses. Hence, Member States have to remove this economic and technical barriers by recognising the right to be assisted by a lawyer<sup>72</sup> and to access legal aid<sup>73</sup>. Nonetheless, the scope of this right appears to be somehow weak because it offers guarantees on condition that the victim, according to domestic law, has the *status* of a formal party to criminal proceedings, and the requirements under which the injured persons may access legal aid shall be determined by domestic law<sup>74</sup>.

As we can see, EU law legitimises the maintenance of divergencies in the relevant legislation among Member States, also in the field of victims' right of information, support, and assistance. Thus, after listing the information that Member States must provide to the aggrieved party<sup>75</sup>, the 2012 Directive, through recognising some innovative safeguards, still leaves a wide margin of discretion to national legislators.

This cautious approach, despite potentially having a negative impact on the effective enhancement of the victim's role in criminal proceedings, however seems to be understandable. Certainly, the improvement of the rights of assistance and support necessitates significant economic and social efforts, and sometimes national and international authorities struggle to find the resources and put such arrangements in

72 For example, Article 68 of the Statute of Rome allows victims to choose their legal representatives, who have a right to present their views and make submissions when their interests are likely to be affected.

73 Article 13 Directive 2012/29/EU.

74 Actually, even the exercise of the "right to reimbursement of expenses" depends on these two conditions. Indeed, the Article 14 affirms that "Member States shall afford victims who participate in criminal proceedings, the possibility of reimbursement of expenses incurred as a result of their active participation in criminal proceedings, in accordance with their role in the relevant criminal justice system. The conditions or procedural rules under which victims may be reimbursed shall be determined by national law".

75 According to Article 4 Directive 2012/29/EU, Member States must ensure that victims are offered the information related to "(a) the type of support they can obtain and from whom, including, where relevant, basic information about access to medical support, any specialist support, including psychological support, and alternative accommodation; (b) the procedures for making complaints with regard to a criminal offence and their role in connection with such procedures; (c) how and under what conditions they can obtain protection, including protection measures; (d) how and under what conditions they can access legal advice, legal aid and any other sort of advice; (e) how and under what conditions they can access compensation; (f) how and under what conditions they are entitled to interpretation and translation; (g) if they are resident in a Member State other than that where the criminal offence was committed, any special measures, procedures or arrangements, which are available to protect their interests in the Member State where the first contact with the competent authority is made; (h) the available procedures for making complaints where their rights are not respected by the competent authority operating within the context of criminal proceedings; (i) the contact details for communications about their case; (j) the available restorative justice services; (k) how and under what conditions expenses incurred as a result of their participation in the criminal proceedings can be reimbursed".

place. For example, in all five trials concerning the 1994 Rwandan genocide in Belgium, the national authorities enabled victims and witnesses to participate personally in the proceedings, by way of organising passports and visas, paying for local transport and flights, providing clothing, and arranging collective accommodation in military or police compounds or hotels<sup>76</sup>. Such measures entail important costs for domestic systems, but there could be cases in which similar efforts cannot be made. This situation is clearly more problematic in cross-border cases. Because of the economic efforts required to grant victims' right to be assisted, national authorities (investigators, prosecutors, courts) may not always consider such activities as part of their portfolio. Therefore, there is a strong need to identify the State responsible for the assistance of the victims when multiple States are involved. It was precisely in this regard that the 2012 Directive provided that

“if the victim has left the territory of the Member State where the criminal offence was committed, that Member State should no longer be obliged to provide assistance, support and protection except for what is directly related to any criminal proceedings it is conducting regarding the criminal offence concerned, such as special protection measures during court proceedings. The Member State of the victim's residence should provide assistance, support and protection required for the victim's need to recover”<sup>77</sup>.

## 5. The victim's right to be heard and personal participation in transnational criminal proceedings

In recent times, victims have increasingly requested to make their voices heard in criminal proceedings. In particular, the right to be heard lies at the core of the guarantee of participation<sup>78</sup>, even if it represents the minimum level of victims' involvement in criminal trials<sup>79</sup>.

76 European Centre for Constitutional and Human Rights, *Enhancing Victims' Rights in Mutual Legal Assistance Frameworks. Recommendations for the Convention on international Cooperation in the Investigation and Prosecution of the Crime of Genocide, Crimes against Humanity and War Crimes*, 1 May 2020. This is the reason why some scholars have criticised the excessive attention paid to victims' rights, since their participation in criminal proceedings, especially before the ICC, entails further delay in already complex cases. The enhancement of their role, indeed, requires significant efforts by the competent authorities in terms of resources and logistics. M. S. GROENHUIJSEN, *The development of international policy in relation to victims of crime*, in *International Review of Victimology*, 2014, p. 42.

77 Recital no. 51 Directive 2012/29/EU. See also Victim Support Europe, *Handbook for Implementation of Legislation and Best Practice for Victims of Crime in Europe*, 2013, pp. 17-18.

78 A. KLIP, *Fair trial rights in the European Union*, cit., p. 22.

79 H. BELLUTA, *Quale ruolo per la vittima nel processo penale italiano?*, cit., p. 84.

Traditionally, international law did not grant the victims an autonomous right to be heard<sup>80</sup>. This caused a truly problematic situation, showed by the experience of the *ad hoc* international criminal tribunals (such as the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia and the International Criminal Tribunal for Rwanda): victims/witnesses could only be heard during the proceedings if called previously by the parties and within the limits of the questions presented by the prosecutor or the defence<sup>81</sup>. Therefore, their participation in criminal proceedings was purely accidental.

However, the limited chance to tell their stories affected both individual and general interests, impeding the achievement of an effective protection of victims' rights, while complicating the proper ascertainment of facts. Without a doubt, the statements of the people who have undergone the consequences of a criminal offence often play a key role in understanding how it was committed. Furthermore, the information that victims can provide sometimes represents the main, if not sole evidence in the trial, which explains why the injured party is often called upon to collaborate with the authorities<sup>82</sup>. In these cases, victims are granted with urgent protection measures because of their role as witnesses, since the main goal is to ensure that evidence may be used in the trial<sup>83</sup>.

Although the legal framework has significantly evolved and has progressively improved personal participation and the right to be heard, the approach followed by international and supranational law and case-law is still ambiguous, and reduces the effectiveness of victims' safeguards. At the EU law level, indeed, Directive 2012/29/UE addresses these issues cautiously<sup>84</sup>, and the Court of Justice has sometimes interpreted these rules restrictively. For example, while EU law allows the aggrieved parties to contribute to fact-finding with their statements, their right to be heard, according to the

80 Today, this right is enshrined by Article 68 of the Statute of Rome, Article 31(c) of the Lanzarote Convention, and Article 5(d) of Istanbul Convention. Moreover, it is expressly set out in the Article 10 of Directive 2012/29/EU, according to which "1. Member States shall ensure that victims may be heard during criminal proceedings and may provide evidence. 2. The procedural rules under which victims may be heard during criminal proceedings and may provide evidence shall be determined by national law". G. ILLUMINATI, *The victim as a witness*, cit., p. 68, pointed out the distinction between the two rights recognised by Article 10, affirming that they do not coincide "even if his or her own evidence is one of the main proofs that the victim can ask to present".

81 According to J. DOAK, *Victims' Rights in Criminal Trials*, cit., p. 312, "it is ironic that the person whose complaint was instrumental in bringing the case to court is denied the right to participate as a separate player in proceedings, but must instead play an extremely limited role in so far as they may only testify if called by prosecution, and may only relay information to the factfinder within the questioning parameters laid down by counsel". See also, G. ZAGO, *The role of victims at the international criminal court: legal challenges from the tension between restorative and retributive justice*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2014, p. 4.

82 G. ILLUMINATI, *The victim as a witness*, cit., p. 67.

83 See H. BELLUTA, *Quale ruolo per la vittima nel processo penale italiano?*, cit., p. 86; C. EVANS, *Reparations for Victims in International Criminal Law*, available at <https://rwi.lu.se/app/uploads/2012/04/Reparations-for-Victims-Evans.pdf>, p. 6.

84 S. RUGGERI, *Audi Alteram Partem in Criminal Proceedings*, cit., p. 380.

Court, does not give the victims any power over the outcome of the proceedings. The CJEU underlined that they cannot influence the determination of the sanction and its amount, or the criminal effects of a conviction<sup>85</sup>.

Furthermore, EU legislation still grants Member States considerable leeway in deciding how to concretely ensure that victims have an opportunity to take part and right to be heard in criminal proceedings. The 2012 Directive also stresses that their involvement in criminal proceedings depends on several variables, in particular the different solutions provided for by national legislation in relation to the victims' formal *status*<sup>86</sup>. This Recital has been considered to be 'cryptical' since the constant reference to national law makes the effectiveness of procedural safeguards dependent on whether Member States grant the aggrieved parties the right to play an active role in criminal proceedings<sup>87</sup>.

In addition to this, Article 10 does not clarify when the injured person should be heard. Therefore, the fact that Member States could require the victims' hearing also at a later stage of the trial jeopardises the effectiveness of their rights. Article 20, which establishes the "right to protection of victims during criminal investigations", states that the interviews must be conducted without "unjustified delay after the complaint with regard to a criminal offence has been made to the competent authority"<sup>88</sup>. However, this right has to be granted "without prejudice to the rights of defence and in accordance with rules of judicial discretion"<sup>89</sup>. Once again, the approach of the EU legislator was overly cautious: the real safeguard of victims' procedural rights is entrusted to the discretion of each Member State. Although the final report of the *Study to support the evaluation of Directive 2012/29/EU* identified "a few similar good practises in several Member States"<sup>90</sup>, the *status*

85 CJEU, 9 September 2008, *Kuts*, C-404/07. See T. RAFARACI, *New perspectives for the protection of the victims in the EU*, cit., p. 218.

86 Indeed, according to Recital no. 20 Directive 2012/29/EU, "The role of victims in the criminal justice system and whether they can participate actively in criminal proceedings vary across Member States, depending on the national system, and is determined by one or more of the following criteria: whether the national system provides for a legal status as a party to criminal proceedings; whether the victim is under a legal requirement or is requested to participate actively in criminal proceedings, for example as a witness; and/or whether the victim has a legal entitlement under national law to participate actively in criminal proceedings and is seeking to do so, where the national system does not provide that victims have the legal status of a party to the criminal proceedings. Member States should determine which of those criteria apply to determine the scope of rights set out in this Directive where there are references to the role of the victim in the relevant criminal justice system". Thanks to this provision, although most Member States have transposed the right to be heard, "the extent to which victims may exercise that right does vary in national legislation". Cf. *The Victims' Rights Directive 2012/29/EU. European Implementation Assessment*, December 2017, available at [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/611022/EPRS\\_STU\(2017\)611022\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/611022/EPRS_STU(2017)611022_EN.pdf), p. 55

87 S. RUGGERI, *Audi Alteram Partem in Criminal Proceedings*, cit. p. 380.

88 Article 20(1)(a) Directive 2012/29/EU.

89 Article 20 Directive 2012/29/EU.

90 *Commission Staff Working Document Evaluation of Directive 2012/29/EU*, cit., p. 19.

of the aggrieved party still remains different across EU countries. The discrepancies among the domestic legislations could be particularly problematic whenever the trial country does not ensure to the victim the same guarantees of his or her resident State.

Within ECHR law, the ECtHR has played a crucial role in the enhancement of victims' right to be heard during criminal investigations. The Court has recognised the need to immediately hear the victim of specific criminal offence, such as stalking and sexual harassment. Particularly, it has emphasised the duty for the investigating authorities to carry out all the necessary activities, including complete and timely investigations, and to protect the victims from the risk of further violations of their fundamental rights<sup>91</sup>. Hence, although EU law is less specific about when authorities should first interview the victim, the right to be heard – following the procedural obligation set by the ECtHR – should be granted already at the early stage of criminal inquires<sup>92</sup>.

Despite the potentialities of the recent ECtHR case-law, the concrete exercise of this right could infringe upon other fundamental rights of the victim. Indeed, experiencing a criminal trial could affect their physical and mental health, especially when they have to be cross-examined. In that specific situation, the aggrieved parties have to recall the criminal facts and to confront the accused, thus reliving their trauma. Therefore, judicial authorities must take the necessary steps to minimise this risk and to avoid further damage. According to EU legislation, they must keep to a minimum the number of interviews<sup>93</sup> and the contact between the defendant and the alleged victim<sup>94</sup>, but the achievement of these purposes could negatively impact on the guarantees of a fair trial. Especially in the case of vulnerable victims, judicial authorities frequently conduct their hearing and examination by means of protected measures. These methods of evidence gathering enhance the protection of the aggrieved parties to the detriment of the defence guarantees. However, the European Court does not consider them 'unfair', thus legitimising non-public hearings<sup>95</sup> and exceptions to the methods of 'cross-examination'<sup>96</sup>.

91 ECtHR, 16 June 2022, *De Giorgi v. Italy*, appl. no. 23736/19, paras. 67-68.

92 In the *Talpis v. Italy* case the Court found a breach of the procedural obligation because the alleged victim was questioned for the first time by the police seven months after she had lodged her complaint. According to the Court, "such a delay could only serve to deprive the applicant of the immediate protection required by the situation. Admittedly, as submitted by the Government, during the period in question the applicant was not subjected to further physical acts of violence by A.T. However, the ECtHR cannot disregard the fact that the applicant, who was being harassed by telephone, was living in fear while staying at the shelter". Cf. ECtHR, 2 March 2017, *Talpis v. Italy*, appl. no. 41237/14, para. 114.

93 Article 20(1)(b) Directive 2012/29/EU.

94 Article 19(1) Directive 2012/29/EU.

95 ECtHR, 12 July 2007, *Kovač v. Croatia*, appl. no. 503/05.

96 ECtHR, 19 July 2007, *W.S. v. Polonia*, appl. no. 21508/02. Instead, in the case *P.S. v. Germany*, the Court found a violation of Article 6 ECHR, because the accused was not allowed to ask questions to the girl that had suffered sexual abuse. ECtHR, 20 December 2001, *P.S. v. Germany*, appl. no. 33900/96.

At any rate, both the ECtHR and the CJEU have repeatedly stressed the need to balance the protection of victims with the accused's rights, thus contributing to an extensive meaning of the rights enshrined by Art. 6 ECHR and promoting an overall fairness that takes into account all the individuals involved in criminal proceedings<sup>97</sup>. In particular, the European Court evaluates the fairness of the entire proceeding by taking into account the safeguard of victims' rights and the counterbalancing factors granted to the accused, when they are not allowed to have a confrontation with the injured person that made statements against him or her. This issue is also relevant in transnational cases, in which a direct confrontation between accuser and accused is truly complicated to be granted whenever the victim does not live in the trial State.

In recent times, moreover, the European Court has emphasised the potential of the resources provided by technological and scientific progress, such as video recordings<sup>98</sup> and remote hearings. On several occasions, the Court has encouraged the videorecording of the victims' interview, especially when carried out during the pretrial phase of the proceeding, because of the chance to show it later in court. Thanks to this technological tool, the defence could verify how the questioning was carried out. Moreover, both the defence and the deliberating judge could (in)directly observe the behaviour of the victim during the examination to check the reliability of the alleged injured person. The possibility of providing a video record of the victim's examination could entail a strong safeguard of the accused in a transnational evidence-gathering procedure, since this solution grants the accused an opportunity to challenge the testimonial evidence obtained abroad at a later stage of the criminal proceeding<sup>99</sup>. However, it cannot be considered sufficient to ensure the right to confrontation of the accused, who is only allowed to passively watch the recording of the interview. Some scholars have proposed dealing with this problem through the use of a remote hearing procedure, in which the

97 ECtHR, 15 December 2011, *Al-Khawaja and Tahery v. United Kingdom*, appl. no. 26766/05 and 22228/06, para 146; ECtHR, 26 March 1996, *Doorson v. Holland*, appl. no. 20524/92, para 70. See also CJEU, 16 June 2005, *Pupino*, C-105/03, para 57 ff. The Grande Chambre highlighted that "the Framework Decision must thus be interpreted in such a way that fundamental rights, including in particular the right to a fair trial as set out in Article 6 of the Convention and interpreted by the European Court of Human Rights, are respected" (par. 59).

98 ECtHR, 9 September 2013, *Gani v. Spain*, appl. no. 61800/08; ECtHR, 27 April 2009, *A.L. c. Finland*, appl. no. 23220/04. According to M. GIALUZ, *Victim's protection in the case law of the European Court of Justice and the European Court of human rights*, cit., p. 28, thanks to the possibility to show it in the court, videorecording "always allows the defence to verify (and possibly dispute) the methods used to carry out the interrogation".

99 ECtHR, 29 March 2016, *Pačić v. Croatia*, appl. no. 47082/12, para. 47. This solution represents an innovation rather than the possibility of requesting that certain questions are put by an impartial authority, such as an investigating magistrate to the witness abroad. ECtHR, 31 October 2001, *Solakov v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, appl. no. 47023/99, paras. 62-67; EComHR, decision of 13 July 1987, *P.V. v. Federal Republic of Germany*, appl. no. 11853/85. See in this volume A. FALCONE, C. ORLANDO, *The Right to Confrontation and the Taking of Witness Evidence in the Field of Transnational Criminal Justice*.

people involved in the proceeding do not gather in presence at the same venue but are linked by means of ICT tools<sup>100</sup>. Video and audio connections have great potential in the field of victims' participation and right to be heard safely, and prove extremely useful in transnational proceedings, allowing the subjects involved to participate even when they are not physically present in the trial State. Indeed, a public hearing and cross-examination can be a truly stressful experience for victims, and eye contact with the accused can inhibit them from testifying. Technological instruments, therefore, have been frequently used to facilitate remote attendance in courtrooms in cases of serious offences or to protect certain categories of people, for example in order to reduce the risk of reprisals perpetrated by the suspect or third parties against the victims' and their families. Recourse to video and teleconferencing has increased at the international and transnational level: the International Court allows remote participation, while the individuals involved in transnational criminal proceedings have increasingly been allowed to be present by means of videoconferencing methods. Regarding the International Criminal Court, Articles 68 and 69 of the Statute of Rome establish an exception to the principle of public hearing set by Article 67. Indeed, "the Chambers of the Court may, to protect victims and witnesses or an accused, conduct any part of the proceedings in camera or allow the presentation of evidence by electronic or other special means"<sup>101</sup>, including videoconferencing or technologies that change their voice or reveal only their silhouette<sup>102</sup>. Nonetheless, Article 17 of Directive 2012/29/UE suggests the use of videoconferencing and telephone conferencing to hear victims who are resident in a different State to the one where the criminal offence was committed. Anyway, as far as the transnational level is concerned, the rules at stake do not regulate the transnational gathering of victims' statements<sup>103</sup>. Moreover, at the European level, the Convention on Mutual Legal Assistance specifies that member States can use teleconferencing when performing cross-border witnesses and experts' hearing, but "only if the person to be heard agrees that the hearing takes place by that method"<sup>104</sup>. Most recently, EU law has

100 A. FALCONE, *Online Hearings and the Right to Effective Defence in Digitalised Trials*, in S. RUGGERI, L. BACHMAIER WINTER, *Investigating and Preventing Crime in the Digital Era. New Safeguards, New Rights*, Springer, Cham, 2022, p. 190.

101 Article 68(2) Statute of Rome. The Article also states that "such measures shall be implemented in the case of a victim of sexual violence or a child who is a victim or a witness, unless otherwise ordered by the Court, having regard to all the circumstances, particularly the views of the victim or witness". Moreover, according to Article 69, "the Court may also permit the giving of viva voce (oral) or recorded testimony of a witness by means of video or audio technology".

102 A. FALCONE, *Online Hearings and the Right to Effective Defence in Digitalised Trials*, cit., p. 198.

103 M. DANIELE, E. CALVANESE, *Evidence gathering*, cit., p. 386.

104 Article 11 of the *Convention established by the Council in accordance with Article 34 of the Treaty on European Union, on Mutual Assistance in Criminal Matters between the member States of the European Union*, 12 July 2000, C 197/3,

strengthened the possibility to use videoconferencing when gathering evidence from the victim, by establishing that an European Investigation Order can be issued for the hearing of a victim in the territory of the executing State<sup>105</sup>. It is worth observing that the EIO Directive does not take into account the victim's position in either the issuing or in the enforcement phase. Hence, some scholars have doubted that victims' rights are properly granted in the EIO procedure<sup>106</sup>, despite the fact that this order could affect a wide range of persons, such as victims and witnesses<sup>107</sup>.

ICT tools entail clear advantages in the development of the protected hearing of victims. Yet, unquestionably, there is a little doubt that these technological means could impinge upon the principles of a fair trial, especially on the principle of immediacy and the right to confrontation<sup>108</sup>. Therefore, judicial authorities must achieve a proper trade-off between conflicting interests, trying to balance the rights of the accused and the protection of the victims<sup>109</sup>, without any further prejudice for the persons concerned<sup>110</sup>.

## 6. The victim's right to compensation and their participation in restorative justice

In spite of the enhancement of procedural safeguards, the participation of victims in criminal proceedings leads in most domestic legislations to nothing more than economic compensation for the injured person. Some scholars have argued that "compensation is

available on [eur-lex.europa.eu](http://eur-lex.europa.eu).

105 Article 10(2)(c) Directive 2014/41/EU of the European Parliament and of the Council of 3 April 2014 Regarding the European Investigation Order in Criminal Matters. Moreover, this measure applies to those that "always have to be available under the law of the executing State".

106 M. KUSAK, *Crime's Victim and the Procedure of Executing the Freezing Order and the European Investigation Order*, available at [https://repozytorium.amu.edu.pl/bitstream/10593/12125/1/Projekt\\_10.pdf](https://repozytorium.amu.edu.pl/bitstream/10593/12125/1/Projekt_10.pdf), p. 233.

107 "An EIO may affect a wide range of persons. In order to uphold the right to fair trial, it is necessary to provide effective access to courts for all these persons. The adoption and execution of an EIO requires specific safeguards in order to ensure that the rights of victims and also those of witnesses are effectively protected". Therefore, States are under an obligation to ensure that the interests of victims and witnesses are not unjustifiably endangered. Cf. *Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights on the draft Directive regarding the European Investigation Order*, available at [http://fra.europa.eu/fraWebsite/research/opinions/op-eio\\_en.htm](http://fra.europa.eu/fraWebsite/research/opinions/op-eio_en.htm).

108 For the analysis of the concerns related to the use of videoconferencing, see A. FALCONE, *Le udienze online nel processo penale: tra "principio di presenza", diritto di difesa ed efficienza della giustizia penale. Riflessioni a margine della recente "Riforma Cartabia" in materia di partecipazione a distanza*, in course of publication.

109 To this aim, nowadays, the European Court admits mitigation of the right of confrontation provided that the entire criminal proceeding passes the overall fairness test. On this point, see C. ORLANDO, *Presenza dell'accusato, diritto al confronto e giudizio di equità processuale nella giurisprudenza di Strasburgo*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2022, pp. 224-236; ID., *Testimonianza de relato e diritto al confronto tra ordinamento interno e giurisprudenza europea*, in *La Legislazione penale*, 2 April 2021.

110 See European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), *Guidelines on videoconferencing in judicial proceedings*, June 2021, available at <https://rm.coe.int/cepej-2021-4-guidelines-videoconference-en/1680a2c2f4>, p. 7.



a form of victim assistance in meeting financial, physical, emotional and social needs of victims, and has played a vital role in victim recovery<sup>111</sup>. It is also for this reason that the aggrieved parties should be heard in court, since their statements can impact on the determination of the right amount of compensation.

Both international and European law have recognised the relevance of the victims' right to compensation, by providing a specific form of reparation to the injured person when replacement or recovery is not possible<sup>112</sup>. This right was acknowledged by the UN *Declaration of Basic Principles of Justice*, whose Article 12 requires States to provide for financial compensation whenever the accused person cannot fully comply with it<sup>113</sup>. Only two years before, the European Convention on the Compensation of Victims of Violent Crimes imposed the Parties to establish minimum provisions in this field, in order to improve the protection of victims, above all when the alleged offender could not be prosecuted or punished, taking into account also international cooperation in such situations<sup>114</sup>. However, the Convention did not explain concretely how States should enable compensation to victims in cross-border cases; it limited itself to stating that "the competent authorities of each Party shall, at the request of the appropriate authorities of any other Party, give the maximum possible assistance in connection with the matters covered by this Convention".

Regarding EU law, more specific measures were introduced by the so-called 'Compensation Directive'<sup>115</sup>, with the purpose of enhancing the victims' right to fair and

111 M.A. YOUNG, *The Role of Victim Compensation in Rebuilding Victims' Lives*, available at <https://www.iovahelp.org/About/MarleneAYoung/RoleOfVictComp.pdf>, p. 1.

112 More specifically, restitution aims at restoring the victim to the original situation before the criminal offence occurred, and includes the restoration of rights and property, but it is extremely rare that victimisation has merely reversible consequences. Compensation is the financial reimbursement for losses, both pecuniary (such as wages, medical and hospital expenses) and non-pecuniary (psychological harm). Compensation of either kind can be forthcoming from the offender or from a third party such as private insurance or the State. See J-A. WEMMERS, *Reparation and the International Criminal Court: Meeting the Needs of Victims. Report of the Workshop held January 28<sup>th</sup> 2006 Organized by the Research Group Victimology and Restorative Justice, International Centre for Comparative Criminology*, Montréal, June 2006, p. 19 ff. For instance, IACTHR emphasises the importance of civil compensation for damages resulting from the crime, but it highlights an extended notion of reparation, including the effectiveness of criminal justice. At the European level, cf. ECtHR, 26 March 1985, *X. and Y. v. The Netherlands*, appl. no. 8978/80, para. 27.

113 Article 12 of *Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power*, cit. Not only victims, but also their families can receive compensation if the victimisation resulted in death or loss of physical or mental capacity [Art. 12(b)].

114 European Convention on the Compensation of Victims of Violent Crimes. Strasbourg, 24 November 1983, ETS. No. 116.

115 Council Directive 2004/80/EC of 29 April 2004 relating to compensation for victims of crime.

appropriate compensation<sup>116</sup>. The most relevant aspect concerns the rule set out in Article 1, according to which Member States

“shall ensure that where a violent intentional crime has been committed in a Member State other than the Member State where the applicant for compensation is habitually resident, the applicant shall have the right to submit the application to an authority or any other body in the latter Member State”.

In other words, the injured person can submit an application for compensation in the residency State, which must forward the request and all the necessary documents to the competent authority “as quickly as possible”<sup>117</sup>, because “compensation shall be paid by the competent authority of the Member State on whose territory the crime was committed”<sup>118</sup>. The aim of this Directive was to build a coherent system of cooperation to facilitate the access to compensation when victims are involved in cross-border crimes<sup>119</sup>. According to EU law<sup>120</sup>, Member States must ensure efficient and effective compensation schemes for victims, regardless of their nationality; furthermore, decisions on this matter should be delivered in a short span of time and communicated to the victim without undue delay<sup>121</sup>.

The relevance given to this issue by European institutions is evident also by looking at the Victims Directive, whose Article 16 enshrines the right to obtain a decision on compensation owed by the offender within a reasonable time during criminal

116 See Recital no. 6 and Article 12 Compensation Directive. However, there are no specific indications about what constitutes fair and appropriate compensation. In this sense, see Victim Support Europe, *Handbook for Implementation of Legislation and Best Practice for Victims of Crime in Europe*, Bruxelles, 2013, p. 59, according to which compensation, in order to be appropriate and proportionate to the crime and the circumstances, should take into account: physical and mental harm; lost opportunities, including employment, education and social benefits; material damage and loss of earnings, including loss of earning potential; moral damage; costs required for legal or expert assistance, medicine and medical services, and psychological and social services.

117 See Article 3 Compensation Directive.

118 These are the words of Article 2 Directive 2004/80.

119 For this reason, Member States should ensure “the existence of a scheme on compensation to victims of violent intentional crimes committed in their respective territories” (Article 12 of Compensation Directive).

120 EU law also includes other references to right to compensation, even in cross-border situations: for instance, Article 26 of Directive 2017/541/EU of the European Parliament and of the Council of 15 March 2017 on combating terrorism and replacing Council Framework Decision 2002/475/JHA and amending Council Decision 2005/671/JHA affirms that Member States shall ensure information, support and assistance to victims residents in Member State other than the one where the terrorist attack was committed, in order to obtain compensation. See also Article 17 of Directive 2011/36/EU of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims, and replacing Council Framework Decision 2002/629/JHA.

121 Article 10 Compensation Directive.

proceedings<sup>122</sup>. In addition, it asks for Member States to promote measures aiming at encouraging offenders to provide adequate compensation to victims.

Nevertheless, victims of serious international crimes still have to face significant obstacles when they apply for financial compensation. In particular, when the criminal proceeding is carried out by another State, the injured person who suffered the consequences of a serious international crime could not be allowed to access State-funded compensation. And even if the victims successfully access compensation and obtain a decision on this matter, the risk is that the offender has no means to fulfil such obligation<sup>123</sup>. The discomfoting result is that only few victims of serious international crimes prosecuted on the basis of extra-territorial jurisdiction have ever received compensation from the accused person<sup>124</sup>.

Maybe a more active participation of victims, even with a view to gaining proper compensation or reparation for the harm suffered, can be pursued through restorative justice, which in recent decades has proved useful in some contexts, such as in post-conflict Countries. The most valuable feature of restorative justice is the opportunity for victims to have their voices heard and to pursue their interests<sup>125</sup>. Howard Zehr defines restorative justice as “an approach to achieving justice that involves, to the extent possible, those who have a stake in a specific offence or harm to collectively identify and address harms, needs and obligations, in order to heal and put things as right as possible”<sup>126</sup>. In other words, it aims at healing the pain caused by the crime that affects not only victims but also entire communities. Therefore, among the values of restorative justice we may mention the reconciliation that involved parties could achieve through communication<sup>127</sup>, the amends made by the offender, and also the healing process of victims and society. In this way, differently from the traditional criminal justice system, the injured person can

122 Article 16 (“Right to decision on compensation from the offender in the course of criminal proceedings”) of Victims’ Rights Directive.

123 “Offenders who do possess assets often avoid paying compensation due to the difficulties associated with enforcing such awards, particularly where assets are located abroad and therefore require enforcement proceedings in a foreign jurisdiction”. See *Enhancing Victims’ Rights in Mutual Legal Assistance Frameworks*, cit., p. 12.

124 In addition to this, it is even more difficult to grant fair compensation in complex cases, such as cyber-related crimes, in which a large number of victims are involved. Investigation and prosecution of such criminal activities entail a discrepancy in terms of “human resources and skills allocated to their investigation and prosecution”. See *Report on Eurojust’s casework on victims’ rights*, cit., p. 8.

125 A. CUPPINI, *A Restorative Response to Victims in Proceedings before the International Criminal Court: Reality or Chimaera?*, in *International Criminal Law Review*, 2021, p. 313. Cf. M. RAUSCHENBACH, D. SCALIA, *Victims and international criminal justice: a vexed question?*, cit., p. 444. Besides, it is crucial in the field of restorative justice to know victims’ expectations and needs.

126 H. ZEHR, *The Little Book of Restorative Justice*, Good Books, USA, 2015, p. 48.

127 Cf. H. ZEHR, *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*, Herald Press, Scottsdale, 1990, pp. 200–203.

communicate how he or she felt experiencing the crime, understand the accused's reasons, and contribute to achieving a constructive outcome<sup>128</sup>. As far as offenders are concerned, they are able to feel responsible for the criminal offence and apologise for what they have done. In light of these benefits, the 2005 UN *Guidelines on Justice in matters involving child victims and witnesses*<sup>129</sup> and the 2012 EU Directive on Victims' Rights<sup>130</sup> underlined the need to grant effective participation and reparation as benchmarks of good practice<sup>131</sup>.

However, also in the context of restorative justice programs, victims must be granted the same participatory rights they enjoy in criminal proceedings, such as information, assistance and protection, in order to avoid secondary victimisation, and the opportunity to give their consent consciously<sup>132</sup>. The EU framework, especially the Victims' Rights Directive, has enhanced the minimum standards of victims' protection, as well as enlarged their scope, by charging Member States with the task to ensure some procedural safeguards during criminal proceedings, but also to establish "guarantees for the delivery of support services, and specific safeguards to be applied in the context of restorative justice"<sup>133</sup>.

As an alternative to traditional criminal justice, restorative justice deserves to be exploited, at least for some forms of crimes for which it could result in a positive outcome. Nonetheless, this aim is even more difficult in cross-border situations, and requires more than only legal instruments, thus necessitating a real cultural change<sup>134</sup>.

128 Some scholars have underlined the difficulties of applying the RJ principles in criminal proceedings before the ICC. See A. CUPPINI, *A Restorative Response to Victims in Proceedings before the International Criminal Court*, cit., C. GARBETT, *The International Criminal Court and restorative justice: victims, participation and the processes of justice*, in *Restorative justice: an international journal*, 2017.

129 ECOSOC No. 2005/20 of 22 July 2005, *Guidelines on Justice in Matters Involving Child Victims and Witnesses of Crimes*.

130 As highlighted by M. TOULLIER, *Restorative Justice in France: Status Artis and Future Perspectives*, in L. LUPÁRIA DONATI (ed.), *Victims and criminal justice*, cit., p. 144, "none of the five chapters that make it up is expressly dedicated to restorative justice"

131 Cf. also ECOSOC No. 1999/26 of 28 July 1999, *Development and implementation of mediation and restorative justice measures within the sphere of criminal justice*, and No. 2000/14 of 27 July 2000, *Basic principles about the use of programs of restorative justice in criminal matters* and No. 2002/30 of 24 July 2002, *Basic principles on the use of restorative justice programs in criminal matters*.

132 Regarding free consent, cf. Article 11 Recommendation No. R (99)19 of the Committee of Ministers to Member States concerning mediation in penal matters

133 C. FOUSSARD, G. MELOTTI, *Restorative Justice for Victims in the Eu. Reparation to the Victim in the European Juvenile Justice Systems: Comparative Analysis and Transfer of Best Practices*, available at [https://www.oijj.org/sites/default/files/archivospaginas/restorative\\_justice\\_for\\_victims\\_in\\_the\\_eu-ijjo\\_paper.pdf](https://www.oijj.org/sites/default/files/archivospaginas/restorative_justice_for_victims_in_the_eu-ijjo_paper.pdf), p. 13

134 "Cultural change requires practitioners and managers to adopt new ways of working with each other and with the citizens for whom they are responsible". See I. MARDER, *The new international restorative justice framework: reviewing three years of progress and efforts to promote access to services and cultural change*, in *The International Journal of Restorative Justice*, 2020, p. 404.

## 7. Concluding remarks

The analysis conducted here highlights that victims today deserve multilevel protection, and that the development of the safeguards due to this subject is still far from being completed. The interest shown in this topic at both international and supranational level has led to the adoption of various legal instruments aimed at enhancing the safeguards of the aggrieved parties and their next of kin, pursuing the main objectives analysed above, and gathered in the text of Directive 2012/29/EU. The latter represents a significant innovation in the field of victims' safeguards in criminal proceedings, aimed at implementing harmonisation among national systems. Indeed, if, on one hand, the presence of numerous, widely-differing legal sources has contributed to the strengthening of victim protection, on the other hand, it has created a fragmented picture. For this reason, the approach followed by EU legislators appears 'minimalist'<sup>135</sup>, since on several occasions the Directive refers to national discretion, thus compromising the achievement of the purpose of minimum standards set out by the 2012 legislation. This situation could negatively infringe upon the effectiveness of victims' rights, due to the different approaches followed by domestic legislation in the implementation of this Directive.

*A fortiori*, when it comes to cross-border crimes and transnational inquiries, the lack of a high level of alignment can be perceived even more than at a domestic level. Indeed, the victim's protection conflicts with difficulties in communicating in another language, explaining what happened when reporting the facts in a non-residence State, and, above all, the differences existing between the legal systems involved in the judicial cooperation<sup>136</sup>. All of this can determine probable and undue delays<sup>137</sup>, prejudice the interests of the injured party, and cause secondary victimisation. Even if criminal cases that require international cooperation are no longer a rarity, "the procedure has not adapted to this new reality and still considers transnational proceedings almost exclusively from the point of view of the issuing, transfer and executing of cooperation requests"<sup>138</sup>. The creation of a wide area of free movement of people and goods makes the duties of judicial authorities more complicated, since they cannot exercise their jurisdiction also outside national frontiers

135 E. N. CATALANO, *La tutela della vittima nella direttiva 2012/29/UE e nella giurisprudenza delle corti europee*, cit., pp. 1811-1812.

136 L. BACHMAIER WINTER, *Transnational Criminal Proceedings, Witness Evidence and Confrontation: Lessons from the ECtHR's Case Law*, in *Utrecht Law Review*, 2013, p. 127.

137 On the relevance of prompt and effective investigation, cf. ECtHR, 21 September 2021, *Carter v. Russia*, appl. no. 20914/07; ECtHR, 31 August 2021, *Estemirova v. Russia*, appl. no. 42705/11; ECtHR, 7 January 2022, *Zoletic and others v. Azerbaijan*, appl. no. 20116/12; ECtHR, 4 April 2022, *M.H. and others v. Croatia*, appl. no. 15670/18 and 43115/18.

138 L. BACHMAIER WINTER, *Transnational Criminal Proceedings, Witness Evidence and Confrontation*, cit., p. 127.

and have to cooperate with foreign authorities, in order to provide victims with adequate and effective protection.

Nonetheless, being the victim of a cross-border crime and involved in a transnational proceeding cannot negatively affect protection. In light of this, international and European legislators should address the matter of judicial cooperation and mutual legal assistance and recognition of decisions with more stringent legal instruments, aiming at improving the effectiveness of victims' rights in such contexts and finding concrete solutions to develop procedural rights. To this end, in the EU legal scenario, some scholars have proposed, *de jure condendo*, that victims may “benefit from two legal counsel – one of them in Member State where the crime was committed or to which the victim wishes to move –”, since dual defence could be useful to overcome the difficulties related to the transnational dimension of criminal proceedings<sup>139</sup>.

To conclude, the challenges of criminal justice have changed significantly. Recalling the words of Professor Jonathan Doak expressed almost twenty years ago, “the task of redefining the developing relationships between the victim, the accused, and the state” should take into account “current trends in human rights and criminal justice discourse towards a more inclusive model of criminal justice”, with an eye to the issues raised by transnational investigations<sup>140</sup>. The legal debate concerning the victim entails risks for some fundamental principles of modern criminal justice, starting with the presumption of innocence, since generally the existence of a victim is strictly linked to the commission of a crime, at least in its essence as a historical event, regardless of the ascertainment of any subjective profile of criminal liability. Therefore, the competent authorities must treat the accused as an innocent person until the facts are ascertained and any guilt is proven. The most difficult challenge is to strike a proper balance between the accused's rights and the victims' safeguards in the course of preliminary inquiries, because at this stage the investigating authority formulates a criminal hypothesis, in light of which also the injured person should be considered as a hypothetical victim. Maybe this is the reason why their protection is still weak during this phase, and above all in cross-border situations that entail the enhancement of international judicial cooperation.

139 L. LUPÁRIA DONATI, J. DELLA TORRE, *Victims of Crime in the Area of Freedom, Security and Justice*, in S. IGLESIAS SÁNCHEZ, M. GONZÁLEZ PASCUAL (eds.), *Fundamental Rights in the EU Area of Freedom, Security and Justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, pp. 328-329.

140 J. DOAK, *Victims' Rights in Criminal Trials*, cit., p. 316.

# Fairness procedimentale e prevenzione patrimoniale: verso un “giusto procedimento di prevenzione”?<sup>1</sup>

Justiça processual e prevenção patrimonial: rumo a um “procedimento justo de prevenção”?

ANTONIO BALSAMO<sup>2</sup>  
ALESSIA FUSCO<sup>3</sup>

---

GALILEU - REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA · e-ISSN 2184-1845  
Volume XXIV · 1<sup>st</sup> January Janeiro – 31<sup>st</sup> December Dezembro 2023 · pp. 105-120  
DOI: <https://doi.org/10.26619/2184-1845.XXIV.1/2.6>  
Submitted on April 1<sup>st</sup>, 2023 · Accepted on July 31<sup>st</sup>, 2023  
Submetido em 1 de Abril, 2023 · Aceite a 31 de julho, 2023

---

**SOMMARIO:** 1. Le ragioni di interesse per il tema, a partire dalla trasformazione della “natura” del procedimento di prevenzione patrimoniale – 2. Tassatività processuale e ragionamento probatorio – 3. Un nuovo calcio d’inizio per la partita U.E. sulla confisca: la proposta di una nuova direttiva – 4. NCB, istruzioni per l’uso: il documento ECCD del Consiglio d’Europa – 5. Alcuni rilievi conclusivi.

**PAROLE-CHIAVE:** prevenzione patrimoniale; confisca; criminalità; cooperazione giudiziaria.

**SUMÁRIO:** 1. A razão do interesse pelo tema, a partir da transformação de “natureza” do procedimento de prevenção patrimonial – 2. Taxatividade processual e raciocínio probatório – 3. Um novo patamar de início da UE. sobre o confisco: a proposta de uma nova directiva – 4. NCB, instruções de utilização: o documento ECCD do Conselho da Europa – 5. Algumas observações finais.

**PALAVRAS-CHAVE:** prevenção patrimonial; confisco; criminalidade; cooperação judiciária.

- 
- <sup>1</sup> Sebbene frutto di una riflessione congiunta dei due autori, i paragrafi 1 e 2 sono stati scritti da Antonio Balsamo, mentre i paragrafi 3, 4 e 5 da Alessia Fusco.
  - <sup>2</sup> Presidente del Tribunale di Palermo.
  - <sup>3</sup> Ricercatrice a t.d. di Diritto costituzionale, Università di Torino.

## 1. Le ragioni di interesse per il tema, a partire dalla trasformazione della “natura” del procedimento di prevenzione patrimoniale

Oggi uno dei più importanti fattori di evoluzione degli strumenti di contrasto alla criminalità organizzata e alla corruzione è rappresentato dal percorso di costruzione di “regole giuridiche comuni europee e persino universali (...) che incoraggiano la confisca di beni collegati a reati gravi come la corruzione, il riciclaggio, le attività illecite in materia di sostanze stupefacenti e così via, senza la precedente esistenza di una condanna penale”<sup>4</sup>.

In questo contesto, emerge una evidente centralità del tema dell'*asset recovery*: il “recupero dei patrimoni” derivanti dalle attività delittuose di maggiore gravità costituisce un importante terreno di dialogo e di impegno comune anche tra paesi aventi strutture istituzionali ed economiche profondamente diverse tra loro.

Anche nella cultura giuridica italiana, negli ultimi decenni, si è manifestata una chiara consapevolezza della speciale rilevanza del sistema delle misure di prevenzione patrimoniali, disciplinato dal “Codice antimafia”.

Oggi, da parte degli studiosi più autorevoli, questo sistema non viene più considerato come una “anomalia italiana”, ma come uno dei più significativi esempi, a livello internazionale, del modello della confisca non basata sulla condanna (*non-conviction based confiscation*).

E' significativo che proprio il sistema italiano della prevenzione patrimoniale sia divenuto il modello ispiratore delle riforme recentemente introdotte in altri Stati interessati a costruire un rapporto più stretto con l'Unione Europea: ad esempio, la riforma adottata nel 2017 in Albania rispecchia in modo evidente numerose previsioni del nostro “Codice antimafia”.

Nella categoria generale della *non-conviction based confiscation* rientrano, oltre alle misure di prevenzione patrimoniali italiane, anche una serie di tipologie conosciute da altri ordinamenti, non solo di *common law* (ad es. quelli del Regno Unito, dell'Irlanda, degli Stati Uniti, dell'Australia) ma anche di *civil law*. Tra gli esempi più noti, vi sono la *civil forfeiture*, la confisca *in rem*, le *unexplained wealth procedures*.

Tutte queste tipologie sono contrassegnate da una medesima tendenza evolutiva, consistente nella progressiva concentrazione dell'accertamento processuale sugli aspetti economici di un intero fenomeno criminale, in vista della applicazione di misure che incidono essenzialmente sul patrimonio ed hanno una funzione prevalentemente preventiva o compensativa, senza comportare la irrogazione di sanzioni restrittive della

4 Corte europea dei diritti dell'uomo, 12 maggio 2015, Gogitidze e altri c. Georgia.



libera personale (le quali, per loro natura, richiedono necessariamente la pronunzia di una condanna penale).

Dall'*Analysis of non-conviction based confiscation measures in the European Union* pubblicata il 12 aprile 2019 dalla Commissione Europea emerge un dato di indubbio rilievo: in tutti gli Stati dell'Unione Europea sono state introdotte forme di confisca non basate sulla condanna, quanto meno nelle ipotesi in cui è impossibile pervenire ad una sentenza affermativa della responsabilità penale dell'imputato.

Il modello in questione ha ricevuto un forte sostegno anche da un consesso politico internazionale contrassegnato da una intensa cultura garantistica come l'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, la quale nella risoluzione n. 2218 del 26 aprile 2018 ha qualificato la *non-conviction based confiscation* come “il modo più realistico per gli Stati di affrontare l'enorme, e inesorabilmente crescente, potere finanziario della criminalità organizzata, al fine di difendere la democrazia e lo stato di diritto”.

Si assiste, in effetti, a quello che la dottrina ha definito come lo sviluppo inarrestabile della “giustizia penale patrimoniale” (o “processo al patrimonio”)<sup>5</sup>. A ben vedere, l'affermazione della più evolute forme di “confisca senza condanna” è espressione di un percorso di ripensamento delle tradizionali categorie giuridiche che prefigura un vero e proprio passaggio storico: quello della costruzione di un diritto penale “mite” di stampo postmoderno, capace di superare il vecchio modello “individualistico” fondato su un orizzonte statocentrico e sul primato della pena detentiva, per indirizzarsi decisamente verso la percezione della natura collettiva e della dimensione economica dei più gravi fenomeni criminali, la progressiva diversificazione dei modelli sanzionatori, e la costruzione di nuovi metodi di intervento inseriti nel più ampio scenario delle molteplici forme di reazione affidate non solo al sistema istituzionale ma anche alle iniziative di solidarietà della società civile.

Viene così promossa – per usare le parole di Francesco Palazzo<sup>6</sup> – una giustizia penale dal “volto umano”, aliena da ogni furore punitivo e capace di apprestare una risposta efficace alle sfide della modernità.

Si tratta di un percorso che nel nostro Paese ha ricevuto una spinta decisiva negli anni '80, quando nella lotta alla mafia sono stati sperimentati metodi di intervento del tutto nuovi, dove efficienza e garanzia sono state viste come due fattori capaci di rafforzarsi a vicenda. Particolarmente significativo, al riguardo, è il pensiero espresso, proprio all'indomani dell'entrata in vigore della legge Rognoni-La Torre, da due dei magistrati più

5 Luparia, *Contrasto alla criminalità economica e ruolo del processo penale: orizzonti comparativi e vedute nazionali*, in *Processo penale e giustizia*, 2015, n. 5, 5

6 PALAZZO, *Diritti, pena e...Antigone*, in *disCrimen*, 2020.

impegnati nella lotta alla mafia, Giovanni Falcone e Giuliano Turone, secondo cui «il vero tallone d’Achille delle organizzazioni mafiose è costituito dalle tracce che lasciano dietro di sé i grandi movimenti di denaro, connessi alle attività criminose più lucrose», e di conseguenza «lo sviluppo di queste tracce, attraverso un’indagine patrimoniale che segua il flusso di denaro proveniente dai traffici illeciti, è quindi la strada maestra, l’aspetto decisamente da privilegiare nelle investigazioni in materia di mafia, perché è quello che maggiormente consente agli inquirenti di costruire un reticolo di prove obiettive, documentali, univoche, insuscettibili di distorsioni, e foriere di conferme e riscontri ai dati emergenti dall’attività probatoria di tipo tradizionale»<sup>7</sup>.

Questa impostazione è alla base della dinamica evolutiva che ha valorizzato le potenzialità del sistema italiano delle misure di prevenzione patrimoniali, applicate attraverso un procedimento *ad hoc*, parallelo e complementare al processo penale. Esso è stato contrassegnato da una incessante evoluzione normativa, che ha progressivamente rafforzato il ruolo della giurisdizione e la tutela dei diritti fondamentali.

Allo stesso modo, nel contesto internazionale, la consapevolezza che l’efficacia della lotta alla criminalità va necessariamente di pari passo con il pieno riconoscimento delle ragioni del garantismo, si è tradotta in una intensa valorizzazione del ruolo della giurisdizione.

Ciò è particolarmente evidente nel settore del contrasto al terrorismo internazionale, dove, per effetto del “dialogo tra le Corti” in tema di congelamento dei beni delle persone fisiche e delle organizzazioni inserite nelle liste formate presso l’ONU dal Comitato per le Sanzioni del Consiglio di Sicurezza (c.d. *listing*), si è sviluppata una rilevante estensione della “doppia funzionalità” dell’intervento giurisdizionale, visto come uno strumento indispensabile per realizzare un tessuto connettivo tra i diversi ordinamenti e per coniugare la tutela dei diritti con l’effettività della risposta preventiva.

In questo settore, si è assistito alla crescente utilizzazione di strumenti già collaudati contro la criminalità organizzata, sulla base dell’avvertita esigenza di adeguare la reazione giuridica all’attuale realtà del finanziamento del terrorismo, che si caratterizza per la diffusa compresenza di risorse lecite e illecite, l’utilizzo di canali informali e lo sfruttamento dell’economia legale<sup>8</sup>.

Sono assai numerosi e rilevanti i fattori che hanno condotto ad una crescita di interesse, nelle più diverse sedi di produzione normativa a livello nazionale e

7 FALCONE – TURONE, *Tecniche di indagine in materia di mafia*, in AA.VV., *Riflessioni ed esperienze sul fenomeno mafioso*, Quaderni del CSM, Roma, 1983, 46.

8 BALSAMO, *La prevenzione ante-delictum*, in AA.VV., *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, a cura di KOSTORIS-ORLANDI, Giappichelli, 2006.

internazionale, nei confronti delle forme più moderne di sequestro e di confisca dei beni della criminalità organizzata, divenute ormai il costante modello di riferimento per le strategie di prevenzione e repressione di tutte le principali forme di illecito penale con una precisa dimensione economica, comprese quelle di matrice terroristica, tecnologica o amministrativa.

Il concetto di “dimensione economica” della criminalità organizzata, che sin dagli anni '80 del secolo scorso è stato il più diffuso paradigma utilizzato nell'analisi scientifica per illustrare le caratteristiche di tale fenomeno, è divenuto parte integrante del sistema giuridico delle Nazioni Unite per effetto della risoluzione 10/4 adottata il 16 ottobre 2020 a Vienna dalla Conferenza delle Parti della Convenzione ONU di Palermo contro la criminalità organizzata transnazionale: un atto che la comunicazione istituzionale<sup>9</sup> e i *mass media*<sup>10</sup> hanno immediatamente presentato come la “risoluzione Falcone” in quanto essa – con una indicazione nominativa che è rarissima nell'ambito dei documenti ufficiali adottati nel contesto delle Nazioni Unite – menziona specificamente la grande eredità ideale del magistrato italiano che con la sua vita e il suo impegno ha aperto la strada alla stessa Convenzione.

La strada così tracciata è proseguita con la “Dichiarazione di Kyoto”, adottata il 7 marzo 2021 in apertura del Congresso ONU sulla prevenzione della criminalità e la giustizia penale, che presenta tra i propri punti più innovativi e qualificanti l'impegno di affrontare la dimensione economica della criminalità, è stato, poi, uno dei più rilevanti impegni assunti.

Il concetto di “dimensione economica” è idoneo a ricomprendere sicuramente i seguenti profili:

- a) le radici economiche della criminalità;
- b) i mercati illegali gestiti dalle organizzazioni criminali;
- c) l'infiltrazione della criminalità organizzata nell'economia legale;
- d) gli effetti macroeconomici della criminalità organizzata sulla libertà di concorrenza e sullo sviluppo.

Non si tratta solo di una indicazione di principio, ma di un preciso orientamento di politica criminale, da attuare attraverso una serie di misure concrete. Ai fini del

9 Cfr. la lettera dei Ministri degli Esteri, dell'Interno e della Giustizia, “*Su quali gambe cammineranno le idee di Falcone*”, in *Corriere della Sera*, 13 dicembre 2020.

10 V. ad esempio RIBAUDO, *L'Onu vota la «risoluzione Falcone». Il metodo del giudice ispirerà la lotta alle mafie del mondo*, in [www.corriere.it](http://www.corriere.it), 17 ottobre 2020; Mafie, ok a Vienna a “risoluzione Falcone”. La sorella Maria: “Grande traguardo”, in [www.repubblica.it](http://www.repubblica.it), 17 ottobre 2020.

potenziamento delle attività di prevenzione e di contrasto incidenti su quella vastissima rete di beni e rapporti economici destinati alla conservazione ed all'esercizio dei poteri criminali, occorre tenere conto di tre esigenze fondamentali:

- a) quella di un approccio integrato che ricomprenda criminalità organizzata e corruzione in una strategia coerente di contrasto;
- b) quella della armonizzazione delle normative di tutti gli ordinamenti interessati, allo scopo di evitare che le organizzazioni criminali possano approfittare dei vuoti di tutela presenti nei paesi dove non si sono ancora formati i necessari “anticorpi”;
- c) quella del rafforzamento della cooperazione giudiziaria internazionale, assolutamente indispensabile per affrontare un fenomeno divenuto ormai globale ed estremamente complesso.

## 2. Tassatività processuale e ragionamento probatorio

Per realizzare congiuntamente le suesposte tre esigenze, può assumere un ruolo di speciale rilevanza la capacità del nostro Paese di dare vita a un “giusto processo al patrimonio”, che divenga un preciso modello di riferimento sulla base del quale dare impulso, da un lato, all'armonizzazione delle legislazioni adottate da numerosi Stati per il contrasto alle diverse forme di criminalità e, dall'altro lato, alla piena circolazione delle misure patrimoniali sia nello spazio giuridico europeo, sia nel contesto internazionale.

Com'è noto, le forme di *non-conviction based confiscation* solo in epoca recente hanno formato oggetto di disciplina nell'ambito della normativa “eurounitaria”, che in passato aveva già applicato il principio del reciproco riconoscimento alle decisioni giudiziarie della più diversa natura.

Precisamente, il Regolamento (UE) 2018/1805 del 14 novembre 2018, relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca, dovrebbe applicarsi, secondo il “considerando” n. 13, a tutti i provvedimenti di congelamento e tutti i provvedimenti di confisca emessi “nel quadro di un procedimento in materia penale”, con la precisazione che quello di “procedimento in materia penale” è “un concetto autonomo del diritto dell'Unione interpretato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, ferma restando la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo”.

Si tratta di un concetto che ricomprende tutti i tipi di sequestro e di confisca “emessi in seguito a procedimenti connessi ad un reato” e va sicuramente oltre i confini della Direttiva 2014/42/UE, del 3 aprile 2014, relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea, la quale aveva perseguito

l'obiettivo della armonizzazione delle legislazioni nazionali in questa materia, limitando però il proprio ambito di operatività al settore penale.

Nel suddetto “considerando” n. 13 viene, infatti, espressamente affermato che il nuovo Regolamento “contempla inoltre altri tipi di provvedimenti emessi in assenza di una condanna definitiva”, e si aggiunge che “benché tali provvedimenti possano non esistere nell'ordinamento giuridico di uno Stato membro, lo Stato membro interessato dovrebbe essere in grado di riconoscere ed eseguire tali provvedimenti emessi da un altro Stato membro”. Per converso, però, si precisa che i provvedimenti di sequestro e confisca “emessi nel quadro di procedimenti in materia civile o amministrativa” dovrebbero essere esclusi dall'ambito di applicazione del Regolamento.

Si è, dunque, in presenza di un persistente problema applicativo a proposito della inclusione nella sfera di operatività del Regolamento delle misure di prevenzione patrimoniali italiane, le quali, al pari di analoghe ipotesi contemplate da altri ordinamenti, da un lato sono qualificabili come provvedimenti “emessi in seguito a procedimenti connessi ad un reato”, ma dall'altro lato, secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, restano soggette soltanto ai principi del “processo equo” valevoli per le controversie su diritti ed obbligazioni di carattere civile, di cui all'art. 6, § 1, della CEDU, in quanto sono applicate attraverso una procedura *in rem*, si sostanziano in forme di regolamentazione dell'uso dei beni in conformità all'interesse generale, e sono quindi riconducibili alla previsione dell'art. 1, § 2, del Protocollo n. 1 addizionale alla CEDU<sup>11</sup>.

Per eliminare ogni dubbio sulla inclusione delle misure di prevenzione patrimoniali nell'area di operatività del nuovo regolamento, la soluzione preferibile sembra essere quella di una estensione al relativo procedimento di tutte le garanzie previste dall'art. 6, §§ 1 e 3, della CEDU in rapporto alla materia penale.

Viene così ulteriormente sviluppato l'approccio culturale sotteso all'attività di quella parte della giurisprudenza di merito che, valorizzando lo strumento delle misure di prevenzione patrimoniali, ha circondato il relativo procedimento di una serie di garanzie tale da rendere possibile la circolazione dei provvedimenti di sequestro e di confisca sia nello spazio giuridico europeo, sia nel territorio di paesi posti al di fuori dell'Unione Europea.

11 Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, 22 febbraio 1994, Raimondo c. Italia; 15 giugno 1999, Prisco c. Italia; 5 gennaio 2010, Bongiorno e altri c. Italia. Con riguardo alle forme di *forfeiture* previste nell'ordinamento inglese rispettivamente dal *Drug Trafficking Act 1994* e dal *Criminal Justice (International Co-operation) Act 1990*, v. Corte europea dei diritti dell'uomo, 27 giugno 2002, Butler c. Regno Unito, e 10 febbraio 2004, Webb c. Regno Unito, che le qualificano come misure preventive non assimilabili a sanzioni penali, in quanto finalizzate a togliere dalla circolazione denaro presumibilmente connesso al traffico internazionale di sostanze stupefacenti, all'esito di un procedimento che non implica una decisione su un'accusa penale.

Di particolare interesse sono, al riguardo, le già citate sentenze adottate dal Tribunale Penale Federale della Svizzera il 2 giugno 2016, il 21 gennaio 2011 e l'1 dicembre 2010, che hanno accolto le richieste di cooperazione giudiziaria internazionale formulate dall'autorità giudiziaria italiana in relazione a beni situati nel territorio elvetico.

Muovendo dalla premessa che la cooperazione giudiziaria internazionale può essere attivata solo nell'ambito di un procedimento penale, il Tribunale Penale Federale ha affrontato la questione concernente la natura giuridica del procedimento e della confisca di prevenzione, sul presupposto della non vincolatività esegetica della qualificazione giuridica adottata dal legislatore nazionale.

In questa prospettiva, i giudici svizzeri, hanno ravvisato la sussistenza dei presupposti della *mutual legal assistance* nell'ambito di ogni procedimento che, sebbene non formalmente penale, sia preordinato all'apertura di un procedimento penale, all'esercizio dell'azione penale o sia comunque collegato ad un procedimento penale.

Sulla scorta di tali argomentazioni, il Tribunale elvetico ha accolto la tesi della natura sostanzialmente penale del procedimento di prevenzione patrimoniale, richiamando la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che ne conferma la piena compatibilità con i principi dell'equo processo e del diritto di difesa, sanciti dall'art. 6 della CEDU.

Dunque i profili garantistici effettivamente applicati, assimilabili a quelli di un procedimento penale in senso stretto, costituiscono elementi inferenziali, per i giudici elvetici, della natura penale della confisca e del procedimento di prevenzione<sup>12</sup>.

Evidentemente, alla base di questa valutazione compiuta dall'autorità giudiziaria estera, vi è stata la capacità della magistratura italiana di costruire un “diritto vivente” del contrasto alle basi patrimoniali della criminalità organizzata connotato in senso ampiamente conforme agli standard internazionali del “processo equo”<sup>13</sup>.

Nelle migliori esperienze applicative, infatti, il procedimento di prevenzione patrimoniale ha rivelato una sicura idoneità ad attuare pienamente i principi di efficienza e di garanzia, grazie alla riconosciuta possibilità di utilizzare il complesso dei mezzi di prova tipici del sistema penale (avvalendosi anche di banche dati basate sulla più moderna tecnologia), di concentrare l'accertamento processuale sull'analisi delle dinamiche finanziarie e di accumulazione patrimoniale avvalendosi anche del contributo di esperti provenienti da altre istituzioni (come la Banca d'Italia), di consentire una ampia

12 In proposito, si rinvia a BALSAMO – LUPARELLO, *La controversa natura delle misure di prevenzione patrimoniali*, in *Le misure di prevenzione*, a cura di FURFARO, Utet, 2013.

13 Sull'argomento si rinvia a BALSAMO – RECCHIONE, *Mafie al Nord. L'interpretazione dell'art. 416 bis c.p. e l'efficacia degli strumenti di contrasto*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 18 ottobre 2013.

esplicazione del diritto di difesa, e di fondare la decisione finale su un elevato livello di approfondimento degli aspetti fattuali e giuridici. Si tratta di una linea di pensiero che risale alla teorizzazione del modello delle indagini finanziarie contro la criminalità organizzata da parte di Giovanni Falcone e al suo «forte richiamo allo Stato di diritto ed al rispetto della legalità, proprio nel momento in cui l'accresciuta virulenza del crimine organizzato suscita suggestioni crescenti di interventi autoritari e di leggi eccezionali»<sup>14</sup>.

I risultati concreti di questa costruzione giurisprudenziale meritano adesso di essere cristallizzati in una appropriata regolamentazione legislativa, la cui necessità appare sempre più evidente nello scenario aperto dalla sentenza de Tommaso della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>15</sup>, che nel ribadire l'esigenza della previsione legislativa delle misure di prevenzione ha posto in evidenza il profilo della qualità della legge, nel duplice senso della accessibilità del testo normativo per gli interessati e della prevedibilità dei suoi effetti.

Nel prendere in esame le conseguenze “sistemiche” della suddetta pronuncia sul piano del diritto interno, la Corte Costituzionale<sup>16</sup> ha tracciato una rilevante distinzione tra il concetto di tassatività sostanziale – attinente al rispetto del principio di legalità sulla base degli artt. 41 e 42 Cost., nonché dell'art. 1 del Protocollo n. 1 addizionale alla CEDU, ed inteso quale garanzia di precisione, determinatezza e prevedibilità degli elementi costitutivi della fattispecie legale che costituisce oggetto di prova – e il concetto di tassatività processuale.

Quest'ultimo concetto, secondo il giudice delle leggi, attiene alle modalità di accertamento probatorio in giudizio, ed è quindi riconducibile a differenti parametri costituzionali e convenzionali – tra cui il diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost. e il diritto a un “giusto processo” ai sensi dell'art. 111 Cost. e dall'art. 6 CEDU – i quali sono comunque dotati di «fondamentale importanza al fine di assicurare la legittimità costituzionale del sistema delle misure di prevenzione».

Il ruolo del principio di tassatività processuale in questa materia è rimasto finora quasi del tutto inesplorato; esso però sembra sicuramente destinato a crescere in un prossimo futuro, anche per la sua connessione con la garanzia della certezza del diritto affermata dalla Corte europea come requisito implicito essenziale del “processo equo”.

14 FALCONE, *La lotta alla mafia – perché si vince coi giudici*, in *La Stampa*, 6 novembre 1991.

15 Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande camera, 23 febbraio 2017, *De Tommaso c. Italia*, su cui v. i commenti di VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 3 marzo 2017; MAUGERI, *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte Europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità della “legge”, ma una rondine non fa primavera*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 6 marzo 2017, 13 ss.; MENDITTO, *La sentenza De Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 26 aprile 2017.

16 C. cost., 24 gennaio 2019, n. 24.

La tassatività processuale forma quindi oggetto di un preciso obbligo di matrice costituzionale e convenzionale, che grava non solo sul legislatore ma anche sull'interprete, riferendosi agli *standard* qualitativi – in termini di precisione, determinatezza e prevedibilità – di una nozione di legalità che include in sé, oltre al materiale normativo, anche il formante giurisprudenziale.

A fronte di quest'obbligo, la disciplina contenuta nel Codice antimafia appare ancora assai carente, risolvendosi in una regolamentazione vistosamente sommaria e antiquata di una materia di estrema rilevanza e attualità. Le norme dedicate dal Codice antimafia al procedimento di prevenzione patrimoniale sono, per molti aspetti, così scarse da rendere possibili prassi applicative del tutto diverse tra loro, e per nulla prevedibili dai soggetti interessati.

Emerge quindi con chiarezza la necessità della costruzione di un “giusto procedimento di prevenzione” con una riforma legislativa che riempia i vastissimi “spazi interstiziali” lasciati vuoti dalla lacunosa disciplina attualmente contenuta nel Codice antimafia, implementando in modo efficace tutte le garanzie processuali previste dall'art. 6, § 3, della CEDU in rapporto alla materia penale: si tratta di un passaggio che assume una valenza decisiva sia per assicurare il rispetto dei principi costituzionali e convenzionali, sia per internazionalizzare le strategie di contrasto alle basi economiche delle organizzazioni criminali<sup>17</sup>.

### **3. Un nuovo calcio d'inizio per la partita U.E. sulla confisca: la proposta di una nuova direttiva**

Nell'ambito delle iniziative adottate sul piano sovranazionale per incrementare le potenzialità dello strumento della confisca di prevenzione ai fini del contrasto alla criminalità organizzata, merita specifica considerazione la proposta di direttiva riguardante il recupero e la confisca dei beni adottata a Bruxelles il 25 maggio del 2022 dal Parlamento e dal Consiglio.

Sin dalle prime battute, le istituzioni dell'U.E. sottolineano quanto lo strumento della confisca sia essenziale per garantire la sicurezza all'interno dell'Unione. Attraverso un riferimento esplicito alla Strategia dell'U.E. per la lotta alla criminalità organizzata 2021-2025<sup>18</sup>, si pone il *focus* sulla necessità di colpire il profitto economico, scopo principale delle reti della criminalità organizzata. In questa prospettiva, introdurre disposizioni

17 In proposito, si rinvia a BALSAMO, *Le misure di prevenzione patrimoniali. profili processuali*, in *La legislazione antimafia*, a cura di MEZZETTI – LUPARIA, Zanichelli, 2020.

18 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52021DC0170>



normative a ulteriore presidio delle operazioni di confisca e recupero dei beni si pone come una priorità dell’Unione per conseguire l’obiettivo che «il crimine non paghi»<sup>19</sup>.

Un nuovo atto normativo in materia si è reso per di più necessario all’indomani dello scoppio del conflitto russo-ucraino. Misure restrittive che colpiscono il patrimonio – sotto forma di congelamenti di beni, restrizioni all’ammissione, clausole antielusione – sono state irrogate nei confronti di Russia e Bielorussia, sulla scorta di quanto già disposto nel 2014 in risposta all’annessione illegale di Crimea e Sebastopoli.

Sul piano internazionale, la proposta di direttiva è sinergica rispetto ad alcune misure adottate su scala mondiale. In particolare, si pone in linea con le Convenzioni ONU sulla criminalità organizzata e i relativi protocolli, la Convenzione ONU contro la corruzione, la Convenzione di Varsavia del Consiglio d’Europa e la raccomandazione n. 4 del GAFI, il Gruppo di Azione Finanziaria Internazionale: il cuore normativo di tali atti è l’imposizione agli Stati parte di introdurre provvedimenti atti a congelare e confiscare i beni che risultino connessi ad attività criminali.

Appunto il citato art. 83 TFUE costituisce la base giuridica della direttiva in oggetto: esso è uno dei fulcri della cooperazione giudiziaria in materia penale e include la criminalità organizzata nel novero delle «sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale». Insieme con l’art. 83, anche gli art. 82 e 87 contribuiscono a delineare la base giuridica delle nuove misure, rispettivamente per i meccanismi di riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi dimensione transnazionale e per la cooperazione transfrontaliera in materia di indagini.

Di facile deduzione risultano la necessità e l’opportunità dell’intervento U.E. in tema di contrasto alla criminalità organizzata: il rispetto del principio di sussidiarietà si evince *per tabulas* dalla pervasività del fenomeno e dalla fatica che i singoli Stati membri incontrano nel combatterla *motu proprio* e, in questa direzione, l’introduzione di una norma minima comune si impone in ossequio al principio di proporzionalità.

La direttiva in commento accorpa in un unico atto la decisione quadro 2005/212/GAI del Consiglio, la decisione del Consiglio relativa agli uffici per il recupero dei beni e la direttiva relativa alla confisca, stabilendo norme comuni per il reperimento e l’identificazione, il congelamento, la gestione e la confisca dei beni. La scelta di procedere alla riunione in un’unica direttiva più atti normative vigenti va oltre mere esigenze di *drafting* e si mostra maggiormente idonea a perseguire la realizzazione dello scopo

19 Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, Recupero e confisca dei beni: garantire che “il crimine non paghi” (COM(2020) 217 final del 2.6.2020

principale attraverso una strategia più efficace anche sul piano normativo. La scelta della direttiva, fondata sulle basi giuridiche predette, assegna agli Stati un margine di manovra rilevante nell'individuazione, attraverso gli atti normativi di recepimento, delle linee di azione realizzative degli scopi fissati dall'Unione.

Misure restrittive della capacità patrimoniale del soggetto come quelle attualmente in discussione chiamano in gioco numerosi diritti fondamentali. La proposta di direttiva contiene un rimando esplicito al rispetto di questi ultimi, per come previsto dalla Carta dei diritti fondamentali dell'U.E., e segnatamente a quella clausola, contenuta nell'art. 52, che pone in stretta connessione principio di proporzionalità e finalità legittima di realizzare obiettivi di interesse generale dell'U.E. e salvaguardia dei diritti e delle libertà di tutti.

L'ingerenza delle misure proposte nei diritti fondamentali (compresi segnatamente i diritti di proprietà) è giustificata dalla necessità di privare efficacemente i criminali e in particolare la criminalità organizzata dei loro beni illeciti, in quanto questi rappresentano sia la principale motivazione che li induce a commettere reati, sia i mezzi per proseguire ed espandere le loro attività criminose. Le misure proposte sono limitate a quanto necessario per conseguire tale obiettivo. Il nuovo modello di confisca introdotto è giustificato dalle difficoltà intrinseche nel ricondurre i beni a specifici reati nei casi in cui il proprietario è coinvolto in attività della criminalità organizzata che consistono in molteplici reati commessi lungo un arco di tempo prolungato. Infine, il rispetto dei diritti fondamentali sarà assicurato mediante garanzie che comprendono efficaci mezzi di ricorso a disposizione dell'interessato per tutte le misure previste nella direttiva proposta, comprese le nuove prescrizioni riguardanti le vendite pre-confisca o il nuovo modello di confisca.

Non va tralasciata, da ultimo, l'attività di *stakeholders engagement* avviata in fase di redazione della proposta di direttiva. *Law Enforcement Agencies*, soggetti private, enti territoriali, università, organizzazioni non-governative, organizzazioni internazionali, istituzioni europee, centri di ricerca sono stati opportunamente consultati per individuare le misure normative più opportune alla luce degli interessi concretamente presenti nella realtà fattuale.

#### **4. NCB, istruzioni per l'uso: il documento ECCD del Consiglio d'Europa**

Nell'aprile del 2021, il Consiglio d'Europa, attraverso l'*Economic Crime and Cooperation Division* (di seguito: ECCD), ha ribadito quanto lo strumento della NCB possa essere decisivo per la lotta alla criminalità organizzata e, in un *paper*, ha consegnato alla comunità della

c.d. “Grande Europa” alcune “istruzioni per l’uso” riferite a tale strumento<sup>20</sup>. Come noto, il tema non è nuovo per il Consiglio d’Europa, che vi ha profuso la sua attenzione anche sul piano normativo, introducendo, nel 1990, la *Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime*<sup>21</sup>, in cui la confisca è definite «following proceedings in relation to a criminal offence or criminal offences resulting in the final deprivation of property». Sul piano delle fonti del diritto internazionale convenzionale, tra quelle che maggiormente disciplinano l’oggetto in questione, è opportune fare riferimento alla Convenzione ONU di Palermo, alla Convenzione di Vienna e alla Convenzione di Merida<sup>22</sup>.

La lettura del paper del 2021 aiuta a rinvenire la genesi della NCB sul terreno anglosassone. A tal proposito, è riportato un passo assai significativo di uno *speech* parlamentare di Lord Goldsmith:

*Someone at the centre of a criminal organisation may succeed in distancing himself sufficiently from the criminal acts themselves so that there is not sufficient evidence to demonstrate actual criminal participation on his part. Witnesses may decline to come forward because they feel intimidated. Alternatively, there may be strong evidence that the luxury house ... the yachts and the fast motor cars have not been acquired by any lawful activity because none is apparent. It may also be plain from intelligence that the person is someone engaged in criminal activity, but it may not be clear what type of crime. It could be drug trafficking, money laundering or bank robbery. However, the prosecution may not be able to say exactly what is the crime, and thus the person will be entitled to be acquitted of each and every offence. If, in a criminal trial, the prosecution cannot prove that the person before the court is in fact guilty of this bank robbery or that act of money laundering, then he is entitled to be acquitted. Yet it is as plain as a pikestaff that his money has been acquired as the proceeds of crime*<sup>23</sup>.

L’ECCD compie un’interessante rassegna della confisca in vari ordinamenti – non solo degli Stati parte del Consiglio d’Europa – volta a dimostrare come lo strumento della NCB si sia inverato in modi differenti nelle esperienze dei singoli Stati e come, in alcuni

20 <https://www.coe.int/en/web/corruption/-/eccd-publishes-a-paper-on-the-use-of-non-conviction-based-seizure-and-confiscation>

21 Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime (ETS No.141), Article 1(d).

22 Un esame dei profili convenzionali sul tema è compiuto da BALSAMO, *Le misure patrimoniali tra armonizzazione e cooperazione giudiziaria internazionale*, in BALSAMO-MATTARELLA-TARTAGLIA, *La Convenzione di Palermo: il future della lotta alla criminalità organizzata transnazionale*, Giappichelli 2020, 257 ss.

23 House of Lords Debate 25 June 2002, vol 636, cols 1270-71, per Lord Goldsmith.

Paesi, la cattura dei proventi illeciti non sia condotta in alcun modo. Degno di nota è il riferimento all'ordinamento italiano e alle previsioni del codice antimafia. Sul punto della definizione della pericolosità generica, non appare corretto il riferimento all'art. 1 del Codice antimafia, in particolare ove si afferma che il carattere di detta pericolosità è da provarsi in relazione alle stesse regole che presidono la prova nel processo penale. Il tratto distintivo della NCB che si ricava dall'analisi dei vari modelli presentati è da rinvenirsi in una base probatoria solida su cui fondare lo strumento e nella remissione della valutazione in capo all'applicazione della confisca a un tribunale specializzato o a un giudice anziano.

Centrale è altresì l'analisi dei *benefits* e *challenges* compiuta dall'ECCD.

Il piano delle sfide è dominato dai rischi connessi al mancato presidio delle garanzie processuali penali. Applicare una NCB significa incidere in modo massiccio nell'ambito dei diritti fondamentali della persona, che viene spogliata dei suoi beni, senza che tale procedimento sia garantito dalle regole del processo penale. In particolare, non dovrebbero essere sottovalutati lo stress e lo stato di incertezza giuridica arrecati al preposto. Un pregiudizio serio si misura in relazione all'ambito della *civic constitutional culture* e all'impatto che un procedimento di prevenzione potrebbe avere sul cittadino. Un soggetto cui è applicata la misura della confisca – che comporta un depauperamento della sua capacità patrimoniale – potrebbe erroneamente credere di essere coinvolto in un procedimento penale, a motivo della rilevanza delle accuse a suo carico.

Da un lato, in effetti, la confisca dei beni acquisiti illegalmente – che pure colpisce le proprietà e non la persona – ha effetti che si avvicinano nella percezione sociale a quelli dei procedimenti penali. Dall'altro, una puntuale informazione dei soggetti coinvolti è resa necessaria dall'assenza di connessione automatica tra sequestro dei beni e comportamento illecito del loro detentore, laddove la proprietà confiscata sia passata nelle mani di terzi, i quali non siano direttamente responsabili di comportamenti di rilevanza penale. Questi ultimi devono in ogni momento poter esercitare il loro diritto alla conoscenza della natura dei procedimenti in corso ed essere in grado di opporvisi.

Un'ulteriore criticità collegata alla NCB risiede nella debolezza dell'onere della prova e nel conseguente rischio che la sanzione comminata risulti sproporzionata rispetto all'entità delle situazioni contestabili sulla base delle prove fornite. La relativa facilità con cui è possibile accedere a misure gravemente penalizzanti sul piano patrimoniale potrebbe incoraggiare le autorità giudiziarie a servirsi di preferenza della via civile, anziché della via penale, come strumento di sanzione dell'illecito. Strategie di questo tipo, emerse per esempio nel Regno Unito (nell'ambito della causa *Regina vs. Innospec Limited*), hanno suscitato i rilievi critici degli osservatori, colpiti dalle potenzialità delegittimanti che, agli

occhi dell'opinione pubblica, può avere la scelta di perseguire comportamenti criminali gravi – in quel caso, la corruzione di pubblici ufficiali – con dei mezzi civili, i quali del resto, non prevedendo misure di custodia, rischiano di essere inefficaci nel disincentivare dai reati contestati.

Garanzie per i soggetti coinvolti e uso non arbitrario sono insomma le condizioni necessarie di un efficace esercizio della NCB, che non può servire come un surrogato del processo penale laddove questo sia possibile e opportuno, ma si rivela efficace nella misura in cui, venuta meno la possibilità di perseguire penalmente i presunti criminali, permette di danneggiarli concretamente sul piano economico.

## 5. Notazioni conclusive

Nell'analisi svolta si è cercato di far emergere quanto sdruciolevole sia il terreno, sostanziale e processuale, della prevenzione patrimoniale. Nata come strumento potente della lotta contro la criminalità organizzata, essa sconta alcune lacune vistose sul piano della *fairness* procedimentale, a cominciare dallo scarso invero del principio di tassatività processuale. L'introduzione di maggiori e più adeguati presidi nell'ambito procedimentale è postulata con forza dalla delicatezza degli interessi involti nel procedimento di prevenzione patrimoniale: da un lato, l'interesse dello Stato a emettere provvedimenti ablativi del patrimonio che colpiscano al cuore nuclei criminogenetici; dall'altro, l'interesse del singolo a confidare su regole formulate in modo chiaro e prevedibile, che siano in linea con gli *standard* sovranazionali. Appunto in questa direzione, volgendo lo sguardo al panorama sovranazionale, si ha come la percezione di uno iato esistente tra la prescrizione – o, in ogni caso, l'indicazione – da parte di istituzioni dell'U.E., da un lato, e di organi internazionali, dall'altro, di soglie di legalità atte a garantire il cittadino nei procedimenti di prevenzione e *l'ubi consistam* delle misure di prevenzione patrimoniale sul terreno dei singoli ordinamenti nazionali.

In questa prospettiva, il caso italiano mostra dei tratti emblematici, a cominciare dalla *vexata quaestio* inerente la natura penale dell'intero sistema della prevenzione. Trattasi di una discussione che si connota a tratti come stantia e poco aggiornata: copiosa giurisprudenza di merito, di legittimità e costituzionale italiana, che si rifà anche a precedenti della Corte europea dei diritti dell'uomo, argomenta la natura civile-amministrativa delle misure di prevenzione basandosi su precedenti della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>24</sup> che, sul punto, hanno esaurito il loro potenziale argomentativo.

24 CtEDU Raimondo c. Italia, Prisco c. Italia e Bongiorno c. Italia.

Tali precedenti si riferiscono, infatti, a un momento storico in cui l'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali era effettuata congiuntamente a quella delle misure di prevenzione personali. Ciò ha prodotto chiari effetti sulla confisca di prevenzione, smontando la finalità specialpreventiva dell'istituto. Sinora, però, va rilevato che non è rintracciabile un precedente in cui la Corte europea abbia scrutinato la questione della natura della confisca di prevenzione – misura patrimoniale – applicata disgiuntamente dalle misure personali.

Nell'ambito del procedimento di prevenzione patrimoniale, le carenze applicative del principio di tassatività processuale rendono evidente la “frode delle etichette”<sup>25</sup>: la scarsità delle garanzie non aiuta di certo a costruire il rispetto delle regole del giusto processo in un procedimento che, appunto in quanto autonomo rispetto al procedimento penale, esige un intervento chirurgico dello Stato nella costruzione dei suoi presidi. Il recupero della vera natura del procedimento di prevenzione patrimoniale passa anche attraverso la costruzione di un giusto procedimento della prevenzione.

---

25 Già denunciata, ad esempio, nei confronti dell'ordinamento italiano, dal giudice portoghese Paulo Pinto de Albuquerque nella sua opinione dissidente in CtEDU, De Tommaso c. Italia. Attesa la natura di «incubatrice dell'indirizzo giurisprudenziale di domani» (l'espressione, del Presidente della Corte suprema federale Earl Warren, è riportata da P. Barile, *Risposta a Per un miglioramento della comprensione e della funzionalità della giustizia costituzionale*, in *Democrazia e diritto*, 1963, 509) posseduto dalle opinioni dissidenti e, in generale, separate, non sorprenderebbe se il contenuto argomentativo dell'opinione del giudice Pinto potesse essere ripreso dalla maggioranza in un nuovo arresto della Corte europea sul punto.

# **ARTIGOS CIENTÍFICOS**

---





# Coleta e tratamento de dados na transformação tecnológica da investigação criminal

Data collection and processing in the technological transformation of criminal investigation

NEREU JOSÉ GIACOMOLLI<sup>1</sup>

nereu@giacomolli.com

DANIELA DORA EILBERG<sup>2</sup>

danielaeilberg@gmail.com

---

**GALILEU - REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA** · e-ISSN 2184-1845

Volume XXIV · 1<sup>st</sup> January Janeiro – 31<sup>st</sup> December Dezembro 2023 · pp. 123-140

DOI: <https://doi.org/10.26619/2184-1845.XXIV.1/2.7>

Submitted on October 29<sup>th</sup>, 2023 · Accepted on December 31<sup>st</sup>, 2023

Submetido em 29 de Outubro, 2023 · Aceite a 31 de Dezembro, 2023

---

**SUMÁRIO** I. Introdução, II. O ciclo de vida dos dados da prova digital, III. Acesso a dados e a prova digital no ordenamento jurídico brasileiro, IV. Tratamento de dados no processo penal, Considerações Finais.

**RESUMO** O processo penal é permeado, contemporaneamente, pela relação das autoridades do sistema de justiça criminal com os dados, de modo que o novo paradigma fundado no elemento digital demanda uma responsável gestão do ciclo de vida dos dados obtidos e tratados em nome da justiça. A autoridade judicial imparcial deve atentar às novas formas de processamento de dados que sejam auditáveis e confiáveis, vez que os conflitos judicializados se embasam em análise da informação à disposição da autoridade judicial, cuja coleta foi possível no contexto da transformação tecnológica. Este artigo analisa as formas de acesso aos dados para finalidade probatória, as consequências que o art. 4.º, III da Lei n.º 13.709/2018 possui no tratamento de dados para a finalidade de investigação

- 
- 1 Doutor em Direito pela *Universidad Complutense de Madrid*, Professor na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Brasil (PUCRS), vinculado ao Mestrado e Doutorado em Ciências Criminais, onde leciona a disciplina de processo penal e sistemas jurídico-criminais comparados, respectivamente. Líder do projeto de pesquisa “Processo Penal na Era Digital” e do Grupo de Estudos Processo Penal Contemporâneo: fundamentos, perspectivas e problemas atuais. Pesquisador Integrado do *Ratio Legis* – Centro de Investigação e Desenvolvimento em Ciências Jurídicas da Universidade Autónoma de Lisboa, Portugal, no Projeto *Corpus Delicti*, Estudos de Criminalidade Organizada Transnacional. Desembargador jubilado do Tribunal e Justiça do Rio Grande do Sul, Brasil, Advogado e consultor jurídico. E-mail: nereu@giacomolli.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1753-0334>.
  - 2 Doutoranda e Mestra em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) com período sanduíche na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Bolsista CAPES. Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) com período sanduíche na Université Paris I Panthéon Sorbonne. Advogada criminalista. Orcid: 0000-0002-3240-6318.

criminal no Brasil e as adequações legais que a intencionada reforma do Código de Processo Penal se ateuve – ou deveria se ater – quanto ao capítulo da prova digital.

**PALAVRAS-CHAVE** Processo penal. Investigação Criminal. Proteção de Dados. Prova Digital.

**ABSTRACT** The criminal procedure is contemporaneously infused by the relationship between the authorities of the criminal justice system and data. The digital element inherent in the new established paradigm demands responsible management of the life cycle of the data obtained and processed in the name of justice. The independent judicial authority must be aware of the new forms of data processing that are auditable and reliable, since judicialized conflicts are based on analysis of data available to the judicial authority whose collection was possible due to technological transformation context. This article analyzes the data collection, the consequences of art. 4.º, III, Act n.º 13.709/2018 for data processing to criminal investigations in Brazil, as well as highlight the cautions to amend the Code of Criminal Procedure on digital evidence.

**KEYWORDS** Criminal procedure. Criminal Investigation. Data Protection. Electronic Evidence.

## I. Introdução

A natureza do elemento digital é fundante e balizadora do novo paradigma instaurado à realidade processual. O processo passa a ser percebido, contemporaneamente, a partir da reformulação da relação com os dados. Delgado Martins<sup>3</sup> é certo ao evidenciar como a uma autoridade judicial imparcial depende de novas formas de processamento de dados, vez que o conflito judicializado possui resolução, cuja análise se dá em um conjunto de dados à disposição da autoridade judicial.

Tal coleta foi possível em razão das transformações tecnológicas, e a aplicação das tecnologias não apenas nas relações cotidianas, mas ao sistema de justiça criminal, demanda responsável pela gestão do ciclo de vida dos dados obtidos e tratados em nome de e perante o Estado. A matéria tecnológica exige um mínimo de literacia e alfabetização digital, para evitar a opacidade, como bem apontam Bolzan e Flaviane com base em Jenna Burrell<sup>4</sup>, quando debatem sobre a “opacidade de modelos computacionais de mineração de dados e desafio da transparência e integridade dos modelos de aplicação”<sup>5</sup>. Exige-se

3 DELGADO, Joaquín. Judicial-Tech, el proceso digital y la transformación de la justicia. Obtención, tratamiento y protección de datos en la justicia. Madrid: Wolters Kluwer, 2020, p. 13.

4 BURRELL, Jenna. How the machines think: Understanding opacity in machine learning algorithms. In Big data & Society, Jan-jun, 2016.

5 BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, José Bolzan. Era digital e o processo penal brasileiro: busca de uma nova gramática, em VALENTE, Manuel Monteiro Guedes et all. (coord.) Direito e Liberdade, estudos em

que todos os atores da justiça criminal se atualizem quanto ao básico que o conhecimento digital deve propiciar, mas com a consciência suficiente da necessidade de assistência de *experts* que a matéria tecnológica exige, como uma realidade constante. Juízes e juízas, promotores e promotoras não estudaram para ser peritos forenses digitais. Mas entender as características do dado digital (principalmente a sua volatilidade) e o básico sobre o que se exige da tecnologia é preciso para que se identifique se houve a preservação da cadeia de custódia é o começo ao diálogo com este conhecimento técnico.

Quando se diz prova digital, portanto, refere-se primordialmente a dados. É nesse sentido que os fundamentos principiológicos de um processo penal democrático são atraídos ainda mais fortemente pelo campo magnético da dogmática constitucional da proteção de dados. A exceção do art. 4.º, III, da Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil não foi simplesmente uma escusa do legislador para deixar de proteger os dados tratados para as finalidades dispostas no inciso III.

Pelo contrário, o dispositivo não deixou de reforçar que os princípios gerais e os direitos dos titulares previstos na LGPD devem também ser observados pelas exceções (§1.º, art. 4.º, LGPD), e inclusive depositou na figura da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) a responsabilidade por emitir opiniões técnicas ou recomendações referentes às exceções, a ela devendo ser submetidos os relatórios de impacto de ferramentas tecnológicas para as finalidades das exceções do III do art. 4.º da LGPD. Vale ressaltar que a regulação separada para o tratamento de dados no processo penal é tendência internacional.

Os desafios inerentes às transformações que a investigação digital ou a investigação sobre dados digitais proporciona é realidade nos mais variados países. A reformulação e seus impactos nos sistemas de justiça dos países europeus, por exemplo, se vê refletida no corpo jurisprudencial do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Autores<sup>6</sup> exploram os casos de bancos de dados e dados pessoais, busca e apreensão digital, rastreamento de localização, dados de tráfego e interceptação em massa de comunicações para retratar os caminhos adotados pelos países europeus na jornada da incorporação das tecnologias na investigação criminal.

.....  
homenagem ao prof. Nereu José Giacomolli. Coimbra: Almedina, 2022, p. 624 e ss.

6 HIRSCH BALLIN, M.; GALIČ, M. Digital investigation powers and privacy: Recent ECtHR case law and implications for the modernisation of the Code of Criminal Procedure. *Boom Strafbblad*, 2021, 2(4), p. 148-159. <https://doi.org/10.5553/BSb/266669012021002004007>. Acesso em 04/09/2023.

## II. O ciclo de vida dos dados da prova digital

O terreno globalizado expõe visceralmente a crise das normas e princípios tradicionais, de modo a exigir inovações em todos os ramos. O anacronismo do Direito evidencia-se nas suas legislações (ou na falta delas). Justamente da ausência da regulação no processo penal, em sua dinamicidade, é que se vê o desenho da “sociedade da transparência”<sup>7</sup> expressa na possibilidade extrema de personificação de cada dizer. A possibilidade de reconstrução do passado de uma pessoa por meio de dados digitais por ela produzidos é a grande chave investigadora. As tecnologias não apenas passaram a ser uma espécie de extensão da capacidade de memória humana, como também alteraram as instituições políticas, o exercício de cidadania na chamada ciberdemocracia<sup>8</sup>, razão pela qual a maneira com a qual o governo difunde a livre adesão a pautas de agenda criminais populistas no denominado ciberespaço<sup>9</sup> é bruta.

Inexiste, atualmente, previsão legal de meio de prova digital no ordenamento jurídico brasileiro<sup>10</sup>. No entanto, dentre as diversas tentativas de reforma processuais, tem-se o Projeto de Lei n.º 4939/2020, que retrata uma das tentativas de regulamentar novos meios de obtenção de prova digital mais adequados à realidade atual que aqueles previstos na era analógica pelo Código de Processo Penal datado de 1941.

Contudo, por mais que não haja a previsão legal, a realidade da investigação brasileira é de expansão do uso de meios de investigação a partir das ferramentas tecnológicas. Uma série de técnicas são adotadas pela polícia para investigar e muitas vezes aparecem transmutados como se buscas fossem<sup>11</sup>. Cada um dos meios de prova digital gera diferentes meios de obtenção de prova, e na realidade das plataformas e empresas prestadoras de serviços, tem-se a realidade das normas processuais refletindo as regras da cooperação internacional<sup>12</sup>.

Frente aos câmbios nessa configurada sociedade de informação<sup>13</sup>, os avanços tecnológicos passaram a permitir a utilização de mecanismos poderosos de investigação

7 HAN, Byung-Chul. Sociedade da transparência. Petrópolis: Rio de Janeiro, Vozes, 2017.

8 LEVY, Pierre. Ciberdemocracia. Lisboa: Editions Odile Jacob, 2002.

9 BECK, Ulrich. Sociedade do risco: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: ED34, 2010.

10 Vid. ILLUMINATI, Giulio. Prova digitale e ammissibilità, em VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (coord.). Direito e Liberdade, estudos em homenagem ao prof. Nereu José Giacomolli, p. 945 e ss., a delimitação da prova digital.

11 EILBERG, Daniela Dora; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Busca e apreensão de dados em telefones celulares: novos desafios diante dos avanços tecnológicos. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 156/2019, p. 353 a 393.

12 SALT, Marcos. Nuevos desafios de la evidencia digital: acceso transformterizo y técnicas de acceso remoto a datos informáticos. 1.ª ed. Buenos Aires: Ad-hoc, 2017, p. 11.

13 O termo *sociedade da informação* passou a ser utilizado para se referir aos últimos anos do presente século, uma vez identificada a alteração da dinâmica econômica da sociedade “pós-industrial” ou “informacional” – nas palavras de Castells – a partir da introdução das novas tecnologias.

na obtenção de informações relevantes para processos penais, conforme explorado por Salt<sup>14</sup>. Essas inovações técnicas e tecnológicas de investigação, contudo, demandam conhecimentos específicos, tendo em vista que de suas investigações é possível recolher fontes cuja função é proporcionar o conhecimento de informações cada vez mais fidedignas e relevantes ao processo penal.

Ao abordarmos as fases do ciclo de vida dos dados no processo penal, a primeira diz respeito à coleta de dados, momento sobre o qual se deve analisar a legitimidade da obtenção dos dados para serem utilizadas como prova no processo<sup>15</sup>. Nesse momento em que estarão não apenas os meios de obtenção e meios de prova tradicionais, como também novos meios de investigação.

Ou seja, a quantidade de dados nas redes sociais, nos dispositivos eletrônicos, nas nuvens, ou de posse dos provedores de serviços são o enfoque dos novos desafios à compreensão da licitude da prova obtida e os limites legais para tanto na primeira fase. E nesse campo, os conflitos de jurisdição assumem protagonismo pelo caráter transfronteiriço inerente à comunicação tecnológica, que faz uso de plataformas cujas prestadoras de serviço estão em jurisdições no exterior e com tendência de armazenamento em servidores em jurisdição terceira, rompendo com a lógica da territorialidade do lugar físico do dispositivo<sup>16</sup>.

A segunda fase diz respeito à classificação e armazenamento dos dados e a terceira, sobre o uso e tratamento de tais dados. Os problemas relacionados aos tratamentos de dados pessoais no processo penal, bem como a segurança de tais dados armazenados nas atuais plataformas e softwares do sistema de justiça e/ou das empresas privadas prestadoras de serviço para a justiça são os principais desafios desta fase. Justamente, em uma era de *data breaches*, questionamentos sobre a segurança digital dos dados da Justiça é uma das pavorosas face da moeda, sendo a outra relacionada à interoperabilidade de tais dados com outras autoridades estatais ou com o setor privado. O avanço tecnológico também trará importantes avanços aplicados a tais dados, como são os casos da inteligência artificial e do *blockchain*.

Por último, a fase de transmissão ou compartilhamento de dados também está fadada à problemática dos dados coletados sobre terceiros e o tratamento de dados pelo setor privado. A grande crítica trazida ao acesso de dados de terceiros para a finalidade de

14 SALT, Marcos. Nuevos desafíos de la evidencia digital: acceso transfronterizo y técnicas de acceso remoto a datos informáticos. 1.<sup>a</sup> ed. Buenos Aires: Ad-hoc, 2017, p. 20.

15 DELGADO, Joaquín. Judicial-Tech, el proceso digital y la transformación de la justicia. Obtención, tratamiento y protección de datos en la justicia. Madrid: Wolters Kluwer, 2020, p. 16.

16 SALT, Marcos. Obtención de pruebas informáticas en extraña jurisdicción: Los “conflictos” del principio de territorialidad en un mundo virtual sin fronteras”, 2016, p. 518.

investigação criminal diz respeito ao fato de que em sua maioria essas pessoas sequer são alvo de investigação e duvidoso, portanto, a coleta de dados seus sem qualquer base legal. Sempre tão esquecida, porém imprescindível, é a eliminação dos dados. Precisamos falar a respeito do limite de prazo de armazenamento e do regime de finalização de dados pessoais no processo penal, de modo a se determinar quando serão completamente deletados dos registros os dados que foram armazenados pelo tempo legal necessário.

### III. Acesso a dados e a prova digital no ordenamento jurídico brasileiro

A possibilidade de que as autoridades encarregadas da persecução penal de um Estado acessem à prova digital em servidores ou dispositivos informáticos é uma questão de variadas controvérsias jurídicas geradas na atualidade, tanto em nível doméstico como da cooperação jurídica internacional em matéria penal.

As formas de acessar dados para a finalidade probatória no processo penal dentro do contexto da *e-evidence* envolvem busca de dispositivos, busca de dados na nuvem, a busca remota, a obtenção de dados sob custódia de provedores de serviço, a busca de dados preservados por provedores, além da cooperação internacional (formal ou informal) que gera compartilhamento de dados e da investigação de dados em redes abertas ou do agente infiltrado virtual.

Como bem evidencia Salt<sup>17</sup>, a polêmica tende a se aprofundar com o uso massivo de dispositivos capazes de armazenar dados computacionais, com o aumento vertiginoso das opções de serviços de computação em nuvem (*cloud computing*) e com a realidade crescente de hospedagem de informações em servidores externos aos dispositivos nos quais as informações são geradas (ou seja, provocando conseqüente perda da localização física das informações).

No que diz respeito à realidade sob um ordenamento jurídico em específico, na esfera da produção probatória, a exploração de vulnerabilidades de segurança na tecnologia pelas autoridades policiais para obtenção de dados ocorre, muitas vezes, de forma oculta e remota. Algumas outras práticas já são comumente aplicadas, de *web scraping* ou de *web crawling* para fins de investigação criminal, muitas vezes com o uso de ferramentas de *Open Source Intelligence (OSINT)* para se analisar e indexar metodicamente o conteúdo da *web*, em específico utilizadas nos buscadores, geram questionamentos e exigência de adequação legal.

17 SALT, Marcos. Nuevos desafíos de la evidencia digital: acceso transformterizo y técnicas de acceso remoto a datos informáticos. 1.ª ed. Buenos Aires: Ad-hoc, 2017.

A primeira questão imprescindível para todos os meios de prova digitais é a observação sobre os tipos de dados que estão envolvidos. Uma conceituação clássica é a de i) dados cadastrais (por exemplo, saber a quem pertencia o IP determinado, ou um número telefônico e dados de faturação de um telefone. Ou seja, tudo que pode ter registrado um provedor de serviço; ii) metadados (das comunicações) ou dados de conteúdo (precisamente o conteúdo da comunicação, por exemplo, o que diz o e-mail).

Para a obtenção dos dados pelas autoridades estatais, a categorização clássica representaria um grau escalonado de intrusividade, porque não seria a mesma coisa saber a quem pertence um IP quando comparado a quem se comunicou, ou sobre o próprio conteúdo da comunicação. A primeira diferenciação é: quem pode pedir o tipo de dado? Isso será verificado na questão da busca e apreensão. É sempre necessário ter uma autorização judicial ou alguns dados podem ser coletados pela polícia ou MP diretamente? Como Jacqueline Abreu e Dennys Antonialli já identificaram em trabalho primoroso sobre as comunicações no Brasil<sup>18</sup>, algumas previsões legais no ordenamento jurídico são interpretadas nesse sentido, como a Lei das Organizações Criminosas e o acesso aos registros telefônicos sem autorização judicial, a Lei de Lavagem de Dinheiro e o acesso ao MP de dados cadastrais sem autorização, ou o acesso a dados cadastrais e geolocalização para os casos dos arts. 13-A e 13-B do CPP<sup>19</sup>.

Ainda sobre os pedidos de autorização e, no caso, a no Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, houve o precedente relacionado ao caso de Marielle Franco em que o Judiciário manteve a obrigação do Google de ceder os dados privados de milhões de pessoas que sequer eram alvo de investigação para a investigação do homicídio da vereadora, configurando verdadeira prática de *fishing expedition*. Além de não haver autorização nos termos da reserva de lei para tanto, há proibição quanto aos pedidos genéricos ou inespecíficos no Decreto n.º 8.771/2016 e por isso autores como Heloisa Estellita e Gleizer direcionaram críticas às coletas de dados pessoais de pessoas insuspeitas.

No que diz respeito à categorização clássica dos dados, percebemos como as mudanças tecnológicas também provocaram crises do ponto de vista jurídico. Basicamente, existem dados modernos que são difíceis de enquadrar nessa classificação, bem como outros dados como o IP dinâmico, por exemplo, passam a questionar a divisão do que seria um dado cadastral e um metadado. O caso *Benefiz vs. Slovenia*, do Tribunal Europeu de Direitos

18 ABREU, Jacqueline de Souza; ANTONIALLI, Dennys. Vigilância sobre as comunicações no Brasil: interceptações, quebras de sigilo, infiltrações e seus limites constitucionais. São Paulo: InternetLab, 2017. Disponível em: [http://www.internetlab.org.br/wpcontent/uploads/2017/05/Vigilancia\\_sobre\\_as\\_comunicacoes\\_no\\_Brasil\\_2017\\_InternetLab.pdf](http://www.internetlab.org.br/wpcontent/uploads/2017/05/Vigilancia_sobre_as_comunicacoes_no_Brasil_2017_InternetLab.pdf). Acesso em: 05/2020, p. 27 e 35.

19 Quanto aos três cenários, temos as ADI 5063/DF, ADI 4906 e ADI 5642.

Humanos, abordou essa questão – gerando diferentes respostas nos países quanto à regulação do IP dinâmico nos ordenamentos jurídicos. Isso é importante porque os sistemas jurídicos dispõem de diferentes questões para a coleta desses tipos de dados.

Como premissa, este trabalho entende que ao elemento probatório digital não devermos transpor o raciocínio dos elementos probatórios físicos. A doutrina do *plain view*, por exemplo, não se configura da mesma forma no mundo digital. No mundo digital, não há encontro fortuito com as características justificantes de aproveitamento probatório do encontro fortuito de prova que tenha uma corporeidade no mundo digital, vez que no mundo digital tudo é direcionado, calculado, premeditado com algoritmos.

O desenvolvimento de um regime uniforme de garantias no acesso a provas digitais é essencial. Em algumas das tentativas de reformas, utilizaram a distinção “dados em repouso” e “dados em transmissão” para determinar os critérios da coleta, como o caso da proposta de reforma Código de Processo Penal pelo PL n.º 845/2010. A doutrina de proteção de dados pessoais levanta problemáticas quanto à suscetibilidade de abusos que tal distinção pode levar, uma vez que abre mão de salvaguardas já assentadas no Supremo Tribunal Federal quando discutida a Lei de Interceptação telemática<sup>20</sup>, e poderia recair a arbitrariedades devido ao volume de dados em repouso ser muito maior.

A configuração de uma sociedade contemporânea cuja dinâmica foi completamente reestruturada é o primeiro ponto que deve ser destacado para se compreender as mudanças em escala macro e micro das relações sociais. Não apenas a lógica de relacionamentos intrapessoais se modificou, como também a relação do Estado com os indivíduos. O delineamento de um contexto completamente renovado é evidenciado, na medida em que são incorporados, constante e exponencialmente, novos meios de tecnologias de informação e comunicação (TIC) – a ponto de catalisar o chamado processo da obsolescência em todas as esferas.

Diante do cenário global criado a partir do domínio das TICs, algumas mudanças são imperativas para que se adapte as ciências jurídicas à realidade. Isso porque, o desenho desse terreno expôs visceralmente a crise das normas e princípios tradicionais, de modo a exigir inovações em todos os ramos do direito<sup>21</sup>. Sob essa perspectiva, com o Direito Processual Penal não poderia ter sido diferente.

As inovações técnicas e tecnológicas de investigação explicitadas na expansão dos métodos ocultos de investigação demandam conhecimentos específicos, tendo em vista a coleta de fontes cuja função é proporcionar o conhecimento de informações cada vez mais

20 Data Privacy. Tabela de análise de reforma do Código de Processo Penal, 2021.

21 SALT, Marcos. Nuevos desafíos de la evidencia digital: acceso transformterizo y técnicas de acceso remoto a datos informáticos. 1.ª ed. Buenos Aires: Ad-hoc, 2017, p. 11.



fidedignas e relevantes ao processo penal. Interessante o apontamento de Guimarães que ressalta a catalização da inteligência artificial a partir do acesso à rede<sup>22</sup>. Tais fontes de prova, quando colhidas em ambiente digital ou informático, e em virtude da complexidade metodológica e científica, também ostentam a característica do que se denomina prova científica.

Em contrapartida ao quadro configurado, as transformações do modelo processual penal tradicional não foram devidamente refletidas nos campos da dogmática e do legislativo – os quais, inclusive, corriqueiramente simplificam a temática<sup>23</sup>. Os perigos, por exemplo, se evidenciam nos projetos de lei sobre provas digitais para o processo penal. A diferenciação de “fonte de prova digital” para “prova digital” é imprescindível para a dogmática processual penal e o aprofundamento teórico de uma adequada cadeia de custódia da prova digital.

A partir do crescimento vertiginoso de ferramentas e o aprimoramento das tecnologias, a denominada “prova digital” (*e-evidence* ou prova eletrônica) tem sua quantidade decorrente do *boom* das plataformas e *softwares* em que o cotidiano passou a ser socializado e é denominada como “classe de informação (dados) que tenha sido produzida, armazenada ou transmitida por meios eletrônicos”<sup>24</sup>.

Dentre as principais características das provas digitais, destacam-se a imaterialidade e, por consequência, a sua volatilidade e fragilidade, a complexidade e a pulverização. Referente à imaterialidade, observa-se que a prova digital se apresenta como uma sequência de *bits* que independe de suporte físico – salvo para sua perceptibilidade –, de modo a exigir apenas um transportador. A intangibilidade dos dados digitais é apontada por Walden<sup>25</sup> como decorrente justamente da complexidade inerente à investigação informática.

Os requisitos para a aquisição da prova digital são passíveis de controle judicial, visto que o processo penal como entidade epistêmica<sup>26</sup> de controle tem como objetivo o uso

22 GUIMARÃES, Rodrigo R. C. A Inteligência Artificial e a disputa por diferentes caminhos em sua utilização preditiva no processo penal. In Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 5, n. 3, pp 1555-1588.

23 RAMALHO, David Silva. Métodos ocultos de investigação criminal em ambiente digital. Coimbra: Almedina, 2017, p. 93.

24 DELGADO MARTIN, Joaquin. Judicial-Tech, el proceso digital y la transformación tecnológica de la justicia: Obtención, tratamiento y protección de datos en la justicia. Madrid: Wolters Kluwer, 2020, p. 55.

25 WALDEN, Ian. Computer crimes and digital investigations. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 205 *apud* VAZ, Denise Provasi. Provas digitais no processo penal: formulação do conceito, definição das características e sistematização do procedimento probatório. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 68.

26 PRADO, Geraldo. Prova penal e sistemas de controles epistêmicos. 1.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 45.

de informações relevantes e confiáveis<sup>27</sup>. Contudo, pela cientificidade metodológica empregada e a pulverização em potencial de fontes de provas relevantes, questiona-se como proceder com o controle judicial quanto à metodologia de recolha da prova para uma maior qualidade e consequente valoração racional da prova digital<sup>28</sup>

Dentre requisitos formais dos meios de obtenção de prova digital, por exemplo, estão a fidedignidade da coleta e a cadeia de custódia da prova digital<sup>29</sup>. É importante reiterar as críticas quanto à inexistência de valor probatório no material colhido pelos meios de obtenção de prova, devendo ser descartado junto ao inquérito policial.

O incremento ao valor da cadeia de custódia se dá com a natureza digital do elemento probatório. As características específicas da prova digital chamam atenção para questões como a suscetibilidade de manipulação que afeta a compreensão tradicional da natureza das fontes de prova e elementos de prova, qual seja, a de “materialidade” – diferente de ‘fiscalidade’<sup>30</sup> – já que estamos falando em dados digitais que não são corpóreos – conhecidos como verdadeiras “sequências de eletricidade 0 e 1”<sup>31</sup> –, e que são voláteis e frágeis, vez que podem ser copiados e clonados.

Segundo as diretrizes do *National Institute for Standard and Technology (NIST)*, as fases da computação forense envolvem a coleta de dados, seu posterior exame, a análise o relatório. Da mesma forma, o *Electronic Evidence Guide do Conselho da Europa* dispõe acerca da documentação da coleta da prova digital, e o *Internet Engineering Task Force (IETF)* e a *Association of Chief Police Officers (ACPO)*.

O laudo pericial deverá conter a introdução, descrição da fonte de prova digital, o resumo do exame realizado, a individualização do sistema de arquivos examinados, a análise e os resultados da perícia, bem como a conclusão<sup>32</sup>. A diferenciação da cadeia de custódia com relação ao equipamento apreendido e aos dados coletados é outro ponto essencial, destacado pelo *Mobile Forensic Investigations*.

É justamente através da cadeia de custódia que serão preservados, dentre outros, os direitos fundamentais à confidencialidade e garantia da integridade de sistemas de

27 VAZQUEZ-ROJAS, Carmen. Sobre la cientificidad de la prueba científica en el proceso judicial. Anuário de Psicologia jurídica, vol. 24. enero-diciembre, 2014, pp 65-73. Colégio Oficial de Psicólogos de Madrid, Madrid, Espanha, p. 68.

28 MENDES, Carlos Helder. Tecnoinvestigação criminal: entre a proteção de dados e a infiltração por software. Salvador: JusPodivm, 2020.

29 RAMALHO, David Silva. Métodos ocultos de investigação criminal em ambiente digital. Coimbra: Almedina, 2017.

30 DANIELE, Marcelo. La prova digitale nel processo penale. In Rivista di Diritto Processuale, Anno LXVI (Seconda Serie) – n. 2. Marzo – Aprile, 2011, p. 283.

31 KERR, Orin. S. Digital evidence and the new criminal procedure. 105 Columbia Law review, 2005, p. 284.

32 CASEY, Eoghan. Digital evidence and computer crime. 3.<sup>a</sup> Ed. London: Elsevier, 2011, p. 76.

tecnologia da informação. A complexidade inerente à multifuncionalidade dos dispositivos e aos direitos fundamentais e de personalidade, contudo, é contraposta por argumentos acerca da inexistência de direitos fundamentais absolutos<sup>33</sup>. Geraldo Prado destaca como o caráter constitucional da preservação da cadeia de custódia da prova digital exige que a perícia seja oficial, independente, imparcial e indelegável para entes privados<sup>34</sup>. Por se tratar de matéria reativa, não há possibilidade de pré-determinação de melhores diretrizes forenses, pois cada tipo de ferramenta requer uma adaptação metodológica para que haja uma perícia forense igualmente competente, e o faz a partir dos autores Ahmed e Roussev<sup>35</sup>.

No entanto, por se tratar de matéria constitucional que exige grandes cuidados, é possível buscar melhores metodologias internacionalmente convencionadas como mais adequadas para a preservação da prova digital, tais como ISO/IEC 27037:2012 e, no Brasil, ABNT NBR ISO/IEC 27037:2013 e ISO/IEC 27037:2012.

Ainda Prado<sup>36</sup>, com base nos ensinamentos de Heilik<sup>37</sup> e Taruffo<sup>38</sup>, desenvolve sobre como a cadeia de custódia da prova digital oferece desenlaces aos pontos relacionados à integridade, à espoliação e à volatilidade do dado digital, diferenciando os dados digitais e os documentos armazenados em computadores dos tradicionais, assim como determinando formas de coleta, apresentação e valoração da como prova judicial. É por tal razão que existem técnicas específicas de perícia forense digital que permite analisar a integridade de uma prova digital por meio dos códigos *hash* – como Prado ao afirmar que o objeto eletrônico fica vulnerável quando “não lacrado eletronicamente (*hash*)”<sup>39</sup>.

Por fim, no que diz respeito à temática de encontro fortuito e, principalmente, aos perigos da prática de *fishing expedition* no acesso de dados não-abertos por meio de ferramentas de raspagem automática, reitera-se a necessidade de atentar aos requisitos de

33 EILBERG, Daniela Dora; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Busca e apreensão de dados em telefones celulares: novos desafios diante dos avanços tecnológicos. Revista Brasileira de Ciências Criminais / vol. 156/2019 / p. 353 – 393 / Jun/2019, p. 360.

34 PRADO, Geraldo. Breves notas sobre o fundamento constitucional da cadeia de custódia da prova digital. 2021, p. 12.

35 AHMED, Irfan; ROUSSEV, Vassil. Analysis of Cloud Digital Evidence. In: CHEN, Lei; TAKABI, Hassan; LE-KHAC, Nhien-An (ed.). Security, Privacy, and Digital Forensics in the Cloud. Hoboken, Singapura: John Wiley & Sons, 2019, p. 302.

36 PRADO, Geraldo. Breves notas sobre o fundamento constitucional da cadeia de custódia da prova digital. 2021, p. 18.

37 HEILIK, Jacob. *Chain of Custody for Digital Data: A Practitioner's Guide*. Canadá: Independently published, 2019, p. 15.

38 TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 83-84.

39 PRADO, Geraldo. Breves notas sobre o fundamento constitucional da cadeia de custódia da prova digital. 2021, p. 23.

continência e conexão de dados relacionados à infração penal que ensejou a investigação, sob pena de ser contrário à justa causa<sup>40</sup>.

Isso porque, principalmente quando diz respeito à coleta da prova digital judicialmente autorizada, há possibilidade de direcionamento técnico para não coletar certos dados. Em havendo, ainda, a coleta de dados continentais e conexos, concebe-se como *fonte* de prova digital – jamais como prova digital – e, portanto, deve ser remetido como *notitia criminis* ao órgão de investigação.

#### IV. Tratamento de dados no processo penal

A escolha de política legislativa do Estado brasileiro de excetuar o tratamento de dados para finalidades de segurança pública, investigação criminal, defesa nacional e segurança nacional na Lei n.º 13.709 seguiu a tendência internacional<sup>41</sup> e possui a sua razão de ser. Ou seja, o fundamento da exceção do dispositivo 4.º da LGPD está no fato de que o levantamento de dados para o campo penal e de segurança pública possui premissa completamente diferente das demais áreas, ou seja, trata-se de coleta coercitiva<sup>42</sup>, razão pela qual falar em consentimento não é suficiente e depende de base legal.

A proteção dos dados pessoais hoje já garantida como constitucional, inclui a garantia ao livre desenvolvimento da personalidade, qual seja, o direito à autodeterminação informacional, à confiabilidade e integridade de sistemas informáticos, ao sigilo das comunicações e inviolabilidade ao domicílio. Ou seja, a regra é de que o Estado tem o direito de abstenção com relação aos direitos de aplicação imediata (art. 5.º, §1.º, CF), razão pela qual o direito da proteção de dados é configurado como “proteção (constitucional) dos dados e não como proteção aos dados<sup>43</sup>. Sendo assim, por mais que os direitos fundamentais não sejam absolutos e tampouco impedem a ingerência do Estado, ao Estado de Direito exige-se a previsão de normas autorizativas (art. 5.º, II, CF) sobre as

40 SILVA, Viviani GHIZONI; MELO E SILVA, Philipe Benoni; MORAIS DA ROSA, Alexandre. Fishing Expedition e Encontro Fortuito na Busca e Apreensão. Florianópolis: EMais, 2019.

41 A mesma direção do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (GDPR) da União Europeia e sua diferenciação da Diretiva 2016/680 – a qual regula a utilização de dados para fins de prevenção e investigação. No Brasil, uma comissão de juristas foi instituída em 2020 e elaborou o Anteprojeto da Lei Geral de Proteção de Dados. Apesar da extrema qualificação dos componentes da composição da comissão de juristas e do aprofundamento teórico e principiológico adotado na escrita de tal anteprojeto, houve a proposição de um projeto de lei n.º 1515/2021 que não contemplou todas as salvaguardas previstas no anteprojeto.

42 ESTELLITA, Heloisa. O RE 1.055.941: um Pretexto para Explorar Alguns Limites à Transmissão, Distribuição, Comunicação, Transferência e Difusão de Dados Pessoais pelo COAF. Dossiê – Privacidade e Proteção de Dados Pessoais na Segurança Pública e no Processo Pena. In RDP, Brasília, v.18, n. 100, p. 608.

43 GLEIZER, Orlandino; MONTENEGRO, Lucas; VIANA, Eduardo. O direito de proteção de dados no processo penal e na segurança pública. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021, p. 6.

intervenções dos direitos fundamentais que são justamente diferenciadas daquelas que são as denominadas normas de competência<sup>44</sup>.

Nesse sentido, compreende-se que, das normas de competência não estão derivadas as de autorização, ou seja, é preciso haver clara e importante diferenciação para que possamos compreender que o fato de uma agência ter a competência de coletar um dado não significa, em si, pode coletá-lo a qualquer custo, havendo condições para tal autorização. Nesse sentido, seriam a forma e a proporcionalidade a limitação ao poder legislativo<sup>45</sup>.

Portanto, estamos falando em reserva de lei (legalidade) e reserva judicial (autorização judicial). Um direito que é reconhecido constitucionalmente como “inviolável” não significa “intocável” (absoluto), mas dependente de previsão legal para justificar a sua tangibilidade, como abordado por Greco ao introduzir o trabalho de Wolter<sup>46</sup>.

O reconhecimento da autodeterminação informacional para além da abstenção do dever do Estado em relação aos dados dos cidadãos, também significa que, ao ser somada com direitos que protejam o livre desenvolvimento da personalidade representam importante contenção à vigilância, além de a reserva de lei e parlamentar serem imprescindíveis para pensarmos o tratamento dos dados no campo penal. Em sendo dessa forma, a transparência e o *accountability* são importantes princípios para o controle da gestão pública que seja transparente e que a justeza procedimental com relação às atividades de *law enforcement* e *compliance* sejam garantidos<sup>47</sup>.

Após adentrarmos na coleta de dados e sua licitude, precisamos também determinar quais são as técnicas que serão utilizadas para tratar tais dados uma vez considerados lícitos. São tempos de automatização, em que a regulamentação do uso de inteligência artificial, por exemplo, é urgente. Inúmeras iniciativas internacionais, como a proposta de regulação do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu para harmonizar as regras do uso de inteligência artificial a partir do *Artificial Intelligence Act* que emenda outras previsões legais.

44 GRECO, Luís. Introdução – o inviolável e o intocável no direito processual penal. In: WOLTER, Jürgen. O inviolável e o intocável no direito processual penal: reflexões sobre dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal. Luís Greco (org.). 1.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 199.

45 GLEIZER, Orlandino; MONTENEGRO, Lucas; VIANA, Eduardo. O direito de proteção de dados no processo penal e na segurança pública. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021, p. 9.

46 GRECO, Luís. Introdução – o inviolável e o intocável no direito processual penal. In: WOLTER, Jürgen. O inviolável e o intocável no direito processual penal: reflexões sobre dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal. Luís Greco (org.). 1a ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 32.

47 BIONI, Bruno; EILBERG, Daniela Dora; CUNHA, Brenda; SALIBA, Pedro; VERGILI, Gabriela. Proteção de dados no campo penal e de segurança pública: nota técnica sobre o Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para segurança pública e investigação criminal. São Paulo: Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa, 2020, pp 3-4.

Ao mesmo tempo em que práticas automatizadas podem gerar mais eficiência à investigação, traz também maior riscos aos direitos dos titulares dos dados pessoais<sup>48</sup>. A era do *Big Data* permite análise massiva de dados de velocidade sem precedentes ocorre a partir das etapas de coleta de dados (de múltiplas fontes), da categorização desses (dados a partir da técnica de mineração, *data mining*, a qual busca correlação e padrões nos dados) e da interpretação (inferência de valor)<sup>49</sup>. Tal contexto gera questionamentos sobre a veracidade e fiabilidade dos dados, cuja afetação na análise de tais dados será consequente, bem como a suscetibilidade à volatilidade desses dados que poderão ser destruídos antecipadamente, razão pela qual se fala em preservação. No caso do Brasil, a previsão normativa da Lei Geral de Proteção de Dados dispõe sobre os princípios fundantes da proteção de dados. Precisamos essencialmente tratar os dados primando pelos princípios da finalidade, necessidade, transparência e *accountability*.

O princípio da finalidade exige que o dado coletado para um fim específico deve ser tratado apenas para tal finalidade, razão pela qual uma autorização judicial para compartilhar um dado para um caso específico não justifica automaticamente a extensão do uso desse dado para outro caso, devendo ocorrer nova autorização judicial para respeitar a reserva jurisdicional, como bem retrataram Flaviane e Bolzan<sup>50</sup> e Heloisa Estellita<sup>51</sup> quanto à decisão do STF sobre o compartilhamento de dados bancários e fiscais.

O princípio da necessidade deve conduzir as investigações, pois a conformação da democracia está fundada em um Estado tem limites quanto ao acesso de dados da vida privada das pessoas ao tratamento do mínimo necessário, apenas para o necessário e proporcional. O impacto que tal coleta poderá acarretar riscos, principalmente se estivermos falando de dados sensíveis (como os dados biométricos) exige uma redobrada de esforços quanto à metodologia para mitigação de riscos<sup>52</sup>, ainda mais se tais dados estiverem associados à inteligência artificial, devido à desigualdade dos poderes informacionais.

48 BIONI, Bruno; EILBERG, Daniela Dora; CUNHA, Brenda; SALIBA, Pedro; VERGILI, Gabriela. Proteção de dados no campo penal e de segurança pública: nota técnica sobre o Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para segurança pública e investigação criminal. São Paulo: Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa, 2020.

49 DELGADO, Joaquin. Judicial-Tech, el proceso digital y la transformación de la justicia. Obtención, tratamiento y protección de datos en la justicia. Madrid: Wolters Kluwer, 2020, p. 214.

50 BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, José Bolzan. Compartilhamento de Dados e Devido Processo: Como o uso da inteligência artificial pode implicar em uma verdadeira aleteica. 1.<sup>a</sup> ed.. Salvador: Editora JusPodivim.

51 ESTELLITA, Heloisa. O RE 1.055.941: um Pretexto para Explorar Alguns Limites à Transmissão, Distribuição, Comunicação, Transferência e Difusão de Dados Pessoais pelo COAF. Dossiê – Privacidade e Proteção de Dados Pessoais na Segurança Pública e no Processo Pena. IN RDP, Brasília, v.18, n. 100, p. 608.

52 AMBA KAK (ed.). Regulating Biometrics: Global Approaches and Urgent Questions AI Now Institute, September 2020, Disponível em: <https://ainowinstitute.org/regulatingbiometrics.html>. Acesso em: 12/2020.

O princípio da transparência porque necessitamos combater as opacidades inerentes aos modelos computacionais para se evitar “a verdade aleteica”<sup>53</sup>, com a necessidade de conhecer detalhadamente o *input* e o método de mineração de dados<sup>54</sup> para que possamos também compreender o uso do *output* para finalidade probatória, por exemplo.

O princípio da *accountability*, porque a prestação de contas responsável centra-se, na seara regulatória, neste princípio – como bem desenvolve Bioni, determina-se a responsabilização (*accountable*) da prestação de contas quanto aos riscos relacionado para se reduzir as assimetrias de poderes informacionais e para “prescrever critérios normativos”<sup>55</sup>.

## V. Considerações Finais

As ferramentas tecnológicas podem trazer inovações, mas também podem significar apenas a sofisticação dos mesmos processos e respostas. Portanto, não idealizar a inovação, mas compreendê-la enquanto delineadora dos novos desafios que demandam novas respostas ou adequação de tradicionais respostas será o primeiro passo.

As bases fundantes do processo penal estão na compreensão de uma disputa acusatória que envolve paridade de armas, cujo fundamento se dá no direito à ampla defesa e ao contraditório. Portanto, as bases principiológicas quanto à licitude da prova estão constitucionalmente estabelecidas desde 1988, não havendo discussão quanto ao “regime de antijuricidade da prova”.

As dificuldades da temática de aquisição probatória, quando se tratam de provas digitais, estão concebidas desde a etapa inicial de conceituação dos seus termos, uma vez que a matéria se faz extremamente novel perante às produções normativas e os seus avanços contínuos e exponenciais expõe violentamente a configuração da constante lógica da obsolescência até mesmo da temática – haja vista a incapacidade de se acompanhar as consequências da produção tecnológica a partir de uma teoria científica séria sem que se esteja referindo a algo que não mais se apresenta como de última geração tecnológica.

As transformações do modelo processual penal tradicional não foram devidamente refletidas nos campos da dogmática e do legislativo – os quais, inclusive, corriqueiramente

53 BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, José Bolzan. Compartilhamento de Dados e Devido Processo: Como o uso da inteligência artificial pode implicar em uma verdadeira aleteica. 1.<sup>a</sup> ed. Salvador: Editora JusPodivim, p. 284.

54 BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, José Bolzan. Compartilhamento de Dados e Devido Processo: Como o uso da inteligência artificial pode implicar em uma verdadeira aleteica. 1.<sup>a</sup> ed.. Salvador: Editora JusPodivim, p. 284.

55 BIONI, Bruno. Regulação e proteção de dados pessoais – o princípio da *accountability*. São Paulo: Forense, 2022.

simplificam a temática<sup>56</sup>. Os requisitos para a recolha da prova digital devem ser passíveis de controle judicial, visto que o processo penal como entidade epistêmica<sup>57</sup> de controle tem como objetivo o uso de informações relevantes e confiáveis<sup>58</sup>.

Contudo, pela cientificidade metodológica empregada e a pulverização em potencial de fontes de provas relevantes, a pergunta que se faz é: como se procederá o controle judicial quanto à metodologia de recolha da prova para uma maior qualidade e consequente valoração racional da prova informática? A resposta parece beirar alguns caminhos: i) o repúdio ao uso análogo de procedimentos propostos à prova físicas<sup>59</sup>; ii) a reinterpretação como uma relação tricotômica: busca-apreensão-custódia<sup>60</sup>; iii) a consignação de normas procedimentais específicas a essas provas, calcadas na tipicidade processual.

A questão de direitos e garantias fundamentais e sua ingerência com as novas tecnologias, que catalisam o processo de redução do seu núcleo de proteção, desperta debates quanto aos meios de investigação, as medidas cautelares probatórias, o que se configura como busca e o princípio do *nemo tenetur se detegere*. Observa-se, inclusive, o princípio da liberdade probatória em tensão constante com a *nulla coactio sine lege* e a interpretação dela feita<sup>61</sup>.

A ausência de previsão legal de certas medidas intrusivas acaba por desaguar em um fenômeno de eufemização de institutos, com a crescente criação de categorias apartadas da sua natureza jurídica parece se tornar regra que se evidencia como desenvolvimento exponencial da tecnologia. Exigem-se renovações das concepções de antigos institutos processuais penais, de diretrizes específicas aos métodos de obtenção de fonte de prova ou, até mesmo, da compreensão de seu tratamento enquanto busca e não meio investigativo. Há que se pensar, inclusive, em uma nova concepção teórica da prova que seja capaz de abarcar essas inovações conformativas das naturezas jurídicas em jogo.

Aimportânciadoentrecruzamentodasáreassaltaaosolhosaoconfrontarmosalegalidade penal com a fidedignidade dos meios probatórios, na compreensão de que a tipicidade processual está completamente ligada à legalidade processual (constitucional) penal.

56 RAMALHO, David Silva. Métodos ocultos de investigação criminal em ambiente digital. Coimbra: Almedina, 2017, p. 93.

57 PRADO, Geraldo. Prova penal e sistemas de controles epistêmicos. 1.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 45.

58 VAZQUEZ-ROJAS, Carmen. Sobre la cientificidad de la prueba científica en el proceso judicial. Anuário de Psicología jurídica, vol. 24. enero-diciembre, 2014, pp. 65-73. Colégio Oficial de Psicólogos de Madrid, Madrid, Espanha, p. 68.

59 MENDES, Carlos Helder Furtado. Dado informático como fonte de prova penal confiável (?) apontamentos procedimentais sobre a cadeia de custódia digital. In Revista Brasileira de Ciências Criminas, v. 161, 2019, p. 131-161.

60 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; EILBERG, Daniela Dora. Busca e apreensão de dados em telefones celulares: novos desafios frente aos avanços tecnológicos. In Revista Brasileira de Ciências Criminas, v. 156, 2019, p. 355.

61 SALT, Marcos. Evidencia Digital, Investigación de Cibercrimen y Garantías del Proceso Penal. *Jornada de Trabajo*, 2017.



Buscamos trazer os desafios relacionados ao acesso aos dados para finalidade de investigação criminal, o que exige conhecimentos básicos sobre diferenciação da metodologia e dos requisitos para a coleta de dados disponíveis em dispositivos eletrônicos, em fontes abertas, ou sob custódia de provedores de serviço. Após compreender tais desafios, buscou-se entender como serão tratados os dados, primando-se pelo embasamento principiológico da dogmática constitucional da proteção de dados.

## REFERÊNCIAS

- ABREU, Jacqueline de Souza; ANTONIALLI, Dennys. Vigilância sobre as comunicações no Brasil: interceptações, quebras de sigilo, infiltrações e seus limites constitucionais. São Paulo: InternetLab, 2017. Disponível em: [http://www.internetlab.org.br/wpcontent/uploads/2017/05/Vigilancia\\_sobre\\_as\\_comunicacoes\\_no\\_Brasil\\_2017\\_InternetLab.pdf](http://www.internetlab.org.br/wpcontent/uploads/2017/05/Vigilancia_sobre_as_comunicacoes_no_Brasil_2017_InternetLab.pdf). Consultado em maio de 2020.
- AHMED, Irfan; ROUSSEV, Vassil. Analysis of Cloud Digital Evidence. In: CHEN, Lei; TAKABI, Hassan; LE-KHAC, Nhien-An (ed.). Security, Privacy, and Digital Forensics in the Cloud. Hoboken, Singapura: John Wiley & Sons, 2019.
- AMBA KAK (ed.). Regulating Biometrics: Global Approaches and Urgent Questions AI Now Institute, September 2020, Disponível em: <https://ainowinstitute.org/regulatingbiometrics.html>. Consultado em 15/09/2023.
- BECK, Ulrich. Sociedade do risco: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Ed. 34, 2010.
- BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, José Bolzan. Era digital e processo penal brasileiro: busca de uma nova gramática, em VALENTE, Manuel Monteiro Guedes et all (coord.). Direito e liberdade, estudos em homenagem ao prof. Nereu José Giacomolli. Coimbra: Almedina, 2022, p. 613-630.
- BIONI, Bruno. Regulação e proteção de dados pessoais – o princípio da *accountability*. São Paulo: Forense, 2022.
- BIONI, Bruno; EILBERG, Daniela Dora; CUNHA, Brenda; SALIBA, Pedro; VERGILI, Gabriela. Proteção de dados no campo penal e de segurança pública: nota técnica sobre o Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para segurança pública e investigação criminal. São Paulo: Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa, 2020.
- BURREL, Jena. How the machines thinks: Understanding opacity in machine learning algorithms. Big data & society. Jan-jun 2016.
- CASEY, Eoghan. Digital evidence and computer crime. 3. Ed. London: Elsevier, 2011.
- DANIELE, Marcelo. La prova digitale nel processo penale. Rivista di Diritto Processuale Anno LXVI (Seconda Serie) – n. 2. Marzo – Aprile, 2011.
- DELGADO, Joaquín. Judicial-Tech, el proceso digital y la transfrmación de la justicia. Obtención, tratamiento y protección de datos en la justicia. MadridÇ Wolters Kluwer, 2020.
- ESTELLITA, Heloisa. O RE 1.055.941: um Pretexto para Explorar Alguns Limites à Transmissão, Distribuição, Comunicação, Transferência e Difusão de Dados Pessoais pelo COAF. Dossiê – Privacidade e Proteção de Dados Pessoais na Segurança Pública e no Processo Pena. In RDP, Brasília, v.18, n. 100, 606-636, out./dez. 2021.
- ESTELLITA, Heloisa; GLEIZER, Orlandino. A investigação penal de insuspeitos. STJ fere direitos ao exigir coleta massiva de dados. Disponível em: 12/09/2020.

- EILBERG, Daniela Dora; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Busca e apreensão de dados em telefones celulares: novos desafios diante dos avanços tecnológicos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* / vol. 156/2019 / p. 353 – 393 / Jun/2019.
- GRECO, Luis. Introdução – o inviolável e o intocável no direito processual penal. In: WOLTER, Jürgen. *O inviolável e o intocável no direito processual penal: reflexões sobre dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal*. Luis Greco (org.). 1a ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018.
- GUIMARÃES, Rodrigo R. C. A Inteligência Artificial e a disputa por diferentes caminhos em sua utilização preditiva no processo penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 3, set./dez. 2019, p. 1555-1588. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i3.260>.
- GLEIZER, Orlandino; MONTENEGRO, Lucas; VIANA, Eduardo. *O direito de proteção de dados no processo penal e na segurança pública*. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021.
- HAN, Byung-Chul. *Sociedade da transparência*. Petrópolis: Rio de Janeiro, Vozes, 2017.
- HIRSCH BALLIN, M.; GALIĆ, M. Digital investigation powers and privacy: Recent ECtHR case law and implications for the modernisation of the Code of Criminal Procedure. *Boom Strafbblad*, 2(4), 148-159, 2021. <https://doi.org/10.5553/BSb/266669012021002004007>.
- HEILIK, Jacob. *Chain of Custody for Digital Data: A Practitioner's Guide*. Canada: Independently published, 2019.
- ILLUMINATI, Giulio. Prova digitale e ammissibilità, em VALENTE, Manuel Monteiro Guedes et all (coord.). *Direito e Liberdade, estudos em homenagem ao prof. Nereu José Giacomolli*. Coimbra, 2022, p. 945 a 959.
- KERR, Orin. S. Digital evidence and the new criminal procedure. *105 Columbia Law review*, 2005.
- LEVY, Pierre. *Ciberdemocracia*. Lisboa: Editions Odile Jacob, 2002.
- MENDES, Carlos Helder Furtado. Dado informático como fonte de prova penal confiável (?) apontamentos procedimentais sobre a cadeia de custódia digital. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 161, 2019, p. 131-161.
- OLIVERIA, Arlindo. *Inteligência Artificial*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2019.
- PRADO, Geraldo. *Breves notas sobre o fundamento constitucional da cadeia de custódia da prova digital*, 2021.
- RAMALHO, David Silva. *Métodos ocultos de investigação criminal em ambiente digital*. Coimbra: Almedina, 2017.
- SALT, Marcos. *Obtención de pruebas informáticas en extraña jurisdicción: Los “conflictos” del principio de territorialidad en un mundo virtual sin fronteras*, 2016.
- SALT, Marcos. *Nuevos desafíos de la evidencia digital: acceso transformterizo y técnicas de acceso remoto a datos informáticos*. 1.ª ed. Buenos Aires: Ad-hoc, 2017.
- SALT, Marcos. *Evidencia Digital, Investigación de Cibercrimen y Garantías del Proceso Penal*. Jornada de Trabajo, 2017.
- TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, WUNDERLICH, Alexandre; EBERHARDT, Marcos; GIACOMOLLI, Felipe; SAIBRO, Henrique; STEIN, Ana Carolina (coord.). *Direito e liberdade, estudos em homenagem ao prof. Nereu José Giacomolli*. Coimbra: Almedina, 2022.
- VAZQUEZ-ROJAS, Carmen. Sobre la cientificidad de la prueba científica en el proceso judicial. *Anuário de Psicologia jurídica*, vol. 24. enero-diciembre, 2014, pp. 65-73. Colégio Oficial de Psicólogos de Madrid, Madri. Espanha, p. 68.
- WALDEN, Ian. *Computer crimes and digital investigations*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 205 *apud* VAZ, Denise Provasi. *Provas digitais no processo penal: formulação do conceito, definição das características e sistematização do procedimento probatório*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 68.

# La estética de lo contradictorio en el proceso penal: una visión a través de la mirada de lo femenino

The aesthetics of the contradictory in the criminal procedure: a vision through the feminine

FLAVIANE DE MAGALHÃES BARROS BOLZAN DE MORAIS<sup>1, 2, 3</sup>

barros.flaviane@gmail.com

---

GALILEU - REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA · e-ISSN 2184-1845

Volume XXIV · 1<sup>st</sup> January Janeiro – 31<sup>st</sup> December Dezembro 2023 · pp. 141-168

DOI: <https://doi.org/10.26619/2184-1845.XXIV.1/2.8>

Submitted on December 10<sup>th</sup>, 2023 · Accepted on December 31<sup>st</sup>, 2023

Submetido em 10 de Dezembro, 2023 · Aceite a 31 de Dezembro, 2023

---

**SUMARIO** I. Introducción, II. La estética de la escena procesal: el predominio de lo masculino, III ¿Es posible un derecho procesal democrático y masculino?, IV. ¿Hay espacio para una revisión epistemológica del proceso penal para la inclusión de lo femenino?, V. Consideraciones finales, Referencias.

**RESUMEN** El presente ensayo, que es un recorte de una investigación en curso que tiene como eje central el estudio de la estética del sistema de justicia criminal, tiene como objetivo presentar una revisión de la comprensión de lo contradictorio, como principio regente del proceso penal, buscando demostrar la necesidad de afirmar la plasticidad del referido principio como forma de visibilizar la participación de personas vulnerables como sujetos eventuales de la escena procesal, en la condición de proceso de personas acusadas, víctimas o testigos. La investigación usa como estrategia teórica la estética, con el objetivo de demostrar los errores y desvíos de la racionalidad moderna procesal y proponer una corrección de rumbos, para que el proceso penal permita el ejercicio de los derechos y garantías para todas las personas, en especial, por comprender la violencia del proceso penal, sobre todo en relación a las personas vulnerables por la incapacidad

---

1 Master y Doctorado en Derecho Procesal por la PUC Minas. PHD en la Università degli studi de Roma Tre. Investigador de Productividad del CNPq. Coordinadora del área de Derecho en CAPES (2022-2026). Miembro del CTC-ES (Consejo Técnico y Científico de Educación Superior) de la CAPES. Profesora en la PUC Minas (Pontificia Universidade Católica de Minas Gerais) y en la UFOP (Universidade Federal de Ouro Preto). Pesquisadora de Productividad en el CNPq. Abogada.

2 Agradezco el apoyo y financiamiento del CNPq para esta investigación.

3 Dedico este trabajo a mis estudiantes de máster y doctorado, que me obligan cada día a comprender aún más su lugar y el mío propio en el mundo.

de no comprender al otro en su diversidad y pluralidad. Se busca darle otros significados a los propios marcos teóricos del proceso por medio de una propuesta estética desde la mirada femenina, para que la escena procesal pueda permitir la actuación de todas las personas, en especial a las que no se integran al núcleo heteronormativo. Al conectar por medio de la estética el mundo de lo sensible se busca identificar cómo la plasticidad de lo contradictorio comprendida a partir de lo femenino puede superar el desafío de garantizar la participación plural y multiversa en el proceso penal.

**PALABRAS-CLAVES:** PROCESO Penal. Estética. Contradictorio. Plasticidad. Femenino.

**ABSTRACT** The present essay, which is an excerpt from an ongoing research that has as its central axis the study of the aesthetics of the criminal justice system, aims to present a review of the understanding of the Adversarial Principle as a ruling one for the criminal due process of law, while seeks to demonstrate the need to affirm the plasticity of this principle as a way of enabling the participation of vulnerable parties, who are occasional subjects on the criminal proceedings scene, while defendants, victims or witnesses. The article uses the aesthetics as its theoretical strategy in order to demonstrate the mistakes and deviousness contained in modern logic, applied to the criminal due process of law, and to propose a course correction in a way for it to allow the exercise of rights and guarantees by all people, precisely through the understanding of the violence that criminal proceedings are in itself, most of all to people that are vulnerable due to the inability of understanding the other in its diversity and plurality. It is the purpose of this study to redefine the theoretical frameworks of the criminal due process of law through an aesthetic proposal of the female perspective, so that the procedural scene can allow the performance of all people, especially those who are not part of the heteronormative core. By connecting the criminal proceedings to the sensitive world through the aesthetics, we seek to identify how the plasticity of the Adversarial Principle (Contradictory), while understood from the feminine point of view, can overcome the challenge of guaranteeing a plural and multiverse participation in criminal proceedings.

**KEYWORDS:** Criminal Process. Aesthetics. Adversarial Principle. Plasticity. Feminine.

## I. Introducción

El presente trabajo es una parte de una investigación financiada por el Consejo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico (CNPq), que se enfoca en el estudio de la estética como forma de incomodar la racionalidad moderna, en la búsqueda de una ética para la actuación de sujetos procesales que comprendan la violencia del proceso penal, especialmente para sujetos vulnerables que actúan como actores eventuales de la escena procesal.

Este ensayo busca, por medio de la estética, demostrar cómo lo contradictorio debe ser resignificado para poder garantizar la participación de personas vulnerables como actores eventuales de la escena procesal, sobre todo cuando se intersectan género, raza y condición socioeconómica. Como se usa la estética, la audiencia procesal equivale a la escena teatral y los sujetos procesales a los actores.

El esfuerzo del presente estudio discurre de la necesidad de revisitar el modelo constitucional de proceso, marco teórico de las investigaciones formuladas anteriormente por la investigadora<sup>4 5 6 7</sup>, que se adecúa a la incomodidad que la observación estética provocó. Se puede demostrar que hay una ausencia teórica, pues la estructura principio lógica del proceso democrático y de lo contradictorio no atiende los patrones de personas vulnerables a los parámetros de la diversidad y la pluralidad.

Como los actores recurrentes del proceso penal son miembros de las carreras jurídicas, la formación es estructurada dogmática y teóricamente a partir del fuerte contenido inquisitivo que es la matriz<sup>8</sup> que funda el actual proceso brasileño. Ella es heteronormativa y tiene la percepción a partir de la mirada masculina de una sociedad que se construyó de un derecho patriarcal.

En ese sentido, se hace necesario problematizar la escena discursiva en la cual se sitúan los actores sociales (o procesales), una vez que para acceder a ella es necesario adaptarse a los patrones establecidos, los cuales, dado su carácter patriarcal, están cargados de valores despectivos frente a la diversidad y pluralidad, excluyendo la posibilidad de participación en igualdad de los actores sociales que no se encuadren en esos patrones, ocultando, así, las formas de dominación y restricción de derechos por parte de grupos que ostentan la hegemonía en detrimento de personas vulnerables. De esa forma, exigencias de comportamiento, vestuario, lenguaje, etc. para poder actuar en determinados ambientes (como la escena procesal) revelan cómo el poder se organiza para excluir o imposibilitar la participación de personas vulnerables de las arenas discursivas – como ejemplo la despolitización de las pautas de mujeres bajo el argumento de que pertenecen al ámbito

4 BARROS, F.D.M. A participação da vítima no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

5 BARROS, F.D.M. (Re)forma do processo penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08, n. 11.719/08 e n. 11.900/09, 2.<sup>a</sup> ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

6 BARROS, F.D.M. Editorial Dossiê Oralidade e garantias processuais penais: de qual oralidade podemos falar?, Revista Brasileira de Direito Processual Penal, vol. 3, n.º 3, Porto Alegre, set/dez, 2017.

7 BARROS, F.D.M. “A atual crise do processo penal brasileiro, direitos fundamentais e garantias processuais”. Revista Duc In Altum Cadernos de Direito, vol. 10, n.º 21, mai/ago. 2018.

8 COUTINHO, J.N.D.M. “Mettere il Pubblico Ministero al suo Posto – ed Anche il Giudice”. In: COUTINHO, J.N.D.M.; DE PAULA, L.C. & SILVEIRA, M.A.N. Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: anais do congresso internacional “Diálogos sobre Processo Penal entre Brasil e Itália”. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 12.

personal en contraposición a lo político, así como la vinculación de las mujeres a la esfera doméstica, excluyéndose de la esfera pública, ambiente reconocido como legítimo para deliberar sobre necesidades y derechos<sup>9</sup> <sup>10</sup>. Los estudios de derecho procesal penal, cuando son relacionados a los sujetos procesales, se enfocan en gran parte en la actuación judicial, ministerial o de la defensa criminal. Sin embargo, poco se discute sobre los demás sujetos procesales, como la persona acusada, la víctima y los testigos<sup>11</sup> <sup>12</sup>.

La discusión orientada a la cuestión del género, raza o condición socioeconómica no es un recorte recurrente en la investigación en derecho procesal penal<sup>13</sup>. Ella, en alguna medida, está centrada en las discusiones sobre violencia doméstica, sexual, o de niños y adolescentes, pero sin tratar los elementos teóricos del universo de la ciencia procesal. Es necesario aproximar el diálogo con la Criminología, en los estudios sobre las cuestiones de desigualdad social y de la diversidad de género y raza, pues no es sólo el Derecho Penal que actúa de forma selectiva, sino también el proceso penal.

Enfrentar el tema de la selectividad del derecho procesal penal y cómo las cuestiones relativas a la intersección entre género, raza y condición socioeconómica se conectan son un desafío personal, pues ponen en jaque especialmente las teorías procesales penales construidas en el Brasil a partir del proceso de redemocratización demarcado por la promulgación de la Constitución de la República de 1988. Al revisitar la teoría del proceso y del derecho procesal democrático, se buscó repasar el propio marco de la teoría del proceso como procedimiento contradictorio<sup>14</sup> <sup>15</sup> y en el modelo constitucional del proceso<sup>16</sup>.

El esfuerzo conjunto y comprometido de la investigación jurídica brasileña, por viabilizar una lectura constitucional del proceso, pos Constitución de 1988, orientó la necesidad de reforzar los estudios de los principios garantizados en el texto constitucional

9 FRASER, N. "Struggle over needs: outline of a socialist-feminist critical theory of late capitalist political culture". In: FRASER, N. (org.). *Unruly practices: power, discourse and gender in contemporary social theory*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1989, p. 161.

10 ANDRADE, M.M.D. *Igualdade e emancipação feminina: contribuições à luz de uma concepção ampla da justiça*. São Paulo: Editora Dialética, 2022, p. 29-30.

11 El estudio de la víctima ha sido siempre uno de los puntos de investigación de la autora, In BARROS, F.D.M. *A participação da vítima no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

12 También en la tesis de DALE, guiada por la autora en 2020, se demuestra cómo es reducido el número de investigaciones y de producción científica o técnica sobre tales sujetos. In: DALLE, Ulisses Moura. *Teologia processual penal: do religioso ao fármaco-agnóstico na perseguição penal*. Belo Horizonte. Pontificia Universidade Católica de Minas Gerais. Tese de doutorado, 2020.

13 El presente trabajo, en la revisión bibliográfica, realizó un recorte de investigación para trabajos de autoras mujeres sobre el tema.

14 FAZZALARI, E. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1992, p. 82.

15 GONÇALVES, A.P. *Técnica processual e teoria do processo*, 2.<sup>a</sup> tiragem. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p.78.

16 ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1990, p. 15.

y visitar y reformular la legislación procesal penal que data de 1940, consolidada en una matriz inquisitoria, inadecuada a la previsión constitucional.

El objetivo central del estudio es, por lo tanto, demostrar, por medio de la estética, la incapacidad de la noción de lo contradictorio para viabilizar la participación de personas vulnerables. Por lo tanto, se hace necesario examinar, por medio de una comprensión femenina y estéticamente conectada a lo sensible, la violencia de la escena procesal, a partir de la preposición de una nueva característica para lo contradictorio, la plasticidad, que consiste en la capacidad de adaptación estética que considera las múltiples necesidades de personas vulnerables.

El texto se organiza en tres recorridos. El primero para demostrar la incomodidad estética por el exceso de violencia de la escena procesal para personas vulnerables. El segundo para evidenciar la noción aún fuertemente masculina de lo contradictorio, incluso, bajo el lente paradigmático del Estado Democrático de Derecho. Y, finalmente, el tercero, para presentar, bajo el lente de la epistemología femenina, una noción y revisión del principio del contradictorio.

## II. La estética de la escena procesal: el predominio de lo masculino

El estudio de datos de la realidad procesal brasileña, por medio de la pesquisa empírica, permitió una reflexión sobre la escena de las audiencias de custodia, la cual fue introducida en consonancia con las normas convencionales del Consejo Nacional de Justicia y, actualmente, tiene pronóstico legal, después de ser promulgada la Ley Anticrimen (Ley n.º 13.964/2019). Con todo, la revisión de datos de la investigación empírica realizada por el Centro de Estudios de Criminalidad y Seguridad Pública (CRISP), y objeto de profundización del equipo liderado por la autora<sup>17 18</sup>, demuestra que el discurso extra-autos de jueces y juezas tratan de forma subalterna a las personas custodiadas<sup>19</sup>. Comentarios que discriminan retratan una incomprensión de la situación socioeconómica de la persona o en virtud del género o raza representan un elemento relevante de la investigación

17 DE CARVALHO, B.C. O direito penal é masculino: a invisibilização da mulher autora de crime, Dissertação – Mestrado em Direito, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, 2021, p. 41.

18 GALVÃO, G.M. Por que elas são soltas?: um estudo das prisões preventivas de mulheres a partir das audiências de custódia realizadas em Belo Horizonte, Dissertação – Mestrado em Direito, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, 2021, p. 100.

19 En Recípe (Pernambuco – Brasil), vea: VALENÇA, M. “Julgando a liberdade em linha de montagem: uma observação etnográfica dos julgamentos dos Habeas Corpus nas sessões das Câmaras Criminais do TJPE”, Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 116, 2015, p. 207-238.

exploratoria, evidenciando la imposibilidad de que tales personas puedan participar del proceso penal e influir en la decisión.

Comentarios como los anotados en la investigación<sup>20</sup> representan cómo los sujetos del proceso penal que componen las carreras jurídicas aún no están debidamente sensibilizados<sup>21 22</sup> para que la conducción del acto de audiencia permita la actuación concreta de lo contradictorio como espacio procesal para la construcción participativa de la decisión. Por el contrario, bajo el subterfugio de una “conversación” con la persona custodiada, se subalterna a la persona por medio de un discurso paternalista, en los términos del derecho paternal identificado por Eligio Resta<sup>23 24 25</sup>. Impiden que las personas vulnerables presenten un discurso horizontal a su versión sobre el caso penal. Tal posición no se da apenas en el ámbito de personas acusadas, sino también de víctimas y testigos. Además, la cultura inquisitorial que se revela estéticamente en la propia audiencia<sup>26</sup> es un elemento importante para comprender la resistencia a la realización de un espacio procedimental que permita la participación de todos.

En una segunda investigación exploratoria, realizada en el núcleo de una disertación de maestría<sup>27</sup> orientada por la autora, fueron analizadas dos audiencias de instrucción en el proceso penal, cuyas víctimas eran mujeres que habían sido víctimas del crimen de violación. Los resultados demuestran la ausencia de alguna forma de acogimiento y empatía con la víctima, así como de los protocolos previos para la preparación del momento de la audiencia que permitiría su participación en el referido acto procesal sin la

20 En uno de los casos, el operador se refirió irrespetuosamente a una mujer en custodia por su apariencia: “¡En realidad, era un hombrecito!”. (Operador 2). Todos se rieron de la “broma” alegando que ella sería un niño. En uno de los casos, un operador le dijo a la mujer en custodia “¡En lugar de estar en casa haciendo donas, comida para los niños y el esposo, lo arrestan por tráfico!”. (Operador 2). En otra ocasión, un operador manifestó que las audiencias que se realizan con mujeres siempre son más difíciles, ya que las mujeres son más dramáticas y usan la excusa de tener hijos para cometer los delitos “les llega un llanto, diciendo que tienen muchos hijos y siempre dicen que roban para comprar leche para los chicos” (Operador 3). In: RIBEIRO, L.; PRADO, S. & MAIA, Y. *Audiências de Custódia em Belo Horizonte: um panorama. Relatório de pesquisa, Centro de Estudos de Criminalidade e Segurança Pública CRISP/UFMG*, 2017.

21 BARROS, F.D.M. “Processo Penal Cautelar: Remédio e Veneno”, in: *A Democracia sequestrada*, 1.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 207.

22 BARROS, F.D.M. & FIORATTO, D.D.C. Implementação da audiência de custódia em terra brasilis e a excepcionalidade da prisão preventiva, In BARROS, F.D.M. (org.), *Convencionalidade e Sistema de Justiça*, 1.<sup>a</sup> ed., Florianópolis: Ematis, 2018, vol. 1, p. 153-17.

23 RESTA, E. *Diritto vivente*. Roma: Laterza, 2008, p. 03.

24 RESTA, E. *La certezza e la speranza. Saggio su diritto e violenza*. Roma-Bari: Laterza, 2006, p. 112.

25 RESTA, E. *Il diritto fraterno*, 2.<sup>a</sup> ed. Roma-Bari: Laterza, 2006, p. 206.

26 BARROS, F.D.M. & PIMENTA, M.V. “A secularização da inquisitorialidade no processo penal vista pela imagem da audiência de instrução e julgamento”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v.º 171, pp. 225-249, 2020.

27 SILVA, M.G.D.S. *A sobrevitimização da mulher negra pelo Sistema Penal Brasileiro: uma análise a partir de estudo de caso de audiência de instrução e julgamento no crime de estupro*, Dissertação – Mestrado em Direito, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, 2022, p. 90.



violación de derechos y garantías. Se demostró la degradación de la condición de víctima, para mujeres negras, como fue el recorte del estudio de caso. En ese sentido, cabe destacar: La reinserción de la víctima en el conflicto, abriéndole espacio para oír y hacer que sus ansias sean oídas, da oportunidad a su efectivo reconocimiento como sujeto de derechos en la relación, de manera que su autonomía sea reconocida. Además de eso, se permite la adopción de mecanismos aptos a la construcción de una solución consensual por las partes, que no se restrinja a la imposición de una reprimenda al ofensor, lo que se muestra más consciente con el Estado Democrático de Derecho. De este modo, impide destacar que el reconocimiento de la víctima como sujeto de derechos en el ámbito de la relación jurídico procesal pasa por la garantía de su autonomía, así como de su empoderamiento, resguardando la posibilidad de influenciar, directamente, en la construcción de la decisión final<sup>28</sup>.

Algunas dificultades de operacionalizar la investigación para buscar el caso concreto ya indican, por sí sólo, cómo no hay en Brasil una política judicial específica para marcadores de raza, condición socioeconómica y género. Los registros en el proceso penal, desde el momento de la indagación no definen marcadores de raza, lo que impide existir, a priori, una política de acogida y asistencia adecuada. El registro de género hecho indicaba solamente el sexo entre masculino y femenino. La ausencia o falta de una colecta de información debe ser leída no como un mero desinterés público por la diferencia y por la vulnerabilidad, sino como forma de negar el problema. La ocultación ética del otro y la violencia que alcanza cuerpos negros, que puede ser “experimentada” por la inclinación de lo sensible, evidencia cómo no se preocupa con una actuación que reconozca derechos y garantías a personas vulnerables.

Cuándo se presenta el análisis de la escena procesal que es la audiencia, la forma procesal de “recoger” la audiencia, sin acoger la víctima, una mujer negra, demuestran que la cuestión en el ámbito de la racionalidad se resume al texto vago de la legislación, que fue revisada en 2008 para reconocer los derechos de las víctimas, pero que no produce modificaciones en el guión de la escena procesal de modo que genere acogida y empatía. Las preguntas que son formuladas y la forma de registrar el propio acto de audiencia no se interesan con los derechos de las víctimas, ni siquiera se conecta con la preocupación de ser un momento de sufrimiento y dolor. Se racionaliza el acto, ya que víctimas de violación son recomendadas de ser oídas para describir momentos que son violentos. No reconocer

28 DE CARVALHO, B.C; SILVA, T.A. & SOARES, Y.F. “Reflexos da sobrevivitização feminina no Sistema de Justiça Criminal: uma análise vitimológica dos crimes sexuais e o paradigma da Justiça Restaurativa”, in: MANTELLI, G. & MASCARO, L. (orgs.). *Direitos Humanos em Múltiplas Miradas*, Escola Superior de Advocacia da OAB SP, São Paulo, 2021, p. 179.

la situación de vulnerabilidad es deshumanizar el proceso penal, normalizando vivencias de sufrimiento y dolor en descripciones de hechos típicos.

El resultado observado en las investigaciones empíricas previas, que no serán profundizadas para no perder el foco de la propuesta, contextualiza la decisión del uso de la estética como una estrategia para la incomodidad de la racionalidad moderna del proceso penal y como propulsora de la corrección de rumbos.

Es posible percibir la ausencia de una estética adecuada para lo contradictorio, principio fundamental del proceso penal, que va a permitir la participación de personas vulnerables como sujetos de proceso en la condición de víctima, acusado o testigo, pero no reconoce la necesidad de acoger personas que en virtud de género, raza o condición socioeconómica, pues no se encuadran en el patrón heteronormativo, masculino y jerarquizado. Se incluyen entre las personas no acogidas, las mujeres, las personas LGBTQIA+, personas negras y personas pobres, así como de aquellos que, por la intersección<sup>29</sup> o por el nudo<sup>30</sup>, se sobreponen en más de un marcador existencial de identidad.

La audiencia en el proceso penal de matriz acusatoria gana un importante papel de centralidad como elemento no sólo de simplificación y prevalencia de la oralidad acusatoria, sino también como elemento estético de garantía de lo contradictorio. Sobre la audiencia como elemento estético de lo contradictorio, conviene puntuar: El hombre como ser sensible constituye el mundo estéticamente. Eso porque la estética comprende todo aquello que llega por los sentidos, dentro de las categorías de tiempo y espacio. En otras palabras, es de los sentidos (sensación) que deriva de los sentidos (significados).[...] Entre tanto, como se puede observar, el mundo no se construye apenas por aquello que nos llega a través de los sentidos, sino también, y, sobre todo, por intermedio de los sentidos que le damos – o sea, por el modo de reflexión de lo sensible, como si el reflejo diera sobre sí mismo, como deseo de conjunción del dato (sensible) con lo creado (sentido). (SANTOS, 2003).[...]De acuerdo con Pereira (2004), lo estético, como es habitualmente tomado, no reduce la comprensión de una determinada cosa o material. Él amplía, en verdad, la posibilidad de abordaje de los objetos, amplificando lo sensible y superándolo. Lo estético, es, aún, para él mismo, un tipo peculiar de racionalidad que habita la imaginación, un punto de ruptura – donde el hombre se afirma como ser – y un punto de permanencia – donde algunas cosas se sedimentan. En él, un poco del mundo puede ser captado en el flujo interminable de la naturaleza<sup>31</sup>.

29 Vid. AKOTIRENE, C. O que é interseccionalidade? Belo Horizonte: Letramento -Justificando, 2019, p. 14.

30 Vid. SAFFIOTI, H.I.B. Gênero, patriarcado, violência. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2011, p. 11.

31 ISSE, R. Educação Estética: uma ponte entre Schiller e Habermas, Dissertação – Mestrado em Educação, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007, pp. 11-12.

Como revela Amodio<sup>32</sup>, la estética del proceso penal debe indicar el cumplimiento de las normas del debido proceso. Para eso, la organización del espacio escénico debe representar el cumplimiento de los principios constitucionales. El ingreso de una persona como actriz eventual que no se encuadra en un patrón heteronormativo en el espacio escénico choca e identifica a la persona como no incluida en la estructura de la sociedad capitalista moderna. Por esta razón, entre las estrategias de abogacía que actúa en la Defensoría Pública, se sugiere el uso de vestimentas reconocidas del patrón clásico occidental, como traje o camisa blanca, o el encubrir señales como tatuajes, objetivando aproximar a la persona acusada del patrón estético de los actores que protagonizan la escena. Tal estrategia, por más eficiente que sea, demuestra cómo los actores jurídicos que actúan en la judicatura, en la acusación y en la defensa, se distancian, en términos de clase social, de un número relevante de personas que participarán en lo contradictorio de la escena. Cuando la persona que ingresa en escena es una mujer, ya sea como acusada o como víctima, hay también un claro inconformismo, pues la mirada de los actores que protagonizan la escena no siempre se identifican con el género, la raza y su condición socioeconómica, vinculándose a los estereotipos de maternidad, servicios domésticos y sexuales.

Es apremiante la necesidad de buscar la plasticidad para el principio de lo contradictorio, con el fin de permitir que personas acusadas, víctimas o testigos, vulnerables, en virtud de su condición de raza, género o socioeconómica, puedan actuar en la construcción de la previsión. Así, por la inclinación de lo sensible y del derecho fraterno, es posible comprender la violencia intrínseca de la escena procesal de la audiencia y la necesidad de revisar elementos de la teoría del proceso, como el principio de lo contradictorio, para que por medio de su plasticidad se permita una comprensión plural y diversa. Se debe buscar una actuación de los sujetos procesales más cercana a la subjetividad de la persona afectada. En este sentido, la investigación que ya ha sido desarrollada<sup>33 34</sup> articula el tema a partir de la participación femenina con los elementos de intersección con la cuestión racial y la desigualdad socioeconómica.

Racismo y discriminación de género son claves de lecturas relevantes para entender los sucesos de la escena procesal. Como el proceso penal tiene una connotación fuertemente masculina, ya que se localiza en la esfera pública, la participación de mujeres

32 AMODIO, E. *Estetica della giustizia penale – prassi, media, fiction*. Milão: Giuffrè, 2016, p. 07.

33 BARROS, F.D.M. "Processo Penal Cautelar: Remédio e Veneno", in: *A Democracia sequestrada*, 1.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 207.

34 BARROS, F.D.M. "Democracia, 'compliance' electoral y partidos políticos en los Estados Constitucionales", In DE JULIOS-CAMPUZANO, A. (org.), *Constitucionalismo. Un modelo jurídico para la sociedad global*, 1.<sup>a</sup> ed., Editorial Aranzadi, Navarra, 2019, p. 397.

es siempre un elemento diferente, que dificulta y, a veces, desconcierta a los actores jurídicos profesionales. Por otro lado, el impacto de la violencia del proceso penal sobre la subjetividad de las mujeres actrices eventuales como acusadas, víctimas o testigos, puede ser amplificada, especialmente cuando las mujeres aún actúan en ambientes más privados, distantes de la esfera pública<sup>35 36</sup>.

Ellas son sometidas a las formas de violencia institucional, moral y corporal ignoradas por la mirada masculina, en una sociedad patriarcal en la que la mujer es estereotipada como recatada y del hogar. El proceso penal no se encuentra en el espacio privado, pero sí en la escena pública, fuertemente autoritaria por la imposición de las figuras patriarcales de un juez, de un acusador y de un abogado.

El uso de la imagen y la pérdida de la privacidad de la mujer, ya sea ella acusada o víctima, son elementos de violencia. La proporción del impacto mediático de exposición de la imagen e historias de la vida de mujeres, víctimas y acusadas presas de forma preventiva, especialmente, en la red mundial de computadores y redes sociales, es aún más impactante en la sociedad digital actual. Las víctimas que tuvieron y tendrán sus casos espectacularizados pasarán por lo que Bolzan de Moraes llama de digital discrimination<sup>37</sup>, por un tiempo imposible de determinar.

De la lectura del derecho fraterno, propuesta por Eligio Resta<sup>38 39 40</sup>, es forzoso reconocer que la escena procesal supedita personas vulnerables, por actuar en el ámbito de un derecho paternal, en el que los actores jurídicos profesionales impondrán la figura del padre, de la autoridad que dice el Derecho y ejerce la fuerza de Jurisdicción frente a sus cuerpos y mentes. Por no reconocer el derecho fraterno como un código compartido entre hermanas y hermanos, sino por el código paternal, el ejercicio de la autoridad no permite que el proceso engañe a la violencia, y de antídoto se vuelve veneno, en la proposición de Resta sustentada por la comprensión platónica del pharmaco.

La incomodidad que la estética del proceso penal impone cuando se analiza por la mirada de lo sensible y de la capacidad de colocarse en el lugar del otro permiten reconocer

35 FRASER, N. "Social justice in the age of identity politics: redistribution, recognition, and participation", in: FRASER, N. & HONNETH, A. *Redistribution or recognition? A political philosophical exchange*, Verso, New York, London, 2003, p. 14.

36 FRASER, N. "What's Critical About Critical Theory? The case of Habermas and the Gender. *New German Critique*", n.º 35, pp. 97-131, In BENHABIB, S. & CORNELL, D. (orgs.), *Feminismo como Crítica da Modernidade*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1987, p. 97.

37 BOLZAN DE MORAIS, J.L. O estado de direito 'confrontado' pela 'revolução da internet!'. *Revista eletrônica do curso de direito UFSM*, vol. 13, n.º 3, 2018, p. 876-903.

38 RESTA, E. *Diritto vivente*. Roma: Laterza, 2008, p. 03.

39 RESTA, E. *La certezza e la speranza. Saggio su diritto e violenza*. Roma-Bari: Laterza, 2006, p. 113.

40 RESTA, E. *Il diritto fraterno*, 2.<sup>a</sup> ed. Roma-Bari: Laterza, 2006, p. 200.

la fuerza y la violencia institucional de la escena procesal. Tal escena está anclada en la cultura autoritaria, patriarcal y fuertemente inquisitoria del proceso penal visto por la mirada masculina, pero también por la propia estructura dogmática y teórica que se impone. Incluso cuando se defiende una visión democrática para el proceso penal, aún así, tal visión es masculina. De ahí la necesidad de revisión crítica del propio marco del proceso democrático.

### III. ¿Es posible un derecho procesal democrático y masculino?

Una primera lectura democrática del proceso penal es aquí reconocida por la teoría del proceso como procedimiento. Siempre que haya necesidad de establecer un procedimiento, una decisión o una sentencia, se organiza una estructura de actos y posiciones subjetivas que se vinculan entre sí, en una noción de consecuencia en la que el acto antecedente es presupuesto lógico y necesario para el acto subsiguiente. Para que esa estructura procedimental se vuelva un proceso es necesario que se agregue lo contradictorio, conforme la formulación fazzalariana<sup>41 42</sup>. El procedimiento y el proceso no se distinguen por criterios teleológicos, por tener finalidades diferentes, pero se integran en un criterio de inclusión, ya que todo proceso es un procedimiento.

Lo que califica el proceso es lo contradictorio, o sea, el proceso es un procedimiento realizado en contradicción. Lo contradictorio es visto como una posición de simétrica paridad entre los afectados por decisión jurisdiccional. Esa propuesta teórica fue inicialmente acuñada por Elio Fazzalari<sup>43</sup>, en Italia, que se auspició de una crítica ya producida por la teoría de la situación jurídica, y fue introducida al Brasil por Arnaldo Plinio Gonçalves<sup>44</sup>.

Si hay una teoría del proceso para Fazzalari, esa no se sustenta en la noción de la Jurisdicción, pero sí de Proceso. Apropriadose en esa noción y agregando toda la importancia que la Constitución de la República de 1988 impone sobre el proceso y sus principios se puede reconocer la existencia de una teoría del proceso que se sustenta no en conceptos como acción, defensa, jurisdicción, sino en los principios del proceso, entendidos a partir de un modelo constitucional del proceso, que reconoce una base de principios unisona, constituida por los principios de lo contradictorio, amplia argumentación, imparcialidad y fundamentación de la decisión.

41 FAZZALARI, E. Istituzioni di diritto processuale. Padova: Cedam, 1992, p. 85.

42 GONÇALVES, A.P. Técnica processual e teoria do processo, 2.<sup>a</sup> tiragem. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p.78.

43 FAZZALARI, E. Istituzioni di diritto processuale. Padova: Cedam, 1992, p. 82.

44 GONÇALVES, A.P. Técnica processual e teoria do processo, 2.<sup>a</sup> tiragem. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p.78.

Una teoría constitucionalizada del proceso presupone el respeto a los principios constitucionales del proceso y garantiza a las personas y a la sociedad el derecho de participar de los procesos decisivos en varios ámbitos, ya sea jurisdiccional, administrativo o legislativo.

Al defenderse la superación de la teoría del proceso como relación jurídica, en los términos propuestos por Gonçalves<sup>45</sup>, fundada en un vínculo de sujeción entre las partes, de supra-ordenamiento, se exige que se vuelva la mirada para lo contradictorio.

La noción de lo contradictorio propuesta por Fazzalari<sup>46</sup> lo sustenta como la posición de simétrica paridad entre los afectados por el movimiento por la decisión final o, en otras palabras, es la construcción participativa de la decisión.

Para la comprensión expuesta de lo contradictorio, no se admite reconocerlo de forma limitada como acción y reacción de las partes, como mera necesidad de decir o contradecir el derecho en razón del conflicto. Así, teniendo como base la noción de proceso como garantía, lo contradictorio debe tener su concepto ampliado, de modo que sea comprendido como el espacio procedimental para garantía de la participación de los afectados en la construcción de la decisión<sup>47</sup>.

Con el refuerzo dado por los estudios del proceso bajo el paradigma del Estado Democrático de Derecho<sup>48</sup>, se buscó fortalecer el papel constitucional y el modelo constitucional del proceso. Según Andolina y Vignera<sup>49</sup>, la Constitución tiene el papel predominante de imponer un modelo único y de tipología múltiple para el proceso, que se puede expandir, variar y perfeccionar. Tales características, en principio, permiten ampliar la legitimidad democrática surgida del proceso como elemento estructural de la noción del Estado Democrático de Derecho.

Como tal, el proceso tiene en la comprensión de lo contradictorio su piedra fundamental para garantizar legitimidad y democracia, permitiendo la participación de las personas afectadas en la construcción de la decisión. Del referido punto de avance de la teoría del proceso, se agregó aún más fuerza a la noción del principio de lo contradictorio como la garantía de la influencia y de la no sorpresa.

45 GONÇALVES, A.P. Técnica processual e teoria do processo, 2.<sup>a</sup> tiragem. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p.78..

46 FAZZALARI, E. Istituzionidi diritto processuale. Padova: Cedam, 1992, p. 82.

47 BARROS, F.D.M. "Ensaio de uma teoria geral do processo de bases principiológicas: sua aplicação no processo legislativo, administrativo e jurisdiccional", In GALUPPO, M.C. (org), O Brasil que queremos: Reflexões sobre o Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: PUC Minas Editora, 2006, p. 230.

48 CATTONI DE OLIVEIRA, M.A. Democracia sem espera e processo de constitucionalização – Uma crítica aos discursos oficiais sobre a chamada transição política brasileira, In CATTONI, M. & MACHADO, F. (org), Constituição e Processo. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009, p. 365- 399.

49 ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. Il modelo costituzionale del processo civile italiano. Torino: G. Giappichelli Editore, 1990, p. 13.

Así, lo contradictorio tiene como característica el principio de la influencia, en el sentido de que las partes tienen derecho de influenciar argumentativamente en las decisiones del proceso, o sea, participar del desarrollo y contribuir para su resultado<sup>50</sup>. La influencia genera la garantía de no sorpresa, o sea, de no ser afectado por una decisión sin participar de su construcción. Cuando el proceso se opera a partir del modelo de coparticipación, en la proposición de Nunes, lo contradictorio garantiza la presentación de argumentos y pruebas por las partes, en una directriz dinámica, co-participativa y policéntrica<sup>51</sup>.

Toda la revisión conceptual propuesta a partir del marco del proceso de redemocratización del Brasil, que indica la Constitución de 1988 como fecha histórica y demarca la discusión del Estado Democrático de Derecho, intenta ser capaz de subsidiar mudanzas relevantes en términos teóricos y, también, a la revisión de la legislación. En el ámbito de la legislación procesal penal brasileña no se obtuvo éxito en una reforma macroestructura<sup>52</sup>.

Toda la estructuración y revisión teórica para alcanzar la legitimidad democrática del proceso penal vuelve a la propia noción constitucional del Estado Democrático de Derecho y su comprensión paradigmática. La discusión sobre la participación femenina fue analizada en la perspectiva de consolidación del Estado Democrático de Derecho, en su distinción del paradigma de Estado Liberal y Social, en estudios de Habermas<sup>53</sup>.

En su estudio sobre los paradigmas de Estado, el autor<sup>54</sup> identifica dos esfuerzos distintos en la actuación política para el reconocimiento de los derechos de las mujeres. El primero, en la búsqueda por derechos formales, en el ámbito de la educación, del trabajo y del sufragio. Y un segundo, en el ámbito de las políticas sociales protectoras para la mujer, en virtud de su papel social y biológico. Las políticas de protección, según Habermas, generaron, como efecto, la feminización de la pobreza.

En la propuesta del autor, exponente de la segunda generación de la escuela de Frankfurt, en el paradigma del Estado Democrático de Derecho, la discusión sobre

50 NUNES, D.J.C. *Processo Jurisdiccional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 54.

51 NUNES, D.J.C. & THEODORO JR, H. "Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual", *Revista de Processo*, vol. 168, 2009, p. 107-141.

52 NUNES, D.J.C. & BARROS, F.D.M. "Premissas para a Discussão das Reformas Processuais no Brasil", in: BARROS, F.D.M. & BOLZAN DE MORAIS, J.L. (org.), *Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais*, 1.<sup>a</sup> ed., Fórum, Belo Horizonte, 2010, v. 1, p. 1-35.

53 HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*, vol. I y II, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997, p. 169.

54 HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*, vol. I y II, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997, p. 169.

derechos y participación femenina demandaría el reconocimiento en un doble sentido, de autonomía privada de las mujeres y de su actuación en la esfera pública.

De ahí que la consecuencia para resaltar en nuestro contexto: ninguna reglamentación, por más sensible que sea el contexto, podrá concretizar adecuadamente el derecho igual a una configuración autónoma de la vida privada, si ella no fortalece, al mismo tiempo, la posición de las mujeres en la esfera pública política, promoviendo su participación en comunicaciones políticas, en las cuales es posible aclarar los aspectos relevantes para una posición de igualdad. Por haber tenido conciencia de ese nexo entre autonomía privada y la pública, el feminismo actual mantiene reservas contra el modelo de una política orientada para sucesos instrumentales, de corto plazo; eso explica el peso que el feminismo atribuye a la “Identity politics”, o sea, a los efectos formadores de conciencia, derivados del propio proceso político.

Según esta comprensión procedimental, la concreción de derechos fundamentales constituye un proceso que garantiza la autonomía privada de sujetos privados iguales en derechos, sin embargo, en armonía con la activación de su autonomía como ciudadanos<sup>55</sup>. Fraser, en sus estudios, resalta, sin embargo, que la proposición habermasiana tiene limitaciones significativas como una teoría que permite reconocer a las mujeres sus derechos. Su primera gran objeción es el análisis que Habermas realiza sobre el capitalismo clásico, una vez que no considera, como espacio de economía, las actuaciones relacionadas al trabajo en el hogar y al cuidado de los niños, que, en la tradición clásica del capitalismo, es una función no remunerada ligada a las mujeres, al género femenino<sup>56</sup>.

Se incluye, aún, en su crítica<sup>57</sup>, la observación de que los estudios sobre la esfera pública en el ámbito del capitalismo clásico, siempre fueron masculinos, justificando, así, el largo trayecto histórico para la conquista de derechos para las mujeres, siendo el derecho al sufragio en sociedades capitalistas, como la americana y la inglesa, una de las primeras conquistas. El movimiento feminista de matriz liberal está calcado en la búsqueda de autonomía y de los derechos individuales de las mujeres, como el acceso al estudio y al mercado de trabajo. Como resalta Cyfer<sup>58</sup>, las pautas liberales fueron aceptadas e incorporadas por los hombres, ya que ellas no cuestionaban la distribución de tareas y de

55 HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*, vol. I y II, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997.

56 FRASER, Nancy. *Social justice in the age of identity politics: redistribution, recognition, and participation*. In: FRASER, N; HONNETH, A. *Redistribution or recognition? A politicalphilosophical exchange*. New York; London: Verso, 2003, p. 56.

57 FRASER FRASER, Nancy. *Social justice in the age of identity politics: redistribution, recognition, and participation*. In: FRASER, N; HONNETH, A. *Redistribution or recognition? A politicalphilosophical exchange*. New York; London: Verso, 2003, p. 13.

58 CYFER, I. “Liberalismo e feminismo: igualdade de gênero em Carole Pateman e Martha Nussbaum”, *Revista de sociologia e política*, vol. 18, 2012, p. 135-146.



poder en la esfera doméstica. El movimiento liberal feminista tiene su importancia en la trayectoria histórica de reconocimientos del derecho al sufragio, pero posee limitaciones claras, ya que no discute el papel relevante de la economía del cuidado y no critica la estructura masculina de la esfera pública. Luego, en el ámbito de la ciencias del Derecho o de las estructuras estatales de poder en las que se organizan el Estado y la Política, la crítica a la visión masculina no es descubierta.

Se cree que la crítica más contundente de Fraser en el estudio hecho de la obra de Habermas se puede sintetizar por la afirmativa de que el médium propuesto y forjado por el autor no es neutro, y sí sustentado por la identidad de género masculino. Se optó por citar la traducción, por el impacto del texto de Fraser: “El papel del ciudadano en el capitalismo clásico dominado por lo masculino es un papel masculino. Liga el estado y la esfera pública, como defiende Habermas. Pero también los liga a la economía oficial y a la familia. Y, en todos los casos, los lazos son forjados en el ‘médium’ de la identidad de género masculina y no, como Habermas lo supone, en el ‘médium’ de un poder de género neutro. O, si el ‘médium’ de cambio, aquí, es el poder, entonces el poder en cuestión es un poder masculino. Es el poder como expresión de la masculinidad”<sup>59</sup>.

Bajo otro aspecto, pero como Fraser presenta objeciones al médium lingüístico habermarsiano, es la proposición de Maramao de la narrativa con pruebas como camino para el reconocimiento de identidades, especialmente de ciudadanos y ciudadanas que no tienen capacidad argumentativa<sup>60 61</sup>. El análisis demuestra que la noción de “médium” argumentativo tiene límites claros para una discusión en el ámbito de las diferencias y del reconocimiento de las posibles identidades no hegemónicas de la sociedad.

Tal acierto es importante para el proceso penal. Primero que todo, porque toda la construcción teórico-dogmática del proceso penal, incluso después de la Constitución Brasileña de 1988, es una afirmación de lo masculino. La visión de mundo, la noción de ciudadanía y de la propia actuación en contradictorio toma como base el género masculino y su capacidad lingüística y argumentativa de actuar en la esfera pública. Aunque la actuación ciudadana en el ámbito de la esfera pública en el Estado Democrático de Derecho prescribe la participación de las personas afectadas, hay una clara preeminencia de la figura de lo masculino, que, en la cultura occidental de una sociedad patriarcal, siempre fue más apta para ser oída. Aunque se discuta, como ha sido hecho, la participación en

59 FRASER, Nancy. Social justice in the age of identity politics: redistribution, recognition, and participation. In: FRASER, N; HONNETH, A. Redistribution or recognition? A politicalphilosophical exchange. New York; London: Verso, 2003, p. 74.

60 MARRAMAO, G. O mundo e o ocidente hoje: o problema de uma esfera pública global, (trad. Flaviane Barros), Revista da faculdade mineira de direito, vol. 10, n.º 20, 2007, p. 7-22.

61 MARRAMAO, G. Passaggio a Occidente. filosofia e globalizzazione. Torino: Bollati Boringhieri, 2009.

simétrica paridad entre los afectados y la garantía de influencia y no sorpresa, la visión de la esfera pública argumentativa del proceso penal es masculina.

Los descubrimientos de la investigación empírica, la comprensión de la estética de la escena procesal y el papel escénico que se espera de los actores eventuales de la cena, ya sea la persona acusada o la víctima, demanda que ellas tengan acceso a una comprensión del sujeto en la esfera pública, como capacidad argumentativa de hablar y ser oído, que no considera la capacidad y los límites de la persona vulnerable al expresarse. Por otro lado, los actores protagonistas profesionales de la escena procesal no comprenden los límites argumentativos y las subjetividades de las personas vulnerables que actúan como acusadas, víctimas o testigos, y aún más grave, por reconocerse en el discurso masculino, no poseen la aptitud de escuchar al otro. Se amplía, así, el conflicto identitario en el proceso penal.

No hay, en términos teóricos, y aún se evidencia poco en términos dogmáticos o incluso normativos, la responsabilidad por la alteridad en la actuación de los sujetos protagonistas profesionales del proceso penal, para que se evite la violencia institucional. Tener capacidad de colocarse en el lugar del “otro”, con empatía con lo diferente, no integra el contexto heteronormativo del proceso penal, que impone el medio masculino.

Para que la democracia del proceso se equilibre y repercuta para todas las personas, un camino que se propone es incluir elementos estéticos de una visión epistemológica femenina que lidie con la subjetividad y lo sensible. De ahí el esfuerzo de la investigación en desarrollo, que pone a prueba los propios marcos teóricos democráticos, buscando acoplar a lo masculino una visión femenina, en una fraternidad que incluye a todas las personas, y comprende la diferencia a partir de la mirada de aquel que es en su identidad de género, raza o clase social se reconoce en otro lugar de ser en el mundo, diferente del médium masculino que actúa en la esfera pública, hablando y siendo oído. Es necesario abrirse al silencio impuesto a los no incluidos al patrón del sujeto que fue culturalmente impuesto, que es masculino, blanco y formalmente educado para actuar en la esfera pública.

#### **IV. ¿Hay espacio para una revisión epistemológica del proceso penal para la inclusión de lo femenino?**

El debate sobre la cuestión de identidad en el proceso penal ha sido trabado en Brasil de varias formas. Algunas temáticas ya eran objeto de incomodidad desde la década del 90 del siglo pasado. Un ejemplo que se puede dar es la crítica a la propuesta de procesar víctimas que se rehusan a realizar examen del cuerpo del delito por el crimen de desobediencia. En el argumento de Fernández, se debería proteger el derecho de las posibles futuras víctimas, ya que la ausencia de pruebas de la materialidad de crímenes, especialmente los sexuales,

por medio de prueba pericial de los vestigios dejados en el cuerpo de la víctima viabiliza una posible absolución del sujeto activo de la conducta criminal<sup>62</sup>.

Debo reafirmar que esa parte del libro leída, cuando fue hecha la formulación de mi disertación de maestría, defendida en 1998, y fue la chispa para la construcción de mi tesis de doctorad<sup>63</sup>, que no poseía un recorte de género o raza, pero se preocupaba con el reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas víctimas de crímenes y abusos de poder en el derecho procesal penal brasileño.

Lo cierto es que discutir el derecho procesal penal por una lectura femenina exige que se presenten algunos parámetros teóricos y políticos relevantes.

Lo primero que se incluye en la propuesta actual ya está consolidado desde la defensa de la tesis de doctorado. Garantizar derechos a las víctimas no tiene como proposición teórica retirar derechos de las personas acusadas. Todas las personas vulnerables que se presenten en la escena procesal como acusadas, víctimas o testigos son afectadas por lo dispuesto y necesitan que sus derechos y garantías sean reconocidas y respetadas.

El segundo es contagiar el proceso penal con una epistemología femenina, que piensa el reconocimiento científico a partir de un proyecto femenino. Como propone Rago, “una forma de producción reconocida de conocimiento que trae la marca específicamente femenina, con tendencia libertaria y emancipadora”<sup>64</sup>. Un proceso penal más femenino exige incorporar la dimensión subjetiva, emotiva e intuitiva. Se destaca la necesidad de rechazar el uso de la racionalidad que se disfraza de una neutralidad masculina, autoritaria y violenta, que no acoge la diferencia ya denunciada por grupos no mayoritarios. En el campo de las ciencias humanas, el no encogimiento de la racionalidad moderna implica alejar del método y de la epistemología inspirada en las ciencias naturales. Se debe permitir que el proceso penal incorpore múltiples subjetividades, desafiando la razón supuestamente imparcial y esencialmente masculina. Por lo tanto, es fundamental revisar el lenguaje, comprender la violencia en los cuerpos, osar en la organización del escenario de la audiencia y abrir los conceptos teóricos a más de una posibilidad de interpretación para crear caminos que respeten la diferencia entre comunidades, grupos y personas consideradas individualmente.

62 FERNANDES, A.S. O papel da vítima no processo criminal. São Paulo: Malheiros, São Paulo, 1995.

63 BARROS, F.D.M. A participação da vítima no processo penal e sua sobrevivitização - em busca de uma interpretação constitucionalmente adequada, Tese - Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2003.

64 RAGO, M. “Epistemologia feminista, gênero e história”, In PEDRO, J. & GROSSI, M. (orgs.), Masculino, feminino, plural, Ed. Mulheres, Florianópolis, 1998, disponível em: [http://projcnpq.mpbnet.com.br/textos/epistemologia\\_feminista.pdf](http://projcnpq.mpbnet.com.br/textos/epistemologia_feminista.pdf), acesso em: 25 abr. 2023.

Una epistemología femenina impone comprender la subjetividad y la pluralidad. Revela la apropiación de los estudios feministas que denuncian las imbricadas relaciones sociales en las que género, raza y clase constituyen el vivir en sociedad, especialmente, en el bulto de nuestra sociedad brasileña. Lelia González<sup>65</sup> ya hacía referencia, al final de la década del 70 en el Brasil, en medio de los movimientos (silenciosos o no) de resistencia a la conducción de la política en la dictadura civil militar brasileña, la relación entre sexismo y racismo encubiertas en la cultura patriarcal del país. La denuncia de la invisibilidad de la situación de la mujer negra y periférica en el país falsamente justificada por una democracia racial, demuestra cómo discusiones sobre feminismo podrían pasar de largo.

Bajo el mito de la democracia racial ya llamaba la atención González<sup>66</sup> para que se buscara en los hospicios, en las prisiones y en las favelas el “lugar privilegiado de la culpabilidad como dominación y opresión” y a la actuación policial frente a la cuestión que impone claramente la relación fuerte entre desigualdad social, racial y de género, en una interseccionalidad propia del Brasil.

Saffiotti<sup>67</sup> en su reflexión teórica formuló la noción del nudo que vincula género, raza y clase social en el Brasil. Se pueden reconocer como tres identidades autónomas, pero que están atadas a un nudo en las que se unen antagonismos que le dan origen (mujeres/hombres; negros/blancos; adinerados/periféricos). Como Saffiotti advierte, concordando con Laurentis, es necesario pensar la subjetividad como un sujeto múltiple. La persona se constituye por clase, género y raza en un proceso metamorfoseado en la que, en cada momento, uno de sus atributos de identidad y de diferencia ganan más vigor.

El tercero es reconocer el papel selectivo del proceso penal, que impone el no derecho y la no garantía a todas las personas vulnerables que se encuentran en situación de persona acusada, víctima o incluso actuando como testigo. Esa es la clave de la lectura escogida para este trabajo: hacer una crítica a la racionalidad moderna por medio de una incomodidad estética de las prácticas modernas del sistema de justicia, que piensa una “lógica de la identidad y no de la diferencia”.

Es posible, así, reconocer la importancia de los diversos movimientos feministas y también de la estructuración de una línea temática relevante de la investigación que son los estudios sobre lo femenino. Pero, del mismo modo en que se reverencia investigaciones que indican la clave de la intersección en el Brasil, es necesario reconocer que la represión

65 GONZALEZ, L. “Por um feminismo afro-latino-americano: ensaios, intervenções e diálogos”, in: RIOS, F. & LIMA, M. (Org.), 1.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2020, p.112.

66 GONZALEZ, L. “Por um feminismo afro-latino-americano: ensaios, intervenções e diálogos”, in: RIOS, F. & LIMA, M. (Org.), 1.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2020, p. 112.

67 SAFFIOTTI, H.I.B. *Gênero, patriarcado, violência*, Editora Fundação Perseu Abramo, São Paulo, 2011, disponível em: [https://fpabramo.org.br/publicacoes/wp-content/uploads/sites/5/2021/10/genero\\_web.pdf](https://fpabramo.org.br/publicacoes/wp-content/uploads/sites/5/2021/10/genero_web.pdf), acesso em 23 abr. 2023.

como solución para la violencia de género no es una propuesta a la que se puede adherir. De acuerdo con Arruzza, Battacharya y Fraser<sup>68</sup>, el refuerzo de la represión castiga a las propias mujeres<sup>69</sup>. En el contexto brasileño, eso se evidencia por el número de personas presas que, en su mayoría, son los hijos de las mujeres negras y periféricas.

Reconocer la fuerza y el poder del Sistema de Justicia Criminal como locus estratégico de selectividad es un elemento necesario para comprender la actuación de los actores que se van a abrir a la posibilidad de que lo contradictorio incluya personas vulnerables. “Es de racismo de lo que estamos hablando cuando hablamos de cultura del encarcelamiento”<sup>70</sup>, ya reverbera Pires y Flauzina, desvelando cómo el sistema de justicia criminal actúa para la aniquilación de cuerpos negros, a partir de jerarquías de raza, género, clase y sexualidad.

En el seno de la criminología crítica, la cuestión de la selectividad del sistema penal ha sido, hace mucho, demostrada por la clientela que se encuentra sometida al control penal y por el estigma de la pobreza, elementos propios de la lógica capitalista, que también alcanza a las mujeres, como revela Andrade<sup>71</sup>. La cuestión, con todo, es que la discusión sobre la etiqueta fue muy representada en la Criminología, pero no influenció seriamente las discusiones sobre derecho procesal penal, para lograr de algún modo cambiar la realidad de la legislación y de la aplicación por medio del sistema de justicia criminal. La ausencia de un puente más creativo, subjetivo y femenino, entre dos conocimientos teóricos que discuten y reflexionan la misma realidad práctica puede ser un factor para la pérdida gradual de legitimidad democrática en el proceso penal y el esfuerzo de corrientes que se proponen a la reducción de garantías procesales como solución para la emergencia penal<sup>72</sup>.

En un contraflujo teórico y crítico en el proceso penal, enfatiza Suloky<sup>73</sup> que la dogmática se encuentra con la ideología de defensa social, reforzando aún más las

68 ARRUZZA, C; BHATTACHARYA, T. & FRASER, N. Feminismo para os 99% – Um manifesto, (Tradução de CANDIANI, H.R.). São Paulo: Boitempo, 2019.

69 “Las respuestas feministas convencionales a la violencia de género son comprensibles pero aún inadecuadas. La respuesta más común es la demanda de criminalización y sanción. Este “feminismo carcelario”, como ha sido llamado, da por sentado precisamente lo que debe ser cuestionado: la suposición errónea de que las leyes, la policía y los tribunales mantienen suficiente autonomía de la estructura de poder capitalista para cuestionar su profunda tendencia a generar violencia de género.”, In ARRUZZA, C; BHATTACHARYA, T. & FRASER, N. Feminismo para os 99% – Um manifesto, (Tradução de CANDIANI, H.R.). São Paulo: Boitempo, 2019, p. 64.

70 FLAUZINA, A. & PIRES, T. “Supremo Tribunal Federal e a naturalização da barbárie”, *Revista Direito e Práxis*, vol. 11, n.º 02, Rio de Janeiro, 2020, p. 1211-1237.

71 DE ANDRADE, V.R.P. “A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher”, *Revista Sequência*, n. 50, p. 71-102, Florianópolis, 2005.

72 BARROS, F.D.M. “A atual crise do processo penal brasileiro, direitos fundamentais e garantias processuais”, *Revista Duc in Altum Cadernos de Direito*, vol. 10, n. 21, mai-ago. 2018.

73 GOZDAWA DE SULOKEY, V.A.D.B.C. Museu de novidades: discursos da ideologia da defesa social nas decisões judiciais neste início de século XXI – Tese em Direito – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

decisiones judiciales de los tribunales brasileños del siglo XXI, que actúan en defensa de la sociedad de aquellos “peligrosos”, “impunes” e “inconvenientes”, demostrando la “permanencia histórica del autoritarismo y del racismo que descalifica las personas”<sup>74</sup>. Mendes<sup>75</sup> refuerza, además, el papel de invisibilidad de la que las autoras del proceso penal ocuparon y aún ocupan en el derecho procesal penal, incluso cuando se trata de una crítica al poder autoritario.

O incluso, como resaltan Valença e Mello<sup>76</sup>, en el estudio empírico sobre la audiencia de custodia, hay marcadores para que el Sistema de Justicia Criminal que indican una inclinación de las decisiones de las/los juezas/jueces, indicando que aspectos culturalmente machistas son la tónica para las decisiones de liberación por violencia doméstica, y con la ausencia total de espacio para la víctima.

La problemática de la comprensión heteronormativa del proceso penal<sup>77</sup>, incluso aquel constitucionalizado, en Brasil, a partir del marco de la Constitución de la República en 1988, hecha aquí por el recorte de la pesquisa de las autoras mujeres, justifica la necesidad de la revisión de lo contradictorio para una visión a partir de lo femenino, como propuesta para reconocer las múltiples identidades de los sujetos vulnerables, que se presentan como actores eventuales de la escena procesal penal, subordinados por su género, raza o condición socioeconómica.

En ese sentir (que da sentido a la experiencia de los sensible), lo contradictorio tiene que ser leído de forma que permita múltiples actuaciones que se conectan a uno o más atributos de la subjetividad de la persona que va a participar en “simétrica paridad”.

O sea, la simétrica paridad que permitiría igual posibilidad de participación e influencia de los sujetos que serán afectados por la decisión debe ser leída a partir de uno de los atributos, género, raza o condición socioeconómica, dependiendo del caso penal y de su papel en el espacio de la escena procesal. Se exige plasticidad/adaptabilidad para acoger las múltiples subjetividades, especialmente de aquellas personas que no se encuadren en un espectro masculino, blanco y adinerado.

La propuesta considera que la formulación de lo contradictorio en cuya revisión teórica a partir de una lectura constitucional es necesario que se resignifique para que permita

74 GOZDAWA DE SULOCKY, V.A.D.B.C. Museu de novidades: discursos da ideologia da defesa social nas decisões judiciais neste início de século XXI – Tese em Direito – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2010, p. 157.

75 MENDES, S.D.R. Processo Penal Feminista. São Paulo: Atlas, 2020.

76 VALENÇA, M.A. & DE MELLO, M.M.P. Pancada de amor não dói: a audiência de custódia e a visibilidade invertida da vítima nos casos de violência doméstica, Revista Direito e Práxis, vol. 11, n.º 02, Rio de Janeiro, 2020, p. 1238-1274.

77 Vid. FERNANDEZ, M. “Encarceramento Feminino e o drama da Maternidade na Prisão”, in: MELO, E. & ASSADT.M. Advocacia Criminal Feminista. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

la actuación de personas vulnerables. La propuesta más allá de la noción de influencia y no sorpresa y de construcción participativa de la decisión, demanda una lectura epistemológica femenina y estética, característica de la plasticidad.

O sea, la plasticidad de lo contradictorio indica la capacidad de adaptación que viabiliza la adecuación del espacio y del tiempo procesal para garantizar el respeto a la subjetividad de las personas que participan de la construcción de la decisión. A partir de la comprensión de diferentes subjetividades, de la sensibilidad como sentido estético, es posible comprender que las relaciones entre las personas, en las que se reconoce la diferencia, exigen un arreglo discursivo de cómo se deben efectuar actos procesales para garantizar iguales posibilidades narrativas o argumentativas, que entiendan la diferencia, evidenciada en la sociedad brasileña, por los sujetos subordinados, que permita incluir a la persona (en voz y cuerpo) y su narrativa como ser en el mundo. La plasticidad exige la capacidad empática de aproximarse al lugar del otro, así como la sensibilidad propia de una lectura femenina de intentar entender el lugar del otro ser en el mundo.

Es transformar lo contradictorio en un diálogo entre hermanas y hermanos, que codividen de forma plural las múltiples identidades de los sujetos y el respeto a la diferencia. O sea, en un diálogo fuerte y consistente con la meta-teoría del derecho fraterno. Diferentes formas de ser en el mundo que exigen la capacidad de comprender la diferencia como base de la condición de garantía de posibilidades iguales que deben ser adaptables para que permitan la posibilidad de participación.

Si el Derecho Penal es una forma de imposición de dolor<sup>78</sup> y si el proceso penal brasileño, en virtud de la violencia institucional, perdió la capacidad de engañar la violencia, cualquier formulación de lo contradictorio que se pretende presentar, no puede dejar de reconocer un papel emancipatorio para viabilizar un discurso de personas que fueron silenciadas, que exigen la formulación de un espacio de audición, lo que significa preparar para hablar y preparar para escuchar.

Actores escénicos eventuales y vulnerables deben comprender previamente su lugar en la escena procesal, reconocer un espacio de diálogo horizontal y no jerarquizado. Como refuerza Pimentel, la audiencia es comprendida como “la interpretación unilateral por una fuente del poder estatal”<sup>79</sup>.

78 CHRISTIE, N. Limits to pain. The role of punishment in penal policy. Eugene: Wipf and Stock Publishers, 1981.

79 MENDES, S. “Irmãs, Companheiras ou Parceiras: a dimensão política dos lugares das mulheres nas Ciências Criminais”, In PIMENTEL, E. & Morais Dorvillé, E. (org.), Mulheres, Feminismos e Interseccionalidade nas Ciências Criminais: escritos em homenagem à Sueli Carneiro, 1.º ed., 2019, v. 1, p. 175-182.

Si es necesario preparar a la persona para hablar, es más urgente capacitar la audición de los actores profesionales de la escena procesal. Por actuar en una línea de montaje<sup>80</sup>, el sistema de justicia criminal necesita prepararse aún más para escuchar al otro. Aprender a reconocer la necesidad de escuchar la diferencia es un aprendizaje aunque se alía a una nueva episteme femenina.

Si la legitimidad del proceso penal democrático de juzgar el caso penal se perdió en el abuso del uso del control penal para actuar en los cuerpos subordinados, retomarla exige una práctica activa de audición.

El espacio escénico de la audiencia<sup>81</sup>, en la que, estéticamente, la persona que juzga se evidencia como la figura central, superior y superparte, hay una dificultad o un impedimento de la comprensión estética en la que se prioriza la capacidad de los actores profesionales de escuchar al otro. El ingreso del otro en la escena, visualizando personas bien vestidas, que conversan sobre temas que no son del afecto cotidiano al género, la raza o a la condición socioeconómica, ya imponen la superestructura de poder, alcanzando la subjetividad de la persona que va a actuar, replicando el lugar subordinado que él habita en el mundo, los silencios recurrentes y las violencias institucionalizadas que marcan su cuerpo y su subjetividad.

La propuesta de la plasticidad de lo contradictorio exige una reorganización de la escena procesal a partir del sujeto de audición. Un espacio que propone la simétrica paridad debe ser empático con el sujeto que busca escuchar. Una visión femenina para garantizar la plasticidad de lo contradictorio importaría no sólo en un espacio escénico revisitado para un discurso más empático en el momento de la audición. La formulación de preguntas y respuestas en las que se estructura la participación de las personas en el acto procesal de la audiencia (interrogatorio, audiencia de la víctima o testimonio del testigo) limita el acceso a la narrativa de la persona que se escucha. Además de implicar dificultar el diálogo, la persona vulnerable puede no comprender el discurso, o los papeles ejercidos por la figura del juez, de juzgar, del Ministerio Público, como demandante, y del abogado, como defensor de la persona acusada. Las interacciones violentas con la persona vulnerable presentada bajo las miradas no acogedoras de los actores profesionales van a imponer su subyugación y su silencio, conformado por respuestas monosilábicas con sí o no, como sugiere Matida<sup>82</sup>.

80 VALENÇA, M. Julgando a liberdade em linha de montagem: uma observação etnográfica dos julgamentos dos Habeas Corpus nas sessões das Câmaras Criminais do TJPE, Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 116, 2015, p. 207-238.

81 AMODIO, E. Estetica della giustizia penale – prassi, media, fiction. Milão: Giuffrè, Milano, 2016.

82 MATIDA, J. "O que deve significar o especial valor probatório da palavra da vítima nos crimes de gênero", *Trincheira Democrática* (Boletim Revista Do Instituto Baiano De Direito Processual Penal), Salvador, Ano 2, n.º



A partir de la segunda década del siglo actual, la legislación procesal penal brasileña pasó a prescribir cambios procesales para el reconocimiento de derechos y garantías de sujetos procesales<sup>83</sup>. Actualmente, hay claras determinaciones legales para la conducción de actos procesales para protección de la identidad de género y para personas en formación, niños y adolescentes.

No solo la revisión de leyes, sino también la creación de protocolos<sup>84 85</sup>, discurren de investigaciones que sugieren una reformulación especialmente de los espacios procesales que incluyen niños, adolescentes y mujeres, por medio de una entrevista cognitiva, audición especializada y testimonio especial, buscando reconocimiento de personas sujetos de derechos, en una corriente que no propone protección estatal por el retiro de su autonomía<sup>86</sup>.

El incentivo institucional<sup>87</sup> para la introducción de prácticas restaurativas<sup>88</sup> en la búsqueda de una solución integral del conflicto, reconociendo el impacto perjudicial del sistema de justicia criminal en la vida de las personas, especialmente de personas vulnerables, indica otro avance en el sentido del reconocimiento de la diferencia.

Es del diálogo interdisciplinar con la psicología, la educación y otras ciencias humanas que la ciencia jurídica y el derecho procesal se apropian de conocimientos que pretenden una nueva visita teórica necesaria. Urge reconocer que la teoría procesal está alejándose de la comprensión del ser en el mundo de comunidades, grupos e individuos que no se reconocen en la prevalencia heteronormativa y masculina. Cuando la dogmática se actualiza más rápido que la teoría se debe rápidamente buscar una corrección de rumbos. El Consejo Nacional de Justicia (CNJ), en un papel relevante en lo que se refiere a la

3, pp. 7-9, Salvador, Junho-2019, disponível em: [http://www.ibadpp.com.br/novo/wp-content/uploads/2019/08/TRINCHEIRA\\_JUNHO\\_WEB.pdf](http://www.ibadpp.com.br/novo/wp-content/uploads/2019/08/TRINCHEIRA_JUNHO_WEB.pdf), acesso em: 25 abr. 2023.

83 Da escuta especializada e do depoimento especial, ver: ECA. Lei n.º 13.431 de 2017, disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13431.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13431.htm), acesso em: 04 abr. 2023.

84 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero. Brasília: CNJ, 2021.

85 DOS SANTOS, B.R; GONÇALVES, I.B. & ALVES JÚNIOR, R.T. (orgs.). Protocolo Brasileiro de Entrevista Forense com Crianças e Adolescentes Vítimas ou Testemunhas de Violência. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020, p. 21.

86 Crítica à decisão do STF sobre o crime de lesão corporal no âmbito da violência doméstica reconhece justamente a retirada da autonomia da mulher. Vid. SOARES, Y.F. A Justiça Restaurativa como mecanismo de horizontalização de conflitos penais e de reconhecimento da vítima de violência doméstica como sujeito de direitos, Dissertação Mestrado em Direito, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, 2019.

87 Corresponde al CNJ disponer en la Política Nacional de la Judicatura para el adecuado tratamiento de los conflictos de interés en el ámbito del Poder Judicial, pero lo hizo desde otro ángulo. In: CNJ. Resolução n.º 225 de maio 2016, Diário Oficial da União, Brasília, disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2289>, acesso em: 24/04/2023.

88 BARROS, F.D.M; AFONSO NETO, J; & FARNEZES SOARES, Y. "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, vol. 5, 2019, p. 191.

proposición de un juicio en perspectiva de género, sugiere la edición de su “Protocolo para juzgar sobre la perspectiva de género” la necesidad de incluir un “método interpretativo dogmático” que actúe concretamente en la solución de desigualdades estructurales de la sociedad brasileña.

El llamado para la conciencia acerca de la situación de grupos subordinados exige una revisión teórica en la perspectiva de lo contradictorio, que no puede quedarse para atrás de los cambios de la sociedad y de la crítica al conocimiento masculino y patriarcal. Se espera contribuir para la actualización del debate con la noción de plasticidad de lo contradictorio.

## **V. Consideraciones finales**

El presente estudio busca presentar, por medio de la estética, un constreñimiento a la teoría del derecho procesal penal que aún pregona fuertemente la racionalidad moderna, heteronormativa, masculina y patriarcal. Incluso con los esfuerzos teóricos de una relectura constitucional del derecho procesal penal, las bases indicadas para el paradigma del Estado Democrático de Derecho aún se limitan, en los términos del médium lingüístico, a la comprensión por la visión de lo masculino, propias de la visión del capitalismo, en la que la esfera pública es aún reconocida como masculina.

Dentro de la perspectiva constitucional de la comprensión de lo contradictorio se debe abrir espacio procesal para la comprensión de la diferencia, especialmente, de personas subordinadas y que difieren del patrón masculino, blanco y adinerado, que es reproducido entre los actores profesionales de la escena procesal (personas que ocupan las funciones de juzgar, acusar y defender). Expresiones como simétrica paridad, construcción participativa o influencia y no sorpresa, que son la fuerza de la legitimidad democrática del marco teórico procesal defendido por la alineación teórica de la propia afiliación de la autora, se demuestran incapaces de solucionar los desafíos de una lucha emancipatoria reconocida por la intersección de tres identidades de la sociedad brasileña, que reconocen las diferencias de género, raza y condición socioeconómica.

La comprensión, por medio de lo sensible, de cómo la violencia institucional del sistema de justicia criminal, que se posiciona como espejo de la violencia institucional de la sociedad brasileña, impacta la subjetividad de las personas pertenecientes a identidades subalternizadas, fundamenta la propuesta de una epistemología femenina para el derecho procesal penal que reconoce lo sensible y lo subjetivo como un elemento relevante para que las personas actúen como un ser en el mundo.

La revisión de la noción teórica de lo contradictorio por medio de su plasticidad como capacidad de adaptarse en el espacio y en el tiempo procesal para acoger de manera empática personas subalternizadas que actúan en la construcción de la decisión final

es una condición que se impone en los debates democráticos que buscan solucionar desigualdades estructurales de la sociedad brasileña. El reconocimiento de la diferencia en el ámbito de cambios puntuales en la legislación procesal penal y la inclusión de protocolos y recomendaciones de revisión de prácticas masculinas y autoritarias que indican la violencia institucionalizada del sistema de justicia criminal por sí solo ya debería ser un elemento que provoque la necesaria revisión teórica. Lo que se buscó demostrar es que la crítica a la modernidad racional por la estética y visión de lo femenino impone conjugar participación democrática con empatía y el reconocimiento de derechos con acogida, en un lenguaje propio de la subjetividad femenina, que dialoga con lo sensible sin el temor de una actuación parcial, para reconocer en la pluralidad de la subjetividades la razón de las diferentes formas de incluir personas como sujetos procesales.

## REFERÊNCIAS

- AKOTIRENE, C. O que é interseccionalidade? Belo Horizonte: Letramento – Justificando, 2019.
- ANDOLINA, I. & VIGNERA, G. I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano, 2.<sup>a</sup> ed. Torino: Giappichelli, 1997.
- ANDRADE, Mileni Martins de. Igualdade e emancipação feminina: contribuições à luz de uma concepção ampla da justiça. São Paulo: Editora Dialética, 2022.
- ARRUZZA, Cinzia; BHATTACHARYA, Tithi; FRASER, Nancy. Feminismo para os 99% – Um manifesto. Tradução de Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2019.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. A atual crise do processo penal brasileiro, direitos fundamentais e garantias processuais. In: Revista Duc In Altum Cadernos de Direito, vol. 10, n. 21, mai/ago. 2018, p. 05-33.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. A participação da vítima no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- BARROS, Flaviane M. A participação da vítima no processo penal acusatório In: Reflexiones brasileñas sobre la reforma procesal penal en Uruguay. 1.<sup>a</sup> ed. Santiago: Reflexiones brasileñas sobre la reforma procesal penal en Uruguay, 2019.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. Ensaio de uma teoria geral do processo de bases principiológicas: sua aplicação no processo legislativo, administrativo e jurisdicional In: GALUPPO, Marcelo Campos (org.) O Brasil que queremos: Reflexões sobre o Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: PUC Minas Editora, 2006.
- BARROS, Flaviane M. Processo Penal Cautelar: Remédio e Veneno In: A Democracia sequestrada, 1.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.
- BARROS, Flaviane M.. Democracia, ‘compliance’ electoral y partidos políticos en los Estados Constitucionales. In: Alfonso de Julios-Campuzano. (org.). Constitucionalismo. Un modelo jurídico para la sociedad global. 1.<sup>a</sup> ed., Navarra: Editorial Aranzadi, 2019.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. (Re)forma do processo penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08, n. 11.719/08 e n. 11.900/09 – 2.<sup>a</sup> ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

- BARROS, Flaviane de Magalhães. Editorial Dossiê “Oralidade e garantias processuais penais”: de qual oralidade podemos falar? In: Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 3, n. 3, set/dez, 2017, p. 809-823.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. A atual crise do processo penal brasileiro, direitos fundamentais e garantias processuais. In Revista Duc In Altum Cadernos de Direito, vol. 10, n. 21, mai/ago. 2018, p. 05-33.
- BARROS, Flaviane de Magalhães S; FIORATTO, D. de C. . Implementação da audiência de custódia em terra brasilis e a excepcionalidade da prisão preventiva. In: Flaviane de Magalhães Barros. (org.). Convencionalidade e Sistema de Justiça. 1.<sup>a</sup> ed. Florianópolis: Emais, 2018, v. 1, p. 153-174.
- BARROS, Flaviane de; NETO, José Afonso; SOARES, Yollanda Farnazes. 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, v.5, 2019, p.19 1.
- BARROS, Flaviane de Magalhães; PIMENTA, Marcus Vinicius. A secularização da inquisitorialidade no processo penal vista pela imagem da audiência de instrução e julgamento. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v.171, 2020, p. 225 - 249.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luis. O estado de direito “confrontado” pela “revolução da internet”! Revista Eletrônica do Curso de Direito UFSM, v. 13, n. 3, 2018, p. 876-903.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>. Acesso em: 03/01/ 2022.
- CATTONI DE OLIVEIRA. Marcelo Andrade. Democracia sem espera e processo de constitucionalização – Uma crítica aos discursos oficiais sobre a chamada “transição política brasileira” in Constituição e Processo. Coord. Marcelo Cattoni e Felipe Machado. Belo Horizonte: 2009, p 365- 399.
- CARVALHO, Bárbara Cândido de. O direito penal é masculino: a invisibilização da mulher autora de crime. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, 2021.
- CARVALHO, Bárbara Cândido de; SILVA, Thalita Araújo; SOARES, Yollanda Farnazes. Reflexos da sobrevitimização feminina no Sistema de Justiça Criminal: uma análise vitimológica dos crimes sexuais e o paradigma da Justiça Restaurativa. In: MANTELLI, Gabriel; MASCARO, Laura (orgs.). Direitos Humanos em Múltiplas Miradas. São Paulo: Escola Superior de Advocacia da OAB SP, 2021.
- CYFER, Ingrid. Liberalismo e feminismo: igualdade de gênero em Carole Pateman e Martha Nussbaum. Revista de sociologia e política, [S. l.], v. 18, 2010, p. 135-146.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Mettere il Pubblico Ministero al suo Posto – ed Anche il Giudice. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; DE PAULA, Leonardo Costa; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: anais do congresso internacional “Diálogos sobre Processo Penal entre Brasil e Itália”. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.
- CHRISTIE, Nils. Limits to pain. The role of punishment in penal policy. Eugene: Wipf and Stock Publishers, 1981.
- DE ANDRADE, V.R. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. Revista Sequência, Florianópolis, n. 50, 2005, p. 71-102.
- FAZZALARI, Elio. Istituzioni di diritto processuale. Padova: Cedam, 1992
- FLAUZINA, Ana; PIRES, Thula. Supremo Tribunal Federal e a naturalização da barbárie. Revista de Direito e Práxis, Rio de Janeiro, v. 11, n. 02, 2020, p. 1211-1237.
- FERNANDES, Antônio Scarance. O papel da vítima no processo criminal. São Paulo: Malheiros, 1995.
- FERNANDEZ, Maira. Encarceramento Feminino e o drama da Maternidade na Prisão. In MELO, Ezilza; ASSAD, Thaise Mattar. Advocacia Criminal Feminista, São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

- FRASER, Nancy. Social justice in the age of identity politics: redistribution, recognition, and participation. In: FRASER, N; HONNETH, A. Redistribution or recognition? A politicalphilosophical exchange. New York/London: Verso, 2003.
- FRASER, Nancy. Struggle over needs: outline of a socialist-feminist critical theory of late capitalist political culture. In: FRASER, Nancy. (org.). Unruly practices: power, discourse and gender in contemporary social theory. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1989.
- FRASER, Nancy. What's Critical About Critical Theory? The case of Habermas and the Gender. New German Critique, n.35, pp. 97-131, 1985. [“Que é Crítico na Teoria Crítica? O Argumento de Habermas e o Gênero”. In BENHABIB, S.; CORNELL, D. (orgs.). Feminismo como Crítica da Modernidade. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1987.
- GALVÃO, Giovana Mendonça. Por que elas são soltas?: um estudo das prisões preventivas de mulheres a partir das audiências de custódia realizadas em Belo Horizonte. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, 2021.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica processual e teoria do processo. 2.<sup>a</sup> tiragem. Rio de Janeiro: Aide, 1992.
- HABERMAS, Jurgen. Direito e democracia: entre faticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I e II.
- GONZALEZ, Lélia. Por um feminismo afro-latino-americano: ensaios, intervenções e diálogos. RIOS, Flávia; LIMA, Márcia (orgs.). 1.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.
- ISSE, Rosemeri. Educação Estética: uma ponte entre Schiller e Habermas. Dissertação. 2007. (Mestrado em Educação) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.
- ISSE, Rosemeri. Educação Estética: uma ponte entre Schiller e Habermas. Dissertação. 2007. (Mestrado em Educação) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.
- MATIDA, Janaína. O que deve significar o especial valor probatório da palavra da vítima nos crimes de gênero. Trincheira Democrática (Boletim Revista Do Instituto Baiano De Direito Processual Penal), Salvador, Ano 2, n.º 3, p. 7-9, Junho/2019. Disponível em: [http://www.ibadpp.com.br/novo/wp-content/uploads/2019/08/TRINCHEIRA\\_JUNHO\\_WEB.pdf](http://www.ibadpp.com.br/novo/wp-content/uploads/2019/08/TRINCHEIRA_JUNHO_WEB.pdf). Acesso em: 25/04/2021.
- MENDES, Soraia da Rosa. Irmãs, Companheiras ou Parceiras: a dimensão política dos lugares das mulheres nas Ciências Criminais. In: Elaine Pimentel; Elita Morais Dorvillé. (Org.). Mulheres, Feminismos e Interseccionalidade nas Ciências Criminais: escritos em homenagem à Sueli Carneiro. 1ed.: , 2019, v. 1, p. 175-182.
- MENDES, Soraia da Rosa. Processo Penal Feminista. São Paulo: Atlas, 2020.
- NUNES, Dierle José Coelho; BARROS, F. M. de. Premissas para a Discussão das Reformas Processuais no Brasil. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. (org.). Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais. 1.<sup>a</sup> ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, v. 1, p. 1-35.
- NUNES, Dierle José Coelho. Processo Jurisdicional Democrático. Curitiba: Juruá, 2008.
- NUNES, Dierle José Coelho; THEORODO JR, Humberto. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. Revista de Processo, v. 168, 2009, p. 107-141.
- RESTA, Eligio. Diritto vivente. Roma: Laterza, 2009.
- RESTA, Eligio. La certezza e la speranza. Saggio su diritto e violenza. Roma-Bari: Laterza, 2006.
- RESTA, Eligio. Il diritto fraterno. 2.<sup>a</sup> ed. Roma- Bari: Laterza, 2006.
- SAFFIOTI, Heleieth I. B. Gênero, patriarcado, violência. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2011. Disponível em: [https://fpabramo.org.br/publicacoes/wpcontent/uploads/sites/5/2021/10/genero\\_web.pdf](https://fpabramo.org.br/publicacoes/wpcontent/uploads/sites/5/2021/10/genero_web.pdf) Acesso em 23/04/2023.

- SANTOS, Benedito Rodrigues dos; GONÇALVES, Itamar Batista; ALVES JÚNIOR, Reginaldo Torres (orgs.). Protocolo Brasileiro de Entrevista Forense com Crianças e Adolescentes Vítimas ou Testemunhas de Violência. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www2.mppa.mp.br/data/files/01/27/05/44/72649710AAB61497180808FF/16.1%20Protocolo%20Brasileiro%20de%20Entrevista%20Forense.pdf>. Acesso em: 17/04/2023.
- SILVA, Mariana Gonçalves de Souza. A sobrevitimização da mulher negra pelo Sistema Penal Brasileiro: uma análise a partir de estudo de caso de audiência de instrução e julgamento no crime de estupro. 2022. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, 2022.
- SULOCKY, Victoria Amalia de B. C. D. Museu de novidades: discursos da ideologia da defesa social nas decisões judiciais neste início de século XXI. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.
- VALENÇA, Manuela Abath; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. “Pancada de amor não dói”: a audiência de custódia e a visibilidade invertida da vítima nos casos de violência doméstica. Revista Direito e Práxis, Rio de Janeiro, v. 11, 2020, n. 02, p. 1238-1274.
- VALENÇA, Manuela. Julgando a liberdade em linha de montagem: uma observação etnográfica dos julgamentos dos Habeas Corpus nas sessões das Câmaras Criminais do TJPE. Revista Brasileira de Ciências Criminais, [S. l.], v. 116, 2015, p. 207-238.

# O objeto do processo: O princípio da indivisibilidade ou unidade do objeto do processo

The object of the criminal process: The principle of indivisibility or unity of the object

INÊS ALEXANDRA DA COSTA MACHADO<sup>1</sup>

machado.ines11@gmail.com

---

GALILEU - REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA · e-ISSN 2184-1845

Volume XXIV · 1<sup>st</sup> January Janeiro – 31<sup>st</sup> December Dezembro 2023 · pp. 169-178

DOI: <https://doi.org/10.26619/2184-1845.XXIV.1/2.9>

Submitted on May 15<sup>th</sup>, 2023 · Accepted on July 31<sup>st</sup>, 2023

Submetido em 15 de Maio, 2023 · Aceite a 31 de julho, 2023

---

**SUMÁRIO:** I. Considerações iniciais; II. O objeto do processo e o princípio da indivisibilidade ou unidade do objeto do processo; III. Valores inerentes ao princípio da indivisibilidade ou unidade do objeto do processo; IV. O problema concreto da alteração substancial da matéria de facto; V. Conclusão.

**PALAVRAS-CHAVE:** objeto do processo; indivisibilidade; unidade; matéria de facto

**SUMMARY:** I. Initial considerations; II. The subject matter of the proceedings and the principle of indivisibility or unity of the object of the criminal process; III. Values inherent in the principle of indivisibility or unity of the object of the criminal process; IV. The specific problem of substantial changes in the facts; V. Conclusion.

**KEYWORDS:** object of the criminal process; indivisibility; unity; facts.

## I. Considerações iniciais

A problemática que envolve a questão do objeto do processo assenta na necessidade de os factos, que serão imputados ao arguido, através do processo penal, não estarem em constante mutação ao longo do processo, mas ficarem cristalizados a partir de certo momento, em regra, a partir da acusação<sup>2</sup>. Esta cristalização dos factos imputados ao

---

1 Aluna do Mestrado em Direito, especialização em ciências Jurídico-Criminais. Trabalho apresentado no âmbito da UC de *Direito Processual Penal Avançado*.

2 BELEZA, Teresa Pizarro. PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. *Direito Processual Penal I*. Objeto do processo, liberdade de qualificação jurídica e caso julgado. Lisboa, 2001, p. 8.

arguido implica igualmente que não deve existir variações sensíveis ou intoleráveis, à luz da lei e dos princípios regentes, desses factos durante o processo, em especial, variações que possam descaracterizar o complexo de factos anteriormente imputados indiciariamente ao arguido na acusação<sup>3</sup>. Neste sentido, este comentário científico visa responder à seguinte questão: será o princípio da indivisibilidade ou unidade do objeto do processo garantido pelo Código de Processo Penal?

Para responder a esta problemática iremos começar por estudar, de forma breve, o que é o objeto do processo, fazendo destaque ao relevante papel dos Órgãos de Polícia Criminal (OPC) e do Ministério Público (MP) na identificação e determinação do objeto do processo. De seguida, iremos analisar qual a essência e as implicações do princípio da indivisibilidade ou unidade do objeto do processo, bem como quais os valores inerentes ao mesmo. Por fim, iremos dar resposta à questão de partida.

## II. O objeto do processo e o princípio da indivisibilidade ou unidade do objeto do processo

A jurisprudência tem entendido que o objeto do processo diz respeito “*aos factos imputados ao arguido, aos factos pelos quais o mesmo responde, ou seja, ao objeto da acusação (ou da pronúncia), visto que, é esta que define e fixa, perante o tribunal, o objeto do processo*”<sup>4</sup>.

A questão que se levanta é que antes da acusação já existe processo, pelo que, noutra perspetiva, Guedes Valente<sup>5</sup> e Damião da Cunha<sup>6</sup> consideram que o objeto do processo não começa com a acusação, mas muito antes, com a notícia do crime.

Sendo assim, a identificação, determinação e fixação do objeto do processo está fortemente dependente do “desenho” esboçado pelos OPC<sup>7</sup>, isto é, da aquisição da notícia do crime pelos OPC, que deve ser comunicada ao MP, no menor prazo possível<sup>8</sup>, cabendo a este, por determinação constitucional<sup>9</sup> e processual<sup>10</sup>, o exercício da ação penal em

3 *Ibidem*.

4 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22 de abril de 2015, processo n.º 1149/06.1TAOLH-A.L1.S1, acessível na base de dados do IGFEJ em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

5 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Do Objeto do Processo: fusão funcional na identificação e determinação do objeto do processo. In: *Direito Processual Penal, Da Sociedade Intermético-Personocêntrica*, 2020, p. 86-87.

6 CUNHA, José Manuel Damião da. *O Caso Julgado Parcial - Questão da Culpabilidade e Questão da Sanção num Processo de Estrutura Acusatória*. Porto: Publicações da Universidade Católica, 2002, p. 810 e VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Do Objeto do Processo (...)*, p. 110.

7 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Do Objeto do Processo (...)*, p. 86.

8 Artigo 248.º, n.º 1 do CPP e artigo 2.º, n.º 3 da LOIC.

9 Artigo 219.º, n.º 1 da CRP.

10 Artigos 262.º e 263.º conjugados com a al. c) do n.º 1 do artigo 55.º do CPP)



observância do princípio da legalidade da promoção processual, mediante abertura de inquérito<sup>11</sup>.

Verifica-se, assim, que a polícia é imprescindível para a identificação e fixação do objeto do processo, tendo a importante função de descrever o mais realisticamente possível a factualidade, que se deve expressar num só “pedaço de vida”, utilizando a expressão de Guedes Valente<sup>12</sup>, pois será este “pedaço de vida” que irá vincular a primeira cognição jurídica do MP.

Ora, a identificação e determinação do objeto do processo obedece a princípios que Castanheira Neves apresentou nos anos cinquenta do século XX, e que Guedes Valente<sup>13</sup> tem vindo a desenvolver neste século. São eles: o princípio da identidade do objeto, o princípio da indivisibilidade ou da unidade do objeto, e o princípio da consumpção do objeto.

Iremos discorrer, tal como nos comprometemos, apenas sobre o princípio da indivisibilidade ou da unidade do objeto, que obriga o MP a dar conhecimento da totalidade do objeto do processo, quando acusa, definindo, presumidamente, em definitivo, o mesmo, pois só assim este pode ser fixado unitária e indivisivelmente<sup>14</sup>.

Como escreve Guedes Valente<sup>15</sup>, todos os elementos reais e pessoais, objetivos e subjetivos, sociais e antropológicos, que possam constituir a unidade e a indivisibilidade do objeto do processo, devem ser descritos *ab initio* no auto de notícia levantado pelo OPC, de forma clara e explícita, e as provas reais examinadas de imediato e apreendidas para prova ou para futura perícia ou futuro reconhecimento, de modo a que a jurisdição seja chamada a julgar uma só vez aquele pedaço de vida poliédrico<sup>16</sup>. Só assim é possível promover a indivisibilidade ou unidade do objeto do processo e garantir que a identidade do mesmo não venha a sofrer alterações de grande dimensão.

Exige-se, para além disto, um comportamento ético e leal, por parte do MP<sup>17</sup>, que deve procurar, na linha de Figueiredo Dias<sup>18</sup>, *a verdade prática, material, processual e judicialmente válida*, de modo a identificar e determinar com total clareza e lealdade o objeto do processo. Caso contrário, passamos a estar perante um processo desleal, antidemocrático

11 Competindo ao MP, por determinação constitucional (artigo 219.º, n.º 1 da CRP), a função de promoção processual, só a ele poderá caber a decisão de abertura do inquérito, sob pena de nulidade insanável do processo (artigo 119.º, al. b) do CPP).

12 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Do Objeto do Processo* (...), p. 88.

13 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Do Objeto do Processo* (...), p. 96-107.

14 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Do Objeto do Processo* (...), p. 101.

15 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Do Objeto do Processo* (...), p. 102-103.

16 Dimensão poliédrica – fundamento (e pressuposto), fim e limite do Direito.

17 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Do Objeto do Processo* (...), p. 87 e 95.

18 DIAS, Figueiredo. *Direito Processual Penal I*, 1981, p. 194.

e inquisitório, que adota o método de ocultação de factos, de deixar no ar a expectativa de um novo trunfo ou de uma prova que não conste da acusação.

Neste sentido, Guedes Valente<sup>19</sup> afirma que a equivalência do objeto do processo com o objeto da acusação, deste com o objeto de pronúncia (quando seja requerida abertura de instrução), daqueles com o objeto de julgamento e, eventualmente, de recurso, não deve ser mera coincidência processual, mas deve ser o reflexo de uma correta aquisição e transmissão da notícia do crime e, sobretudo, da qualidade científica, jurídica e técnica dos operadores judiciais, sendo de destacar os OPC e o MP.

### **III. Valores inerentes ao princípio da indivisibilidade ou unidade do objeto do processo**

O problema em causa é, nas palavras de Castanheira Neves, “*saber em que termos – de que modo ou mediante que critérios – se pode dizer assegurada a identidade entre o acusado, o conhecido e o decidido*”<sup>20</sup>.

Assim, nos três momentos do processo penal (acusação, julgamento e decisão) deve existir uma estabilidade do “pedaço de vida” levado para o processo. Esta pretensão de estabilidade factual é uma pretensão da manutenção da identidade do objeto do processo, bem como da sua indivisibilidade e unidade, que é o foco de análise deste comentário. E porque razão esta exigência é tão premente? A resposta a esta questão passa pela identificação dos valores inerentes ao princípio da indivisibilidade ou unidade do objeto do processo.

O problema da indivisibilidade ou unidade do objeto do processo revela especial importância nos modelos de processo penal de estrutura acusatória, ao ponto de Castanheira Neves<sup>21</sup> afirmar que se trata de um problema específico deste modelo de processo penal.

Neste sentido, sendo o nosso Código de Processo Penal de estrutura essencialmente acusatória<sup>22</sup>, implica, necessariamente, uma relação entre a acusação e a decisão final, em sede de julgamento, pelo que, se impõe ao MP que proceda à acusação que irá fixar, em

19 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Do Objeto do Processo* (...), p. 87-88.

20 NEVES, CASTANHEIRA. *Sumários de Processo Penal*. Coimbra, 1968, p. 208

21 *Ibidem*.

22 Artigo 32.º, n.º 5 da CRP.

regra<sup>23</sup>, em definitivo o objeto do processo ou, nas palavras de Damião da Cunha<sup>24</sup>, “o objeto do julgamento”<sup>25</sup>.

Deste modo, a definição do *thema decidendum* na acusação é, pois, “uma consequência da estrutura acusatória do processo penal”<sup>26-27</sup>.

A variação e a inconstância do objeto do processo pode colidir severamente com o direito de defesa do arguido, com o princípio do acusatório e com o princípio da confiança, podendo lesar, de igual modo, o princípio da lealdade processual<sup>28</sup>.

De modo a garantir o exercício pleno do direito de defesa<sup>29</sup>, é imperativo que a sentença apenas incida sobre os factos constantes da acusação notificada ao acusado e, conseqüentemente, do julgamento, a sentença, não podendo incidir sobre factos não contidos no processo<sup>30</sup>. O arguido não pode ser surpreendido com alterações de factos relevantes para a sua defesa<sup>31</sup>, o contraditório tem que ser assegurado<sup>32</sup>.

A descoberta da verdade material, apesar de ser uma das finalidades do processo penal<sup>33</sup> (artigos 53.º, n.º 1, 299.º, n.º 1 e 2 e 340.º, n.º 1 do CPP), não é um fim que justifica todos e quaisquer meios. Nas palavras de Teresa Beleza e Costa Pinto, “não é um fim absoluto, mas sim um fim a prosseguir de forma condicionada, nos limites dos factos acusados”<sup>34</sup>.

Desta forma, a identificação do objeto do processo com a acusação é uma garantia do cidadão, que tem o direito de conhecer os factos que lhe são imputados na acusação, de saber que não será julgado para além do objeto inicial e de que pode preparar uma defesa digna e ter um julgamento justo e adequado, “sem surpresas e deslealdades”<sup>35</sup>.

23 A utilização da expressão “em regra” deve-se ao facto de a identificação e determinação do objeto do processo não ser absoluta: na verdade, quer na fase de instrução, quer na fase de julgamento, pode existir uma alteração não substancial (artigos 303.º e 358.º do CPP) ou substancial dos factos (artigos 309.º e 359.º conjugados com a al. f) do n.º 1 do artigo 1.º do CPP).

24 CUNHA, José Manuel Damião da. *O Caso Julgado Parcial* (...), p. 470.

25 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Do Objeto do Processo* (...), p. 92.

26 SILVA, Germano Marques da. *Direito Processual Penal Português – Noções e Princípios Gerais, Sujeitos Processuais, Responsabilidade Civil conexas com a Criminal, Objeto do Processo*, 2.ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2019, p. 369.

27 Pelo contrário, num processo penal de estrutura inquisitória, os OPC e o MP teriam um papel de menor destaque, visto que, neste modelo, é ao juiz que cabe identificar e fixar o objeto do processo.

28 BELEZA, Teresa Pizarro. PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. *Direito Processual Penal I* (...), p. 14.

29 O direito de defesa é uma das exigências do processo penal de estrutura acusatória, típica de um Estado de direito democrático, que a nossa Lei Fundamental garante com a máxima amplitude, conforme o artigo 32.º, n.º 1 da CRP.

30 SILVA, Germano Marques da. *Direito Processual Penal Português* (...), p. 388.

31 *Ibidem*.

32 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Do Objeto do Processo* (...), p. 95.

33 Neste sentido, Guedes Valente ensina que o Processo Penal tem quatro finalidades: “a descoberta da verdade judicialmente válida, a realização da justiça, a defesa dos direitos fundamentais (de todos os cidadãos) e o alcance da paz jurídica” (VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Do Objeto do Processo* (...), p. 91).

34 BELEZA, Teresa Pizarro. PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. *Direito Processual Penal I* (...), p. 16.

35 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Do Objeto do Processo* (...), p. 94.

Volta-se, portanto, a alertar para a necessidade de os operadores judiciais, em especial, aos OPC e ao MP, atuarem de acordo com o princípio da lealdade<sup>36</sup>, não procedendo, nas palavras de Guedes Valente “*com esquemas ardilosos e maquiavélicos adequados a fazer prevalecer a dúvida (...) desarmando completamente a defesa*”<sup>37</sup>.

Deste modo, recai sobre o MP o ónus de identificar e determinar com total clareza e lealdade o objeto do processo, cabendo-lhe esgotar totalmente a investigação sobre a unidade dos factos submetidos a jurisdição.

Acresce que, numa estrutura acusatória<sup>38</sup>, integrada pelo princípio da investigação, não cabe ao Tribunal compor livremente o objeto do processo, a sua atuação não pode ir para além dos limites traçados pela acusação (artigo 379.º, n.º 1, al. b) do CPP), cabendo-lhe conhecer e julgar o objeto que lhe foi proposto na sua totalidade, isto é, unitária e indivisivelmente<sup>39</sup>.

O princípio da unidade do objeto, além disso, impõe-se pela necessidade de garantir a paz jurídica do arguido, prevenindo a possibilidade de o mesmo poder ser consecutivamente submetido a novos processos e a novos julgamentos<sup>40</sup>, mas não só, visa também assegurar a paz jurídica e social de toda a comunidade<sup>41</sup>.

Podemos então afirmar que a indivisibilidade ou a unidade do objeto do processo é uma condição essencial para garantir o direito de defesa do arguido, o princípio da acusação e a estrutura acusatória do processo, bem como para proteger o arguido de alargamentos arbitrários da atividade cognitiva e decisória do tribunal. Estes aspetos dependem ainda da efetivação do contraditório, do respeito pelo caso julgado, da aferição da litispendência e do respeito pela proibição da dupla condenação pelo mesmo crime (princípio *ne bis in idem*<sup>42</sup>).

#### IV. O problema concreto da alteração substancial da matéria de facto

Face ao exposto, podemos verificar que o princípio da indivisibilidade ou unidade do objeto do processo é garantido pelo Código de Processo Penal, contudo, a indivisibilidade ou unidade do objeto do processo não é absoluta, pois, quer na fase de instrução, quer na

36 SILVA, Germano Marques da. *Curso de Processo Penal*, Vol. II, p. 109 e VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Processo Penal*, Tomo I, p. 253.

37 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Do Objeto do Processo (...)*, p. 94-95.

38 Como afirma Guedes Valente, “*em que quem acusa não é quem julga e quem julga não teve contacto prévio e decisório anterior com o processo*” (VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Do Objeto do Processo (...)*, p. 90)

39 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Do Objeto do Processo (...)*, p. 102 e BELEZA, Teresa Pizarro. PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. *Direito Processual Penal I (...)*, p. 15.

40 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Do Objeto do Processo (...)*, p. 115.

41 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Direito Processual Penal I (...)*, p. 120.

42 Artigo 29.º, n.º 5 da CRP.

fase de julgamento, pode existir uma alteração não substancial (artigos 303.º e 358.º do CPP) ou substancial dos factos (artigos 309.º e 359.º conjugados com a al. f) do n.º 1 do artigo 1.º do CPP)<sup>43</sup>.

Relativamente à alteração não substancial dos factos, o juiz pode conhecer da mesma, desde que ressalvados os direitos de defesa do arguido, nos termos do artigo 358.º do CPP. Já quanto à alteração substancial, o tribunal só pode levar em conta a mesma se o MP, o arguido e o assistente estiverem de acordo em prosseguir quanto aos novos factos, conforme o artigo 359.º do CPP.

No fundo, sendo o nosso processo penal de estrutura acusatória, a regra é de que não é admitida a valoração de factos e circunstâncias que alterem substancialmente os factos<sup>44</sup>, é o que resulta do artigo 359.º do CPP. No entanto, o mesmo preceito apresenta uma exceção: o MP, o arguido e o assistente estarem em concordância em prosseguir quanto aos novos factos<sup>45</sup>.

No que diz respeito à vinculação temática, a técnica utilizada pelo nosso CPP traduziu-se em definir o conceito de alteração substancial de factos na alínea f) do n.º 1 do artigo 1.º do CPP<sup>46</sup>, usando esta noção ao longo do seu texto para limitar certos atos ou poderes de cognição do tribunal<sup>47</sup>.

Assim, a pronúncia (artigo 303.º do CPP) está tematicamente vinculada pela acusação (artigos 283.º, 284.º e 285.º, todos do CPP) e pelo requerimento para abertura de instrução (artigo 287.º, n.º 1 do CPP). Tal como o tribunal de julgamento está tematicamente vinculado pela acusação ou pela pronúncia (caso tenha existido abertura da fase de instrução) (artigos 311.º, 358.º, 359.º e 379.º, todos do CPP).

A violação desta regra da vinculação temática é “condenada” pelo CPP de diferentes formas<sup>48</sup>:

- Nulidade mista – no caso da pronúncia (artigo 309.º), já que depende de arguição e se sana com o decurso do prazo de 8 dias;
- Nulidade absoluta – no caso da decisão final do julgamento (artigo 379.º), de conhecimento oficioso, e que afeta parcialmente a decisão (artigos 379.º, n.º 2 e 414.º, n.º 4), isto é, na parte em que representar uma alteração substancial de factos;

43 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Do Objeto do Processo* (...), p. 93 e BELEZA, Teresa Pizarro. PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. *Direito Processual Penal I* (...), p. 8-9.

44 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Do Objeto do Processo* (...), p. 118.

45 *Ibidem*.

46 O artigo 1.º, n.º 1, al. f) define o que se deve entender por alteração substancial dos factos: “aquela que tiver por efeito a imputação ao arguido de um crime diverso ou a agravação dos limites máximos das sanções aplicáveis”.

47 BELEZA, Teresa Pizarro. PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. *Direito Processual Penal I* (...), p. 35.

48 BELEZA, Teresa Pizarro. PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. *Direito Processual Penal I* (...), p. 36.

- Rejeição parcial da acusação – no despacho de saneamento do processo (artigo 311.º, n.º 2, al. b)) por violação dos limites do objeto do processo aferida à luz do conceito de alteração substancial de factos.

Apesar da existência do artigo 359.º do CPP, Guedes Valente<sup>49</sup> considera que a solução do n.º 1 do artigo 309.º do mesmo diploma ao considerar nula a pronúncia por facto diverso do acusado preenche melhor as finalidades do processo penal e garante de forma mais adequada e proporcional os direitos, liberdades e garantias processuais do arguido, assegurando com maior rigor o princípio do acusatório, a vinculação temática associada à estrutura acusatória, a imparcialidade do tribunal de julgamento, o direito de defesa do arguido e o princípio do contraditório.

Já Germano Marques da Silva<sup>50</sup> considera que por razões de economia processual e interesse do arguido, a lei processual admite a consideração de factos ou circunstâncias que não foram objeto da acusação, por parte do tribunal, desde que destes não resulte grave afetação da defesa do arguido, o que sucede sempre que o núcleo fundamental da acusação não se altere.

Quanto a isto, consideramos que a identificação e determinação do objeto do processo é uma garantia do arguido que não pode ser frustrada, nem por questões de economia processual, nem pela prossecução do interesse público na realização da justiça, nem por razões de celeridade na descoberta da verdade e reposição a qualquer custo da norma jurídica violada. Em primeiro lugar, tem que estar a garantia dos direitos e liberdades fundamentais do cidadão (arguido ou não), bem como o alcance da paz jurídica e social de toda a comunidade, pelo que, o objeto final tem que ser uno e indivisível.

Neste âmbito, Guedes Valente e Damião da Cunha afirmam que não se pode falar verdadeiramente de objeto do processo a partir do momento em que se admite as alterações substanciais dos factos (artigos 358.º e 359.º do CPP), pois, a partir desse momento, o objeto do processo passa a ser dinâmico, enquanto um conjunto de vários objetos dentro do mesmo processo.

Veja-se que o objeto da notícia do crime ao passar pelo crivo do MP, passa a ser o objeto do inquérito, que no final pode ser o objeto da acusação (artigo 285.º, n.º 4 do CPP), que se for aberta fase de instrução, passa a ser o objeto da pronúncia (artigo 309.º, n.º 1 do CPP) que, em princípio, será o objeto de julgamento inicial, contudo, se existirem alterações

49 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Do Objeto do Processo* (...), p. 118.

50 SILVA, Germano Marques da. *Curso de Processo Penal*. Vol. III, p. 267.

substanciais (artigos 358.º e 359.º do CPP) então vamos passar a ter o objeto da condenação, que vai servir de base ao objeto do recurso.

Por outro lado, como vimos anteriormente, os OPC têm um papel preponderante na identificação e fixação do objeto do processo, uma vez que coadjuvam o MP na fase de inquérito<sup>51</sup>, o JIC na fase de instrução e o juiz na fase de julgamento.

É quanto a isto que também se levantam sérios problemas, desde logo, quando temos observado a uma deturpação das funções atribuídas constitucionalmente ao MP e à Polícia, admitindo-se a policialização da ação penal, como algumas tendências legislativas o demonstram<sup>52-53</sup>.

Os OPC são órgãos auxiliares de administração da justiça, mas, enquanto órgãos coadjuvantes da AJ, não são atores principais, não devem, por isso, atuar no sentido de fomentação da policialização da investigação criminal, mas sim no sentido de contribuir para a realização do direito penal material e para uma identificação e fixação do objeto do processo como uno e indivisível, devendo este ser, nas palavras de Guedes Valente, “totalmente judicializado e jurisdicionalizado”<sup>54</sup>.

## V. Conclusão

Face ao exposto, podemos concluir que, embora o princípio da indivisibilidade ou unidade do objeto do processo seja garantido pelo Código de Processo Penal, desde logo, pelo regime legal da alteração dos factos e a consequente vinculação temática, bem como pela regra

51 Usando a expressão de Guedes Valente, “os OPC são os braços e os olhos do MP”, Cf.: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Do Objeto do Processo* (...), p. 119.

52 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Do Objeto do Processo* (...), p. 120-121.

53 Quanto a isto, Guedes Valente fala-nos da nova redação do n.º 1 do artigo 248.º, que veio abrir portas para um regresso ao inquérito policial, uma vez que, permite aos OPC que detenham a informação ou a notícia de um crime, obtida sem ser em flagrante delito, durante 10 dias, sem que o MP, que é *dominus* da ação penal, tenha conhecimento da mesma e das diligências que os OPC estão a promover. Diligências essas que podem afetar direitos, liberdades e garantias fundamentais pessoais, que estarão na total alçada da polícia, sem qualquer fiscalização judiciária ou judicial. Face a isto, Guedes Valente entende que a dilação do prazo para 10 dias, prevista nos artigos 248.º, n.º 1, 243.º, n.º 3 e 245.º, n.º 1 do CPP, está aferida de inconstitucionalidade material, por violação dos artigos 26.º, n.º 1, 32.º, n.º 1 e 4 e 219.º da CRP, por desjudiciarizar a ação penal por meio da policialização da mesma. Cf.: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Processo Penal I*, Tomo I, 3.ª ed. Almedina: Coimbra, 2020, p. 296 a 298.

No mesmo sentido, Figueiredo Dias e Nuno Brandão, defendem que devem ter-se como constitucionalmente inadmissíveis, por violação do art. 219.º, n.º 1 da CRP, “normas legais que abram caminho à possibilidade de a decisão de abertura do inquérito caber a um órgão de polícia criminal ou que sejam interpretadas no sentido de permitir que o Ministério Público delegue tal decisão num órgão de polícia criminal” (DIAS, Figueiredo. BRANDÃO, Nuno. *Direito Processual Penal – Os Sujeitos Processuais*, 2022, p. 159).

54 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Do Objeto do Processo* (...), p. 20.

constitucional do *ne bis in idem* (artigo 29.º, n.º 2 do CP), a verdade é que não é garantido de forma absoluta.

A indivisibilidade ou unidade do objeto do processo não é absoluta, nem se verifica em definitivo, pois, tal como vimos, quer na fase de instrução, quer na fase de julgamento, podem existir alterações substanciais dos factos.

Certo é que, a partir do momento em que se admite alterações substanciais, o objeto do processo deixa de ser indiviso e uno e passa a ser dinâmico, correspondendo a um conjunto de vários objetos dentro do mesmo processo, pelo que, falar do objeto do processo torna-se lírico.

Verificámos, também, que o princípio da indivisibilidade ou unidade do objeto do processo é posto em causa sempre que os operadores judiciais, em especial, os OPC e o MP, não atuam de forma leal e ética. A equivalência do objeto do processo no decorrer das diversas fases processuais espelha uma correta aquisição e transmissão da notícia do crime, devendo corresponder a uma visão total do “pedaço de vida” indiviso e uno.

Em suma, a descoberta da verdade e a realização da justiça só são de louvar quando obtidas de forma judicialmente válida, o que ocorre quando o processo se desenvolve para a construção de uma sociedade mais livre, mais solidária, mais justa (artigo 1.º da CRP) e, acrescenta Guedes Valente, mais humana e mais democrática, onde os fins não justificam os meios.

## BIBLIOGRAFIA

- BELEZA, Teresa Pizarro. PINTO, Frederico da Lacerda da Costa. *Direito Processual Penal I, Objeto do Processo, Liberdade de qualificação Jurídica e Caso Julgado* (Texto introdutório), Lisboa, 2001.
- CUNHA, José Manuel Damião da. *O Caso Julgado Parcial – Questão da Culpabilidade e Questão da Sanção num Processo de Estrutura Acusatória*. Porto: Publicações da Universidade Católica, 2002.
- DIAS, Figueiredo. *Direito Processual Penal I*. Coimbra: Coimbra Editora, 1981.
- DIAS, Figueiredo. BRANDÃO, Nuno. *Direito Processual Penal – Os Sujeitos Processuais*. Coimbra: GESTLEGAL, 2022.
- NEVES, CASTANHEIRA. *Sumários de Processo Penal*, Coimbra, 1968.
- SILVA, Germano Marques da. *Objeto do Processo Penal: a Qualificação Jurídica dos Factos*. Comentário ao “Assento” n.º 2/93, de 27/1/93. *Revista Direito e Justiça*, 1994.
- SILVA, Germano Marques da. *Curso de Processo Penal, Vol. II*, 5.ª ed. Lisboa: VERBO, 2011.
- SILVA, Germano Marques da. *Direito Processual Penal Português – Noções e Princípios Gerais, Sujeitos Processuais, Responsabilidade Civil conexa com a Criminal, Objeto do Processo*, 2.ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2019, p. 369.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Processo Penal, Tomo I*. 3.ª ed. Coimbra: Almedina, 2020.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Teoria Geral do Direito Policial*. 6.ª ed. Coimbra: Almedina, 2019.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Do Objeto do Processo: fusão funcional na identificação e determinação do objeto do processo In *Direito Processual Penal, Da Sociedade Internético-Personocêntrica*, Lisboa, 2020, p. 83-124.



# O processo penal italiano in absentia e os recursos post iudicatum depois da reforma cartabia

The Italian criminal procedure in absentia and the appeals post iudicatum after the cartabia reform

BRUNA CAPPARELLI<sup>1</sup>

bruna.capparelli@yahoo.it

---

GALILEU - REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA · e-ISSN 2184-1845

Volume XXIV · 1<sup>st</sup> January Janeiro – 31<sup>st</sup> December Dezembro 2023 · pp. 179-195

DOI: <https://doi.org/10.26619/2184-1845.XXIV.1/2.10>

Submitted on August 18<sup>th</sup>, 2023 · Accepted on October 31<sup>st</sup>, 2023

Submetido em 18 de Agosto, 2023 · Aceite a 31 de Outubro, 2023

---

**SUMÁRIO:** 1. Observações introdutórias. 2. A rescisão da coisa julgada e a sua relação com o novo “remédio europeu”. 3. A restituição dentro do prazo e o mandato de recurso. 4. Considerações finais

**RESUMO:** A Autora analisa os recursos *post iudicatum* no julgamento à revelia em Itália, tal como foram redesenhados pelo legislador delegado no texto do Decreto Legislativo n.º 150/2022 (denominada reforma Cartabia). O objetivo é destacar as novidades e os aspectos críticos que persistem no novo regime, bem como perceber se ele é ou não compatível com as garantias estabelecidas pelo direito da CEDH e pelo direito da União europeia.

**PALAVRAS-CHAVE:** processo *in absentia* – reforma Cartabia – recursos *post iudicatum* – revelia – processo penal italiano – CEDH – direito da União europeia – processo penal – remédio europeu – coisa julgada – restituição dentro do prazo – rescisão – mandado de recurso.

**SUMMARY:** 1. Introductory remarks. 2. Rescission of *res judicata* and its relationship with the new “European remedy”. 3. Timely restitution and the mandate to appeal. 4. Final considerations

**ABSTRACT:** The Author analyses the *post iudicatum* appeals in the judgment *in absentia* in Italy, as redesigned by the delegated legislator in the text of Legislative Decree No. 150/2022 (known as the Cartabia reform). The aim is to highlight the novelties and critical aspects

---

<sup>1</sup> e-mail: [bruna.capparelli2@unibo.it](mailto:bruna.capparelli2@unibo.it)

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-1249-2658>

CiênciaVitae Id: <https://www.cienciavitae.pt/portal/en/2D1E-FC73-B353>

that persist in the new regime, as well as to understand whether or not it is compatible with the guarantees established by ECHR law and European Union law.

**KEYWORDS:** in absentia proceedings – Cartabia reform – post iudicatum appeals – default – Italian criminal proceedings – ECHR – European Union law – criminal proceedings – European remedy – res judicata – restitution within the time limit – termination – writ of appeal.

## 1. Observações introdutórias

No âmbito da transformação do julgamento à revelia, operada pelo decreto legislativo 10.10.2022, n.º 150, em execução das directivas contidas na lei delegada 27.09.2021, n.º 134, merece a devida atenção o tema recursos restitutórios *post iudicatum*.

De facto, mesmo com a “geometria variada”<sup>2</sup>, este é um elemento indispensável para a resiliência do sistema e para a sua compatibilidade com o “estatuto europeu do julgamento à revelia”<sup>3</sup>.

O objetivo desta contribuição é examinar as inovações introduzidas pela “Reforma Cartabia” no que diz respeito aos recursos restitutórios *post iudicatum*: a rescisão da sentença, tal como foi redesenhada; a restituição dentro do prazo, tal como foi “reintroduzida” no art.

2 Sobre a intervenção “sistemática” (M. Donini, *Efficienza e principi della legge Cartabia. Il legislatore a scuola di realismo e cultura della discrezionalità*, em PD 2021, p. 592), no que diz respeito especificamente à disciplina das notificações ao arguido, da declaração de fuga e, em geral, às novidades em matéria de julgamento na ausência do réu, também com referência ao ato de habilitação, v. D. Cimadomo, *La nuova disciplina in materia di notificazioni*, em *La riforma Cartabia*, editado por G. Spangher, Pisa 2022, p. 147 s.; F.R. Dinacci, *Le prospettive di riforma delle notifiche all'imputato e processo in absentia: inconsapevolezza legislative*, em <[www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it)>, último acesso: 19 de agosto de 2023, 1/2021, p. 1 s.

3 A expressão é emprestada de S. Quattrocolo, *L'espressione è presa a prestito da S. Quattrocolo, Partecipazione al processo e contraddittorio*, em <[www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu)>, último acesso: 19 de agosto de 2023, 19.10.2020, 108, ao qual também se faz referência para a reconstrução das abordagens do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (doravante também C. eur) e, em particular (p. 112 e s.), para observações sobre o “teste dos três passos” para testar a compatibilidade das regras internas com o direito de participar no próprio julgamento, implicitamente consagrado no art. 6 §§ 1 e 3 da CEDH (ver processo principal C. eur, 12.2.1985, Colozza v. Itália, § 27). O teste inclui um terceiro momento consagrado precisamente à disponibilidade de um recurso que corresponda aos parâmetros identificados pelo Tribunal de Estrasburgo. Para as fontes e conteúdos do referido diploma, para além do artigo 6 da CEDH, tal como interpretado pelo Tribunal, considere-se a Resolução do Comité de Ministros do Conselho da Europa, de 21.05.1975, n.º 11; o artigo 5, n.º 1, da Decisão-Quadro de 13.06.2002 (2002/584/JAI) e, mais recentemente, o texto da Diretiva 2016/343/UE (em especial os artigos 8 e 9). Recorde-se igualmente que o texto do artigo 14, n.º 3, alínea d), do Pacto sobre os Direitos Cívicos e Políticos consagra explicitamente o direito de participação. Sobre este assunto, v. B. Capparelli, *Profili riformatori del rito contumaciale nel quadro di riferimento costituzionale e sovranazionale*, disponível em: <<http://amsdottorato.unibo.it/8281/>>, último acesso em: 19 de agosto de 2023; A. Mangiaracina, *Garanzie partecipative e giudizio in absentia*, Turim, 2010, p. 39 e seguintes. Para uma análise exaustiva da jurisprudência de Estrasburgo sobre o tema do julgamento à revelia, ver A. Procaccino, *Informazione e consapevolezza dell'imputato per la presenza al suo processo. Suggestioni europee e problemi nazionali*, em <[www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu)>, último acesso: 19 de agosto de 2023, 16.12.2020, 1 f.

175 parágrafo 2.1 do CPP italiano; bem como o novo instrumento cunhado para executar as decisões do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, previsto no art. 628-bis do CPP italiano, limitado às relações com a rescisão.

O objetivo final é perceber se o produto acabado, que nos é entregue pelos conditores, constitui uma concretização mais ou menos satisfatória das directivas contidas na lei delega e se pode ser julgado, pelo menos provisoriamente e antes de novas intervenções pretorianas, conforme ao “modelo convencional CEDH” do processo sem arguido<sup>4</sup>.

Para abordar as questões específicas enumeradas nesta síntese ideal, não podem ser ignoradas algumas premissas gerais, que se referem ao conjunto global de recursos restitutórios, incluindo os “*in itinere*” previstos pelo legislador para a audiência preliminar, o julgamento, o recurso de apelação e o recurso para a cassação<sup>5</sup>.

Pode dizer-se que o sistema está estruturado com base numa dicotomia: ausência “mal-declarada”, quando “não estão reunidas as condições de procedibilidade [...]”; ausência “bem-declarada”<sup>6</sup>, por outro lado, quando o juiz verificou corretamente os pressupostos previstos no artigo 420-bis do CPP italiano, mas o arguido prova, *ex post*, quer a impossibilidade de comparecer atempadamente devido a caso fortuito ou de força maior (que não pôde representar atempadamente), quer a falta de conhecimento efetivo do julgamento. Tal desconhecimento, no entanto, só pode ser invocado nos casos referidos no artigo 420-bis, parágrafos 2 e 3, do CPP italiano. De facto, as disposições reescritas ou recentemente introduzidas nunca permitem a prova da falta de conhecimento efetivo nos casos tipificados no primeiro parágrafo do referido artigo<sup>7</sup>.

Uma segunda característica geral pode ser observada no facto de toda a construção se basear na cooperação esperada do arguido<sup>8</sup> que, assim que toma conhecimento do

4 S. Quattrocchio, *Assenza e irreperibilità dell'imputato*, em ED, *Annali IX* 2016, p. 32. Cfr. B. Capparelli, *Profili riformatori del rito contumaciale nel quadro di riferimento costituzionale e sovranazionale*, disponível em: <<http://amsdottorato.unibo.it/8281/>>, último acesso em: 19 de agosto de 2023.

5 Art. 420-bis, parágrafos 5-7 CPP italiano; art. 489 parágrafos 1-2-bis CPP italiano; 604 parágrafos 5-bis-5-quater CPP italiano; art. 623 parágrafo 1 letra b)-bis CPP italiano. Para comentários sobre os recursos antecedentes a formação da coisa julgada, ver A. Mangiaracina, *Alla ricerca di un nuovo statuto*, cit., 9 e s.; N. Rombi, *Il nuovo processo in assenza*, em DPP 2023, 129 s. Para uma visão geral da disciplina dos recursos, ante e post iudicium, antes da Reforma Cartabia, nas várias passagens legislativas, ver, em geral, E.A.A. Dei-Cas, *L'assenza dell'imputato. Modelli partecipativi e garanzie difensive*, Turim, 2021, p. 267 s.; A. Mangiaracina, *Garanzie partecipative e giudizio in absentia*, cit., p. 229 s.; N. Rombi, *Il diritto alla presenza processuale. Garanzie, limiti rimedi*, Milano 2020, p. 175 s.

6 *Relazione illustrativa al decreto legislativo recante attuazione della legge 27 settembre 2021 n. 134 recante delega al governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari* (em seguida: *Relazione illustrativa*), em <[www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it)>, último acesso: 19 de agosto de 2023, 20.10.2022, 114.

7 *Relazione illustrativa*, cit., p. 123; M. Gialuz, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia (profili processuali)*, em <[www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it)>, último acesso: 19 de agosto de 2023, 2.11.2022, p. 37.

8 De acordo com a Secretaria do Supremo Tribunal, a “diligência exigente da pessoa em causa” é igualmente necessária para fundamentar a declaração de ausência nos casos referidos nos segundo e terceiro parágrafos do

processo contra si, é chamado a agir imediatamente. Deve utilizar as vias de recurso disponíveis, sem poder “guardar uma carta na mão para jogar” mais tarde ou, *in extremis*, quando a decisão transitar em julgado. Trata-se de evitar, ao máximo, o abuso das vias de recurso disponíveis e a regressão do processo<sup>9</sup>, com o consequente esmagamento das atividades desenvolvidas e, no limite, da decisão irrevogável.

Neste cenário, o regime da nulidade, que decorre da ausência declarada pelo tribunal na falta dos pressupostos, é também bastante peculiar. Se bem que, em abstrato, o regime se reconduza ao das nulidades intermédias, o efeito invalidante é atenuado pelo facto de a nulidade não poder ser “assinalada ou arguida se se verificar que o requerido estava em condições de comparecer na audiência preliminar” (art. 489, parágrafo 2, CPP italiano) ou que “tinha conhecimento da pendência do processo e estava em condições de comparecer perante o tribunal antes de proferida a decisão recorrida” (art. 604, parágrafo 5-bis, CPP italiano)<sup>10</sup>. Além disso, no que diz respeito ao nível de recurso, a nulidade em questão deve ser contestada, sob pena de amnistia, na petição de recurso.

O sistema parece complexo, sobretudo em certos momentos<sup>11</sup>, e as disposições que o regem são por vezes um pouco pesadas: uma boneca Matryoshka em que é preciso prestar uma atenção meticulosa à ordem das peças, para não correr o risco de deixar algumas de fora.

## **2. A rescisão da coisa julgada e a sua relação com o novo “remédio europeu”**

A Lei n.º 134/2021 tinha convidado o legislador delegado a “alargar a possibilidade de recursos subsequentes a favor do arguido e do condenado julgado na ausência sem ter tido conhecimento efetivo da celebração do julgamento, harmonizando o direito processual nacional com o disposto no artigo 9 da Diretiva (UE) 2016/343<sup>12</sup>”; além disso, foi-lhe pedido que identificasse para a rescisão do acórdão “uma deslocalização sistemática coerente”, coordenando este instrumento com o novo meio de recurso extraordinário para execução dos acórdãos do Tribunal Europeu<sup>13</sup>.

artigo 420. V. Gabinete do Supremo Tribunal, *Relazione su novità normativa*. La “Riforma Cartabia”, 5.1.2023, em <[www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it)>, último acesso: 19 de agosto de 2023, 10.10.2023, p. 181.

9 Um verdadeiro “horror regressionis” para A. Mangiaracina, *Alla ricerca di un nuovo statuto*, cit., p. 9.

10 Crítico sobre a formulação R. Bricchetti, *Prime riflessioni sulla riforma Cartabia: udienza preliminare e processo in assenza*, em *il Penalista* 24.1.2023, p. 17. Trata-se da “expressão do princípio da participação leal no processo e da ação para fazer valer o seu direito, evitando o prolongamento injustificado do processo”, segundo o Ufficio del Massimario, *Relazione su novità normativa*, cit., p. 183-184.

11 *Relazione su novità normativa*, cit., p. 173.

12 Art. 1 parágrafo 7 lett. g l. n. 134/2021.

13 Art. 1 parágrafo 12, lett. e l. n. 134/2021.

Segundo a ordem do CPP italiano, a análise deveria começar pela restituição dentro do prazo. No entanto, parece mais adequado proceder de baixo para cima e tratar, em primeiro lugar, das novidades (feitas ou não) relativas à rescisão da coisa julgada. Este meio extraordinário de recurso “de tipo híbrido”<sup>14</sup> deveria ser, após a sua introdução com a Lei n.º 67, de 28.04.2014, a “válvula de fecho”<sup>15</sup> do sistema, concebido pelo legislador para proporcionar um verdadeiro instrumento restitutivo (ainda que de forma exagerada)<sup>16</sup>. Tinha sido concebida para permitir a restitutio in integrum, abandonando a “ideia de fungibilidade entre sentenças proferidas em diferentes graus”<sup>17</sup>, “quando o contumaz dava lugar ao ausente”<sup>18</sup>.

Pretendeu-se assegurar um bom nível de compatibilidade com a redação do artigo 6 da CEDH e com a jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo<sup>19</sup>. Excelentes intenções evolutivas, ainda que concretizadas, à semelhança de outras partes da intervenção na matéria<sup>20</sup>, de forma imperfeita, no conteúdo e na forma<sup>21</sup>, de tal modo que induziram a doutrina a suscitar numerosas críticas<sup>22</sup>, mesmo após as medidas correctivas da “Reforma Orlando”<sup>23</sup>, e a Corte para a cassação a realizar uma intervenção importante e não ortopédica<sup>24</sup>. Este remédio deve, portanto, representar o *trait d’union* em relação ao regime a ser reformado.

14 M. Bargis, *La rescissione del giudicato ex art. 625 ter c.p.p.: un istituto da rimeditare*, em *D. Pen. Cont.*, 2015, p. 161. Cfr. B. Capparelli, *Profili riformatori del rito contumaciale nel quadro di riferimento costituzionale e sovranazionale*, disponível em: <<http://amsdottorato.unibo.it/8281/>>, último acesso em: 19 de agosto de 2023.

15 M. Bargis, *La rescissione del giudicato ex art. 625 ter c.p.p.*, cit., p. 161. Cfr. B. Capparelli, *Profili riformatori del rito contumaciale nel quadro di riferimento costituzionale e sovranazionale*, disponível em: <<http://amsdottorato.unibo.it/8281/>>, último acesso em: 19 de agosto de 2023.

16 Cfr. *infra*, § 3.

17 H. Belluta, *Le impugnazioni come rimedi ripristinatori: verso il giusto processo in assenza dell'imputato*, em *Strategie di deflazione penale e rimodulazione del giudizio in absentia*, M. Daniele, P.P. Paulesu (org.), Torino, 2015, p. 252. Cfr. B. Capparelli, *Profili riformatori del rito contumaciale nel quadro di riferimento costituzionale e sovranazionale*, disponível em: <<http://amsdottorato.unibo.it/8281/>>, último acesso em: 19 de agosto de 2023.

18 S. Quattrocolo, *Il contumace cede la scena all'assente, mentre l'irreperibile l'abbandona*, em *Diritto penale contemporaneo (Riv. Trim.)*, 2/2014, p. 101 s.

19 H. Belluta, *Le impugnazioni come rimedi ripristinatori*, cit., 252.

20 D. Negri, *Il processo nei confronti dell'imputato "assente" al tortuoso crocevia tra svolgimento e sospensione*, em *Strategie di deflazione penale*, M. Daniele, P.P. Paulesu (org.), cit., p. 197 s.

21 S. Quattrocolo, *Il contumace cede la scena*, cit., 106. Cfr. B. Capparelli, *Profili riformatori del rito contumaciale nel quadro di riferimento costituzionale e sovranazionale*, disponível em: <<http://amsdottorato.unibo.it/8281/>>, último acesso em: 19 de agosto de 2023.

22 G. Di Paolo, *La rescissione del giudicato ex art. 625-ter c.p.p.: rimedio effettivo o meccanismo virtuale?*, em <[www.dirittopenalecontemporaneo.it/](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it/)>, último acesso: 19 de agosto de 2023, 20.11.2015, p. 1 s. Cfr. B. Capparelli, *Profili riformatori del rito contumaciale nel quadro di riferimento costituzionale e sovranazionale*, disponível em: <<http://amsdottorato.unibo.it/8281/>>, último acesso em: 19 de agosto de 2023.

23 L. 23.6.2017, n. 103.

24 Cass. S.U. 17.7.2014 n. 36848, em CP 2015, p. 561 s. Com comentário de P. Silvestri, *Successione di norme processuali penali e nuovo processo in assenza dell'imputato*; em <[www.dirittopenalecontemporaneo.it/](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it/)>, último acesso: 19 de agosto de 2023, 5.12.2014.

A rescisão da coisa julgada não é profundamente reestruturada, não como seria adequado, desejável e possível dentro dos limites da delegação.

Em primeiro lugar, falta a realocização topográfica, explicitamente solicitada pela Lei n.º 134/2021, e persiste a posição distópica dos meios de recurso<sup>25</sup>.

Além disso, teria sido adequado pormenorizar e especificar certos aspectos processuais, seguindo as sugestões da copiosa literatura sobre o assunto<sup>26</sup>.

Analisando as alterações, o perímetro e, portanto, o âmbito do recurso é reduzido, objetivamente, em relação à versão anterior.

A rescisão não pode ser utilizada quando se enquadra nos casos referidos no artigo 628-bis do CPP italiano, como nos informa a cláusula de abertura do primeiro parágrafo do artigo 629-bis do CPP italiano: deve, de facto, ser coordenada com o novo instrumento de execução das decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem<sup>27</sup>.

Por outro lado, só pode ser acionado quando a ausência tenha sido declarada na falta dos pressupostos, todos eles previstos no artigo 420.º -bis do CPP italiano. Por outro lado, nas hipóteses em que a ausência é corretamente declarada, com exceção das referidas no n.º 1 do artigo 420-bis do CPP italiano, o único recurso subsequente é a restituição dentro do prazo previsto no n.º 2.1 do artigo 175 do CPP italiano<sup>28</sup>.

Por outro lado, o âmbito de aplicação “subjetivo” é, por assim dizer, alargado. Se, antes da reforma, a pessoa condenada ou a pessoa a quem foi aplicada a medida de segurança<sup>29</sup> devia ter sido considerada ausente “durante todo o processo” para poder utilizar as vias de recurso, tal já não é necessário. Pode pedir-se e obter-se a anulação da decisão, por exemplo, quando, tendo comparecido em primeira instância, se tenha sido declarado ausente em sede de recurso, como no caso de um arguido que não recorre.

É por isso que – mais uma diferença em relação ao ditado anterior – quando a rescisão é julgada procedente e a sentença revogada, o Tribunal de Recurso já não transmite os documentos, sem falta, ao juiz de primeira instância, mas “ao juiz da fase ou nível em que a nulidade ocorreu”, ou seja, aquele que se segue à declaração de ausência na ausência das condições estabelecidas pelo CPP italiano. Esta variação é apreciável porque resolve

25 M. Gialuz, A. Cabiale, J. Della Torre, *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, em DPC 3/2017, p. 190. Cfr. B. Capparelli, *Profili riformatori del rito contumaciale nel quadro di riferimento costituzionale e sovranazionale*, disponível em: <<http://amsdottorato.unibo.it/8281/>>, último acesso em: 19 de agosto de 2023.

26 S. Quattrocchio, *Assenza e irreperibilità dell'imputato*, cit., p. 54. Cfr. B. Capparelli, *Profili riformatori del rito contumaciale nel quadro di riferimento costituzionale e sovranazionale*, disponível em: <<http://amsdottorato.unibo.it/8281/>>, último acesso em: 19 de agosto de 2023.

27 Para a relação entre os dois instrumentos, v. *infra*.

28 M. Gialuz, *Per un processo penale più efficiente e giusto*, cit., p. 37.

29 R. Casiraghi, *La rescissione del giudicato*, cit., p. 215 s.

os pontos críticos apontados, em dois sentidos, pela doutrina: por um lado, põe um travão à desproporcionalidade do recurso sempre e em qualquer caso ordenado ao tribunal de primeira instância<sup>30</sup>; por outro lado, permite recuperar, se necessário, a fase da audiência preliminar, que era, pelo contrário, inexoravelmente perdida com as regras anteriores<sup>31</sup>.

Altera, também de forma digna de apreço, o dies a quo para a contagem do prazo de 30 dias (que se manteve inalterado) dentro do qual o requerimento deve ser apresentado, sob pena de caducidade. Seguindo o caminho apontado pela doutrina, o prazo conta-se agora a partir da data do conhecimento da sentença, momento menos abstrato e tecnicamente mais preciso do que o nebuloso “conhecimento do processo” previsto na redação original do artigo 625-ter, primeiro, e do artigo 629-bis do CPP italiano, depois<sup>32</sup>.

O cerne da reflexão sobre os méritos e os defeitos da reforma diz, contudo, respeito ao ónus probatório que recai sobre o requerente, uma vez que é da sua intensidade que se pode deduzir o grau de acessibilidade do recurso.

Nos sentidos do CPP italiano, o condenado ou o destinatário da aplicação da medida de segurança pode obter<sup>33</sup> a rescisão da decisão se provar “que foi declarado ausente na ausência das condições previstas no artigo 420-bis do Código de Processo Penal” e que “não pôde contestar a decisão nos prazos previstos sem culpa da sua parte”. A disposição prossegue: “a menos que se prove que tinha conhecimento da pendência do processo”.

O objeto aparentemente mudou em relação ao passado, o “desconhecimento irrepreensível da celebração do julgamento”, um facto psíquico negativo que a jurisprudência da legitimidade, com uma intervenção “potenciadora”<sup>34</sup> e forçando “a bem do bem” o dado normativo<sup>35</sup>, reformulou no sentido de uma “fuga voluntária ao conhecimento do julgamento”<sup>36</sup>.

30 H. Belluta, *Le impugnazioni come rimedi ripristinatori*, cit., p. 272. Cfr. B. Capparelli, *Profili riformatori del rito contumaciale nel quadro di riferimento costituzionale e sovranazionale*, disponível em: <<http://amsdottorato.unibo.it/8281/>>, último acesso em: 19 de agosto de 2023.

31 S. Quattrococo, *Il contumace cede la scena*, cit., p. 101. Cfr. B. Capparelli, *Profili riformatori del rito contumaciale nel quadro di riferimento costituzionale e sovranazionale*, disponível em: <<http://amsdottorato.unibo.it/8281/>>, último acesso em: 19 de agosto de 2023.

32 M. Bargis, *La rescissione del giudicato*, cit., p. 164. Cfr. B. Capparelli, *Profili riformatori del rito contumaciale nel quadro di riferimento costituzionale e sovranazionale*, disponível em: <<http://amsdottorato.unibo.it/8281/>>, último acesso em: 19 de agosto de 2023.

33 M. Bargis, *I ritocchi alle modifiche in tema di impugnazioni nel testo del d.d.l. n. 2798 approvato dalla Camera dei deputati*, em <[www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it)>, último acesso: 19 de agosto de 2023, 19.10.2015, p. 10. Cfr. B. Capparelli, *Profili riformatori del rito contumaciale nel quadro di riferimento costituzionale e sovranazionale*, disponível em: <<http://amsdottorato.unibo.it/8281/>>, último acesso em: 19 de agosto de 2023.

34 S. Quattrococo, *La Corte di cassazione svela il vero volto della rescissione del giudicato?*, cit., p. 10. Cfr. B. Capparelli, *Profili riformatori del rito contumaciale nel quadro di riferimento costituzionale e sovranazionale*, disponível em: <<http://amsdottorato.unibo.it/8281/>>, último acesso em: 19 de agosto de 2023.

35 S. Quattrococo, *La Corte di cassazione svela il vero volto della rescissione del giudicato?*, cit., 19.

36 S. Quattrococo, *La Corte di cassazione svela il vero volto della rescissione del giudicato?*, cit., p. 11-12.

A peça exegética mencionada insere-se no mosaico mais vasto de decisões da Corte para a cassação, proferidas com o objetivo de aproximar a ainda imperfeita disciplina interna da fisionomia europeia do processo na ausência.

O ónus do interessado deverá, pois, salvo improvável *ouerruling*, assumir a forma daquele “dever de alegação”, em todo o caso problemático, invocado pelas Secções Paritárias logo após a entrada da rescisória no nosso ordenamento jurídico, com a possibilidade de o tribunal de recurso ordenar quaisquer aquisições adicionais<sup>37</sup>.

No entanto, na lei escrita, mantém-se e é, em todo o caso, pesado<sup>38</sup>, tanto mais se considerarmos que o seu objeto, quer no Relatório sobre o decreto legislativo, quer nas primeiras reflexões sobre o tema, é entendido como “tríplice”<sup>39</sup>.

De facto, em nossa opinião, o dado textual do artigo 629-bis, parágrafo 1, do CPP italiano parece traçar um cenário diferente.

Enquanto para os dois primeiros requisitos (ausência dos pressupostos do processo na falta e impossibilidade injustificada de interposição de recurso no prazo fixado contra a sentença cuja revogação é pedida), o ónus é claramente do requerente; para o terceiro (conhecimento efetivo da pendência do processo antes da prolação da sentença), dada a diferente escolha terminológica (“salvo se se verificar que”), qualquer apuramento deve ser remetido para a autoridade judiciária, tal como, com as devidas distinções, na versão do artigo 175, parágrafo 2, do CPP italiano, após a alteração de 2005<sup>40</sup>, excluindo, também nesta parte, o dever de prova do requerente.

Esta leitura da legislação parece, por outro lado, congruente com as regras sobre a “não detetabilidade e não excecionalidade” da nulidade no contexto do parágrafo n.º 2 do artigo 489 e do parágrafo 5-bis do artigo 604 CPP italiano. Em ambos os contextos, a expressão utilizada (“se se verificar que”), quase idêntica à que se encontra em análise, atribui à autoridade o ónus da prova dos factos determinantes da “amnistia”.

Se assim fosse, o legislador teria também demonstrado que não ignorou, pelo menos por completo, os aspectos críticos inerentes ao quadro normativo em que interveio e que conduziram o Corte para a cassação às medidas correctivas acima referidas.

37 Cass. S.U. 17.7.2014 n. 36848, cit., § 5. Cfr. B. Capparelli, *Profili riformatori del rito contumaciale nel quadro di riferimento costituzionale e sovranazionale*, disponível em: <<http://amsdottorato.unibo.it/8281/>>, último acesso em: 19 de agosto de 2023.

38 N. Rombi, *Il nuovo processo in assenza*, cit., p. 131.

39 L. Kalb, *La nuova disciplina del processo in assenza*, cit., p. 362.

40 L. 21.2.2005, n. 17, conv. com modif. pela l. 20.4.2005, n. 60. Cfr. B. Capparelli, *Profili riformatori del rito contumaciale nel quadro di riferimento costituzionale e sovranazionale*, disponível em: <<http://amsdottorato.unibo.it/8281/>>, último acesso em: 19 de agosto de 2023.



Aceitando a interpretação sugerida, o acesso ao recurso, ainda que não incondicional (subsistiriam os outros ónus, um dos quais relativo à “prova negativa”), seria certamente mais fácil, tornando mais provável a revogação do acórdão (tanto mais se se aderir às teses avançadas pela doutrina quanto ao padrão que deve ser adotado na condução da investigação análoga em julgamento ou em segunda instância<sup>41</sup>).

Mas, se assim não fosse, acabar-se-ia por reescrever o ditame normativo, anulando-o, e, na verdade, reavivando a prova de um facto mental negativo.

Para completar a análise, há que abordar a relação entre a rescisão de um acórdão e o “novo recurso europeu”.

Para executar uma decisão do Tribunal Europeu em que se tenha verificado uma violação do artigo 6 da CEDH, ou em que se tenha ordenado o cancelamento do registo nos termos do artigo 37 da CEDH, quando se trate do direito de participar no julgamento, a “Reforma Cartabia” previu como instrumento exclusivo o regulado pelo artigo 628-bis do CPP italiano, nos termos das disposições conjugadas do parágrafo 8 do mesmo artigo e da já referida cláusula de abertura do artigo 629-bis do CPP italiano. Daqui resulta que o recorrente em Estrasburgo – ou, em caso de morte, os seus familiares, mas não os seus “irmãos mais novos”<sup>42</sup> –, para obter o segundo julgamento em que o mérito da acusação é reavaliado, deve apresentar um pedido à Corte para a cassação, nos termos dos parágrafos 1 e 2 do artigo 628-bis do CPP italiano, no prazo de noventa dias a contar da data em que a decisão cuja “execução” é pedida se tornou definitiva.

Sem entrar nos pormenores da regra<sup>43</sup>, deve ser destacado neste contexto um aspeto peculiar relativo ao julgamento ausente. De acordo com o parágrafo 5 do artigo 628-bis do CPP italiano, o Corte para a cassação, após ter examinado a admissibilidade do pedido, aceita-o “quando a violação verificada pelo Tribunal Europeu, pela sua natureza e gravidade, tiver tido um efeito efetivo na sentença ou no decreto penal pronunciado contra o requerente”. Ora, tratando-se de uma violação do direito de participação, quer seja constatada pelo Tribunal de Estrasburgo, quer seja reconhecida unilateralmente pelo Estado, tal apreciação não deve ser relevante, precisamente numa perspetiva de conformidade com a jurisprudência do Tribunal Europeu. Se tiver ocorrido uma violação do direito de participação, “o efeito efetivo sobre a decisão” deverá ser discernido *in re ipsa*<sup>44</sup>.

41 A. Mangiaracina, *Alla ricerca di un nuovo statuto*, cit., p. 9.

42 Cass. S.U. 24.10.2019 n. 8544, em CP, 2020, p. 2259.

43 R. Casiraghi, *Uno specifico rimedio per l'esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo*, em DPP, 2023, 195 s.

44 Cass. 12.7.2006 n. 32678, em D&G 2008, p. 38.

No que diz respeito às relações “a montante” entre os dois instrumentos e tendo em conta o esgotamento das vias de recurso internas como condição de admissibilidade nos termos do artigo 35 da CEDH, pode perguntar-se se um recurso para o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem pressupõe necessariamente a tentativa de obter a rescisão da decisão (a questão deve ser alargada à restituição dentro do prazo previsto nos parágrafos 1 e 2 do artigo 175).

A jurisprudência de Estrasburgo sobre esta matéria é “flexível”<sup>45</sup>. De facto, não considera suficiente a existência de um recurso interno, mas exige que este seja “efetivo, adequado e acessível”<sup>46</sup>. Isto levou, por exemplo, no caso italiano, a considerar admissível o recurso no processo Sejdovic, apesar de não ter sido utilizada previamente a restituição dentro do prazo, o único instrumento disponível na altura<sup>47</sup> (nos termos do parágrafo 2 do artigo 175 CPP italiano anterior à reforma de 2005), por ser considerado ineficaz. Pelo contrário, o Tribunal de Justiça chegou a uma conclusão oposta no processo Cat Berro, que analisa o mesmo recurso, mas reformulado em termos compatíveis com a Convenção<sup>48</sup>.

O resultado é que a relação acima referida é variável<sup>49</sup>. Embora teoricamente a tentativa de obter a rescisão da decisão deva ser prodromica em relação à apresentação do recurso ao Tribunal de Justiça, a questão, caso surja a ocasião, deve ser abordada através da avaliação da eficácia do recurso interno, com referência aos encargos probatórios acima referidos, também à luz da jurisprudência<sup>50</sup>.

### 3. A restituição dentro do prazo e o mandato de recurso

A reintrodução da restituição no prazo para a interposição de recurso a favor do arguido julgado na sua ausência, nos termos do artigo 175, parágrafo 2.1, do CPP italiano, completa o quadro das vias de recurso transitadas em julgado.

Deve ser lido em ligação indissolúvel com o mandato de recurso previsto no artigo 581, primeiro parágrafo, do CPP italiano, segundo o qual: “Tratando-se de arguido

45 C. eur. GC, 1.3.2006, Sejdovic c. Italia, § 44.

46 C. eur. GC, 1.3.2006, Sejdovic c. Italia, § 45.

47 C. eur., 10.11.2004, Sejdovic c. Italia, § 37.

48 C. eur., 25.11.2008, Cat Berro c. Italia, § 14 s.

49 L. Kalb, *La nuova disciplina del processo in assenza*, cit., p. 361. Cfr. B. Capparelli, *Profili riformatori del rito contumaciale nel quadro di riferimento costituzionale e sovranazionale*, disponível em: <<http://amsdottorato.unibo.it/8281/>>, último acesso em: 19 de agosto de 2023.

50 A. Diddi, *Novità in materia di impugnazioni e di restituito in integrum*, em *Il giudizio in assenza dell'imputato*, D. Vigoni (org.), Torino 2014, p. 224. Cfr. B. Capparelli, *Profili riformatori del rito contumaciale nel quadro di riferimento costituzionale e sovranazionale*, disponível em: <<http://amsdottorato.unibo.it/8281/>>, último acesso em: 19 de agosto de 2023.

julgado à revelia, o mandato de recurso específico, emitido após a prolação da sentença, é acompanhado da petição de recurso do defensor, sob pena de inadmissibilidade, contendo a declaração ou eleição de domicílio do arguido para efeitos de notificação do despacho de citação<sup>51</sup>.

É sobre esta atuação que recai a opção fundamental do legislador. A devolução dentro do prazo constitui um “remédio colateral” destinado a permitir o recurso quando o requerido não tenha conseguido obter atempadamente a emissão do mandato.

A disposição em causa é muito polémica, tendo merecido o apoio geral dos meios judiciais e, por outro lado, suscitando a aversão de uma parte dos profissionais do direito<sup>52</sup>.

Mesmo a doutrina não está alinhada.

Por um lado, há quem a aprecie<sup>53</sup> e quem a considere um elemento de coerência do sistema<sup>54</sup> que, como explicita o Relatório ao Decreto Legislativo n.º 150/2022, “tende a impedir a interposição de recurso pelo ausente que não comparece”. Já a “Comissão Lattanzi” considerava tal mandato “uma junção essencial, quer em termos de garantia efectiva do arguido, quer em termos de utilização racional e útil dos recursos judiciais”, cujo objetivo é “assegurar que os recursos sejam interpostos apenas quando o arguido tem conhecimento efetivo da sentença proferida e evitar – sem prejuízo do direito de defesa do interessado, que é protegido pelos recursos “restitutórios” contextualmente assegurados – a celebração inútil de um processo em julgamento destinado a ser anulado pela rescisão da sentença<sup>55</sup>.

Outras vozes, aliás numerosas, sublinham os seus aspectos críticos. O pedido de mandato ad hoc nos casos em apreço constituiria um “grave obstáculo aos poderes da defesa<sup>56</sup>, um verdadeiro “curto-circuito defensivo, inconciliável com a natureza pública da função de defesa<sup>57</sup> que limitaria o “papel de participação, e não de mera assistência técnica, atribuído ao advogado de defesa no processo penal”, com o risco de prejudicar

51 A. Marandola, *Il ridimensionamento e la conformità strutturale e procedurale dei mezzi ordinari d'impugnazione al modello accusatorio, Riforma Cartabia e rito penale. La Legge Delega tra impegni europei e scelte valoriali*, Ead., Milano 2022, p. 232.

52 J. Della Torre, *La crisi dell'appello penale nel prisma della statistica giudiziaria*, <www.archiviopenale.it>, último acesso: 19 de agosto de 2023, 1/2022, p. 39.

53 E. Guido, *La rescissione del giudicato: posture e imposture di un rimedio restitutorio*, em <www.legislazionepenale.eu>, último acesso: 19 de agosto de 2023, 12.9.2022, 23.

54 N. Rombi, *Il nuovo processo in assenza*, cit., p. 131.

55 D.M. 16 de março de 2021 – Pres. Dott. Giorgio Lattanzi, Vice Pres. Dott. Ernesto Lupo e Prof. Gian Luigi Gatta), *Relazione finale e proposte di emendamenti al d.d.l. a.c. 2435, 24.5.2021*, p. 15.

56 J. Della Torre, *La crisi dell'appello*, cit., p. 39.

57 F. Centorame, *Verso un nuovo processo penale in assenza*, cit., p. 21.

os arguidos mais fracos, “sujeitos menos favorecidos, que muitas vezes não estabelecem relações e não têm qualquer contacto com o advogado” nomeado oficiosamente<sup>58</sup>.

Nesta perspetiva, as disposições que impõem ao suspeito a obrigação de declarar um endereço, incluindo um número de telefone ou um endereço eletrónico de que disponha, “onde o advogado de defesa possa efetuar comunicações” (artigo 157, parágrafo 8-ter e 161, parágrafo do CPP italiano) e a prorrogação por quinze dias dos prazos ordinários de recurso previstos no artigo 585, parágrafo do CPP italiano (artigo 585, parágrafo 1-bis do CPP italiano)<sup>59</sup> têm pouco impacto na gestão dos casos “problemáticos” acima referidos.

Qualquer que seja a posição assumida, não se pode deixar de partilhar, antes de mais, a opinião daqueles que sublinharam como a disposição em causa implica a aceitação do risco de formação de um juízo de valor por um juízo “injusto”, efeito que pode ocorrer mesmo quando o erro na aplicação do direito é manifesto<sup>60</sup>.

Acresce que, embora compreendendo a razão de ser da opção, estamos perante um dos exemplos mais significativos de como a reforma, em algumas áreas de intervenção, fez prevalecer instâncias eficientistas, sacrificando, pelo menos em parte, as garantias<sup>61</sup>.

Os receios expressos são reforçados pelas disposições relativas à restituição do prazo para contestar a sentença proferida contra o arguido ausente<sup>62</sup>. Nos termos do artigo 175, parágrafo 2.1, do CPP italiano, “o arguido julgado à revelia é restituído, a seu pedido, no prazo de recurso, salvo se tiver renunciado voluntariamente a esse direito” se, nos casos previstos no artigo 420-bis, parágrafos 2 e 3 (e aqui reside a articulação com a rescisão da sentença), apresentar “a prova de que não tinha conhecimento efetivo da pendência do processo e de que não podia ter interposto recurso dentro do prazo sem culpa da sua parte”. O pedido desta hipótese de restituição “mais específica”<sup>63</sup> deve ser apresentado, sob pena de caducidade, no prazo de 30 dias a contar da data em que o interessado teve conhecimento efetivo da medida (art. 175, parágrafo 2-bis CPP italiano).

58 N. La Rocca, *La prima delega del decennio per la riforma del processo penale: una corsa folle contro il tempo, che ora scorre senza contrappesi*, em <[www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it)>, último acesso: 19 de agosto de 2023, 1/2020, p. 18.

59 F.R. Dinacci, *Le prospettive di riforma*, cit.

60 J. Della Torre, *La crisi dell'appello*, cit., p. 39. Cfr. B. Capparelli, *Profili riformatori del rito contumaciale nel quadro di riferimento costituzionale e sovranazionale*, disponível em: <<http://amsdottorato.unibo.it/8281/>>, último acesso em: 19 de agosto de 2023.

61 V. *infra*, nt. 68.

62 G. Garuti, sub Art. 175 Cpp, em *Commentario breve al codice di procedura penale*3, G. Illuminati-L. Giuliani (org.), Milano 2020, p. 648 s.

63 G. Garuti, sub Art. 175 Cpp, cit., p. 648. Cfr. B. Capparelli, *Profili riformatori del rito contumaciale nel quadro di riferimento costituzionale e sovranazionale*, disponível em: <<http://amsdottorato.unibo.it/8281/>>, último acesso em: 19 de agosto de 2023.

Mesmo neste contexto, o ónus probatório com um “sabor nostálgico”<sup>64</sup>, embora caracterizado pela coerência com a escolha do sistema, revive e é oneroso.

Nesta hipótese, aliás, atendendo à letra da disposição, a interpretação textual proposta para o artigo 629-bis CPP italiano não ajuda, nem sequer hipoteticamente<sup>65</sup>.

É certo que a intervenção concreta da jurisprudência é, mais uma vez, desejável, podendo invocar-se as aproximações já realizadas em relação ao artigo 175, parágrafo 2, do CPP italiano, no que respeita à transformação do ónus em dever de alegação<sup>66</sup>, mas as questões críticas, pelo menos nas opções textuais dos conditores, não são completamente elididas.

O perigo é que, nesta ocasião, tenham mesmo dado dois “passos atrás”<sup>67</sup>.

Em primeiro lugar, como já se tinha percebido após a introdução da rescisão do acórdão no que respeita à escolha da reforma de 2005, porque não se previu o acesso ao recurso como um verdadeiro direito<sup>68</sup>.

Por outro lado, porque, de acordo com a forma como se interpreta o disposto no art. 604, parágrafo 5-ter, do CPP italiano, para a falta “bem declarada”, ou se regressa à ideia da “fungibilidade” dos níveis de julgamento, que foi ultrapassada com a introdução da rescisão do julgado, ou se verifica um peso no desenvolvimento processual que faz lamentar a unicidade do recurso.

De facto, são possíveis duas exegeses, ambas afectadas por um certo grau de irracionalidade.

A primeira: uma vez devolvido dentro do prazo para interpor recurso, nos termos do artigo 175, parágrafo 2.1. CPP italiano, o arguido, que foi declarado inocente em primeira instância, não pode beneficiar da anulação da sentença e do conseqüente recurso previsto no n.º 5-ter do artigo 604 do CPP italiano, devendo assim “contentar-se” com uma segunda instância com todas as limitações que esta implica<sup>69</sup>.

A segunda: o n.º 5-ter do artigo 604 do CPP italiano aplica-se igualmente no caso de um recurso resultante de uma devolução dentro do prazo para contestar uma sentença proferida à revelia. Assim, nesta hipótese, o arguido recupera as suas faculdades, graças à regressão do processo (desde que cumpra o ónus probatório, que já foi parcialmente ultrapassado pela concessão do recurso). O tribunal de apelação anulará a sentença, ordenando a transmissão dos atos ao juiz da fase em que a faculdade perdida possa

64 A. Mangiaracina, *Alla ricerca di un nuovo statuto*, cit., p. 6.

65 Cfr. *supra*, § 2.

66 Cass. S.U. 17.2014 n. 36848, cit.

67 G. Garuti, *Ius superveniens e “nuovo” processo in assenza*, em *GI* 2014, p. 1509.

68 G. Garuti, *Ius superveniens*, cit., p. 1509.

69 A. Mangiaracina, *Alla ricerca di un nuovo statuto*, cit., p. 10.

ser exercida, salvo se ocorrerem as hipóteses excepcionais elencadas em lei (pedido de aplicação da pena, oblação ou exclusivamente a renovação da instrução), caso em que o próprio tribunal de apelação decidirá.

Esta opção parece ser a única aceitável, porque está em conformidade com os dados textuais, é coerente com as escolhas do sistema, pelo menos de um certo ponto de vista, e é constitucionalmente compatível. Caso contrário, traduzir-se-ia numa diferença irrazoável de tratamento entre o arguido ausente e inconsciente que tomou conhecimento do processo após o termo do prazo de recurso e aqueles que conseguiram conferir o mandato nos termos do artigo 581, parágrafo 1-quater, do CPP italiano.

Esta situação suscita, no entanto, algumas perplexidades.

É verdade: o regime escolhido pelo legislador impede que o processo se desenvolva verticalmente, quando o arguido ausente não confere o mandato ad hoc ao seu defensor após a prolação da sentença, poupando, assim, ao máximo, dois níveis de processo (mais um eventual julgamento em prisão preventiva), destinados, eventualmente, a serem ultrapassados pelo recurso post-judicatum disponível. É também inegável, porém, que o mecanismo instituído é composto por três “tempos” (decisão sobre a restituição no prazo, decisão da Relação e recurso) e, ainda que permita (quando cumpridos os ónus probatórios impostos) uma restitutio in integrum, apresenta eventuais atritos com a eficiência, entendida em sentido lato, prosseguida pela reforma, e designadamente com a duração razoável<sup>70</sup>. Talvez, então, tivesse sido preferível renunciar ao mandato ad hoc e continuar a contar com a rescisão da sentença, como único remédio subsequente (sem distinção entre falta de pressupostos e “falta bem declarada”), reestruturado para o tornar definitivamente invulnerável no sistema multinível<sup>71</sup>.

#### 4. Considerações finais

Para concluir, algumas considerações sumárias sobre as vias de recurso pós-julgamento, em confronto com as indicações contidas na Lei n.º 134/2021 e com o “estatuto europeu” do julgamento à revelia.

O produto não parece ter concretizado integralmente as directivas contidas na lei habilitante.

<sup>70</sup> M. Chiavario, *Garanzie individuali ed efficienze del processo*, em CP 1998, p. 1516.

<sup>71</sup> J. Della Torre, *La crisi dell'appello*, cit., 39-40.

Para além das omissões explícitas assinaladas (como é o caso da não recolocação sistemática da rescisão da sentença) e dos espaços deixados em branco, o aumento numérico das vias de recurso e a sua expansão não são valores equivalentes.

Os instrumentos analisados estão todos sobrecarregados, de acordo com a lei escrita, com “ónus probatório”.

No que respeita, em particular, à rescisão da sentença, pergunta-se – sobretudo se não se concordar com a exegese acima proposta quanto à exclusão parcial do ónus da prova, que é significativa, ainda que não totalmente decisiva, para o grau de equilíbrio e desequilíbrio do recurso – se era mesmo inevitável manter o ónus<sup>72</sup>, ainda que delimitado, em vez de permitir a rescisão como um verdadeiro direito, à luz da sua reestruturação<sup>73</sup>.

Esta escolha não teria afetado a coerência do sistema nem prejudicado a eficácia prosseguida pela reforma.

A rescisão, no novo contexto, face aos pressupostos reformulados para proceder à ausência e de recorrer ao remédio, de facto, deveria constituir, mesmo numericamente, a última *ratio*. Precisamente por esta razão, poderia ter sido construída com um ónus para a autoridade, sem depender de interpretações pretorianas anteriores ou futuras.

O meio de recurso, tal como foi redesenhado, de lege data, só pode ser utilizado na hipótese de o processo ter sido instaurado na ausência dos pressupostos previstos no artigo 420-bis do CPP italiano, ou seja, naqueles casos em que o julgamento deveria “sem dúvida” ter ficado parado e, portanto, perante um erro genético, uma espécie de “pecado original”, raro se o sistema funcionasse correctamente<sup>74</sup>.

Os *conditores*, na sua tentativa espasmódica de impedir a regressão, insinuam, “transparentemente”, uma certa desconfiança em relação à construção que eles próprios conceberam.

Para a restituição no termo, não se pode deixar de recordar as perplexidades já expressas.

Por outro lado, as regras de ausência implicam uma obrigação geral do arguido de se manter informado sobre o seu processo e de manter o contacto com o seu defensor<sup>75</sup>. Revela também, no entanto, uma certa desconfiança em relação ao próprio arguido (e talvez também ao seu advogado).

72 A. Mangiaracina, *Alla ricerca di un nuovo statuto*, cit., p. 10. Cfr. B. Capparelli, *Profili riformatori del rito contumaciale nel quadro di riferimento costituzionale e sovranazionale*, disponível em: <<http://amsdottorato.unibo.it/8281/>>, último acesso em: 19 de agosto de 2023.

73 M. Gialuz, *Per un processo penale più efficiente*, cit., p. 37.

74 E. Guido, *La rescissione*, cit., p. 25.

75 A. Mangiaracina, *Giudizio in assenza: maggiori garanzie*, em PPG, 2022, p. 132.

Se é indubitável que, na prática, em alguns casos, mesmo que numericamente substanciais, se verificam comportamentos abusivos<sup>76</sup>, parece questionável que se tenha construído todo um sistema com base no receio de atitudes dilatórias.

O legislador<sup>77</sup> parece, por um lado, ter feito as escolhas descritas, tranquilizado pelas disposições modificadas em matéria de notificações<sup>78</sup> e pelos “novos” requisitos para o processo à revelia; por outro lado, parece ter sido guiado por intenções regressivas e efficientistas. Assim, não parece ter dado a devida importância ao facto de que – para além de viragens corajosas, como a de permitir o julgamento à revelia apenas quando a *vocatio in iudicium* é notificada na mão do próprio arguido – as disposições reformuladas não eliminam completamente a margem de avaliação por parte da autoridade judicial, a possibilidade de erros e a possibilidade de um julgamento ser realizado contra um arguido insuspeito. Perante isto, o único elemento que permite reequilibrar o sistema e torná-lo conforme ao “direito europeu” são as vias de recurso e, em particular, as vias *post-iudicatum* que deveriam permitir uma nova apreciação do mérito.

Perante disposições normativas que permitem o acesso a uma “nova determinação do mérito da acusação, tanto no que diz respeito ao direito como à matéria de facto”<sup>79</sup>, como exigido pelo Tribunal Europeu, apenas mediante o cumprimento de ónus demonstrativos e nunca como um “direito incondicional”<sup>80</sup> que conduza a um novo julgamento “automaticamente” ou “com suficiente certeza”<sup>81</sup>, subsistem dúvidas sobre a eficácia do recurso<sup>82</sup> e o risco de conflito com a jurisprudência de Estrasburgo<sup>83</sup>.

A avaliação é semelhante quando comparada com a redação do artigo 9 da Diretiva 2016/343/UE, de 9 de março de 2016. O “direito a um novo julgamento ou a outro recurso

76 P. Tonini, C. Conti, *Il tramonto della contumacia, l'alba radiosa della sospensione e le nubi dell'assenza "consapevole"*, em DPP 2014, p. 518.

77 M. Chiavario, *Una riforma inevitabile: ma basterà?*, em LP, 2005, p. 257.

78 D.lgs. n. 150/2022 na Gazzetta Ufficiale: <<https://www.gazzettaufficiale.it>>, último acesso: 19 de agosto de 2023.

79 F.R. Dinacci, *Le prospettive di riforma*, cit., p. 17.

80 C. eur., 10.11.2004, Sejdovic c. Italia, § 82; C. eur., 12.6.1985, Colozza c. Italia; C. eur., 16.10.2001, Ehinorone c. Francia, § 33; C. eur., 13.5.2001, Krombach c. Francia, § 85; Corte eur., 10.11.2004, Somogyi c. Italia, § 66 79 C. eur., 10.11.2004, Sejdovic c. Italia, § 38. Cfr. B. Capparelli, *Profili riformatori del rito contumaciale nel quadro di riferimento costituzionale e sovranazionale*, disponível em: <<http://amsdottorato.unibo.it/8281/>>, último acesso em: 19 de agosto de 2023.

81 C. eur., 10.11.2004, Sejdovic c. Italia, §§ 37 e 40; C. eur. GC, Sejdovic c. Italia, cit., §§ 101 e 104.

82 C. eur., 10.11.2004, Sejdovic c. Italia, § 31. Cfr. B. Capparelli, *Profili riformatori del rito contumaciale nel quadro di riferimento costituzionale e sovranazionale*, disponível em: <<http://amsdottorato.unibo.it/8281/>>, último acesso em: 19 de agosto de 2023.

83 M. Gialuz, sub art. 629-bis Cpp, cit., p. 2146. Contra: E. Guido, *La rescissione*, cit., 24. Cfr. B. Capparelli, *Profili riformatori del rito contumaciale nel quadro di riferimento costituzionale e sovranazionale*, disponível em: <<http://amsdottorato.unibo.it/8281/>>, último acesso em: 19 de agosto de 2023.



judicial” imposto por essa disposição é também incondicional<sup>84</sup>. O recurso só pode ser negado, tal como clarificado pela jurisprudência do Tribunal do Luxemburgo, se o arguido tiver “voluntariamente fugido à justiça”<sup>85</sup>.

Por isso, há que reiterar as observações feitas acima quanto às opções alternativas possíveis e criticar um legislador que, por vezes, tende a contentar-se com a jurisprudência anterior, limitando-se a aceitá-la acriticamente, e que, outras vezes, não a acolhe integralmente, deixando, como já aconteceu no caso em apreço, outras escolhas para futuras intervenções pretorias<sup>86</sup>, que são, por natureza, “variáveis”<sup>87</sup>.

84 F. Alonzi, *La Direttiva UE sul diritto dell'imputato di partecipare al giudizio e la disciplina italiana sul processo in absentia*, em <[www.laegislazionepenale.eu](http://www.laegislazionepenale.eu)>, último acesso: 19 de agosto de 2023, 21.9.2016, 29.

85 C.G.U.E, 19.5.2022, C-569/20.

86 S. Quattrococo, *Assenza e irreperibilità*, cit., p. 56. Cfr. B. Capparelli, *Profili riformatori del rito contumaciale nel quadro di riferimento costituzionale e sovranazionale*, disponível em: <<http://amsdottorato.unibo.it/8281/>>, último acesso em: 19 de agosto de 2023.

87 F. Peroni, *Sul controverso confine tra incidente d'esecuzione e rescissione del giudicato*, em <[www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it)>, 19 de agosto de 2023, 2/2021, p. 12.



# Breve análise da procuradoria europeia: impacto na investigação criminal preliminar da Espanha e Finlândia

Summary analysis of the european public prosecutor's office: impact on preliminary criminal investigation in Spain and Finland

WILSON PAESE<sup>1</sup>

wpaease@gmail.com

---

**GALILEU - REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA** · e-ISSN 2184-1845  
Volume XXIV · 1<sup>st</sup> January Janeiro - 31<sup>st</sup> December Dezembro 2023 · pp. 197-208  
DOI: <https://doi.org/10.26619/2184-1845.XXIV.1/2.11>  
Submitted on March 19<sup>th</sup>, 2023 · Accepted on May 31<sup>st</sup>, 2023  
Submetido em 19 de Março, 2023 · Aceite a 31 de Maio, 2023

---

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Percurso da Procuradoria Europeia. 2. Impacto nos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros. 2.1. Espanha; 2.2. Finlândia. Considerações finais

**PALAVRAS-CHAVE:** Procurador Europeu (EPPO); investigação criminal; impacto nas ordens legais dos Estados-Membros; Espanha e Finlândia.

**SUMMARY:** Introduction. 1. History of the European Public Prosecutor's Office. 2. Impact on the legal systems of the Member States. 2.1. Spain; 2.2. Finland. Final considerations

**KEYWORDS:** European Prosecutor (EPPO); criminal investigation; impact on the legal orders of Member States; Spain and Finland.

## Introdução

A União Europeia (UE), visando proteger seus interesses financeiros, tema que lhe é mais caro e primordial para sua existência, criou uma ampla casta de bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, sob o argumento de maior eficácia e eficiência protetiva, sem esgrimir as mesmas preocupações com os direitos fundamentais e a soberania dos Estados-Membros, tão presentes nas situações que envolvem infrações penais sem viés econômico-financeiro.

---

1 Aluno do Mestrado em Direito, Ciências Jurídico-Policiais na Universidade Autónoma de Lisboa.

Avançando na escalada, recentemente a UE engendrou um órgão persecutório nitidamente próprio de uma federação: a Procuradoria Europeia. A razão que permeia a criação é, em síntese, ultrapassar a diversidade e a morosidade das barreiras processuais criminais dos sistemas jurídicos dos Estados-Membros, relacionadas com a colheita de provas e demais atos de persecução de ilícitos que vilipendiam seus recursos financeiros.

O fato leva a questionar se a investigação criminal transnacional na UE é suficiente célere para atingir resultados úteis, como pretende fazer crer, ao referir sobre instrumentos persecutórios desenvolvidos<sup>2</sup> e em vias de serem implementados.<sup>3</sup>

Portanto, as soluções concebidas a partir dos *princípios do reconhecimento mútuo e da confiança mútua e a execução das decisões judiciais* não parecem satisfatórias para conter as fraudes financeiras e demais delitos conexos que sangram os cofres da UE.

Todavia, a maneira como a Procuradoria Europeia foi moldada, atribuindo poderes oficiais de investigação e acusação ao Procurador Europeu, vai de encontro aos sistemas de persecução penal de alguns Estados-Membros aderentes a criação do organismo, dentre eles, a Espanha e a Finlândia, sendo pertinente verificar os efeitos que a transposição ocasionou no sistema doméstico destes países.

## 1. Percurso da Procuradoria Europeia

Embrionário do trabalho dirigido por Mireille Delmas-Marty, no documento intitulado *Corpus Juris*, a previsão de criação de uma Procuradoria Europeia tem acento no Art. 86 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).<sup>4</sup> No ano de 2013, a Comissão Europeia apresentou proposta de Regulamento visando instituir a Procuradoria Europeia.<sup>5</sup> As discussões prosseguiram, sem sucesso, até o ano de 2017, vez que sem aceitação unânime do Conselho.

Para contornar o empecilho, utilizou-se do estratagema da cooperação reforçada prevista na parte final do Art. 81.1 do TFUE.<sup>6</sup> Com a subscrição inicial (notificação do desejo à Comissão, Conselho e Parlamento) de 16 (dezesseis) Estados-Membros foi ultrapassado o número mínimo exigido (nove Membros), resultando na criação da Procuradoria Europeia,

2 *u.g.* Diretiva 2014/41/UE relativa à decisão europeia de investigação em matéria penal (DEI).

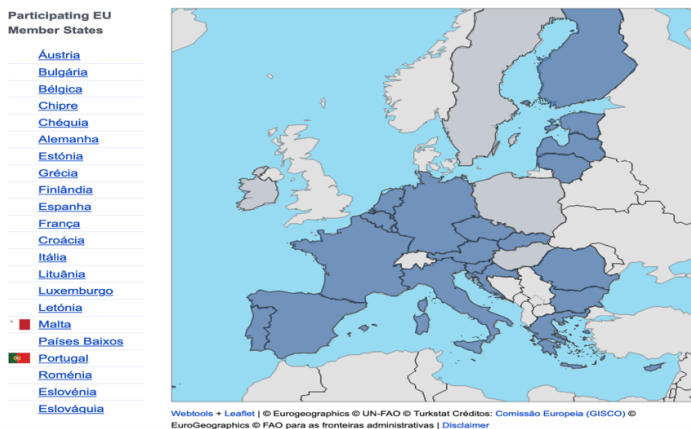
3 *u.g.* Proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece normas harmonizadas aplicáveis à designação de representantes legais para efeitos de recolha de provas em processo penal – COM(2018) 226 final – 2018/0107 (COD) e Proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo às ordens europeias de entrega e conservação de provas eletrônicas em matéria penal (*eEvidence*) – COM(2018) 225 final – 2018/0108 (COD).

4 TFUE (2012/C 326/01), de 26/10/2012.

5 Proposta de Regulamento do Conselho que institui a Procuradoria Europeia. COM(2013) 534 final.

6 O trâmite completo do processo que redundou na criação da Procuradoria Europeia pode ser conferido em: <https://bit.ly/3w9PLID>.

materializada no Regulamento (UE) 2017/1939 DO CONSELHO de 12 de outubro de 2017 que dá execução a uma cooperação reforçada para a instituição da Procuradoria Europeia, aprovado pelo Parlamento Europeu em 5/10/2017. Atualmente, 22 (vinte e dois) Estados-Membros aderiram a criação da Procuradoria Europeia, estando, obviamente, sujeitos as prescrições normativas inerentes.<sup>7</sup> São eles:



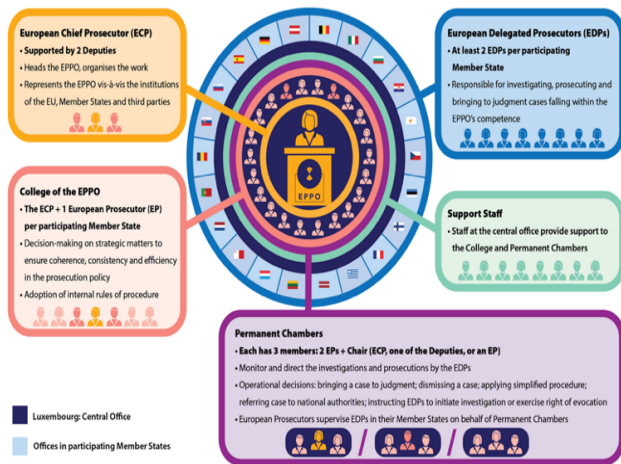
Efetivamente a Procuradoria Europeia iniciou suas atividades no dia 1/6/2021,<sup>8</sup> com o objetivo inicial de investigar e promover a ação penal de delitos relativos à fraude lesiva a interesses financeiros na UE, melhor especificados na Diretiva PIF,<sup>9</sup> consoante remete o Art. 22 do Regulamento-UE 2017/1939.

Dotada de independência orgânica e funcional, além de personalidade jurídica transnacional, a estrutura da Procuradoria Europeia está dividida em níveis central e descentralizado. O nível central é constituído pela pessoa do Procurador-Geral Europeu e seus dois adjuntos, pelos Procuradores Europeus, pelos Colégios, pelas Câmaras Permanentes e pelo pessoal administrativo chefiado pelo Diretor. O nível descentralizado é representado por procuradores delegados europeus, que é constituído de pessoal do próprio Estado-Membro. Abaixo, os esquemas ilustram a estrutura da Procuradoria Europeia:

7 Hungria, Polônia e Suécia não participam, estando desobrigadas de criar a Procuradoria Europeia. Dinamarca e Irlanda não participam do Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça e não adotaram a figura do Procurador Europeu.

8 De acordo com Relatório da Comissão Europeia [COM(2021) 536 final], inobstante o prazo para transposição da Diretiva tenha expirado no dia 6 de julho de 2019, somente em abril de 2021 todos os Estados-Membros comunicaram a plena transposição para o direito nacional.

9 Diretiva (UE) 2017/1371, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de julho de 2017, relativa à luta contra a fraude lesiva dos interesses financeiros da União através do direito penal.



Imagens: <https://www.eppo.europa.eu/pt/estrutura-e-caracteristicas>

## 2. Impacto nos Estados-Membros

Como se percebe a Procuradoria Europeia tem estrutura descentralizada, mas organizada a nível europeu e nacional.

O que nos interessa, para o escopo do trabalho é o nível nacional, composto de pelo menos 2 (dois) procuradores europeus delegados. Dos componentes desta entidade supranacional, são eles que operacionalizam as atividades de conduzir as investigações e promover a ação penal quando for o caso, em que pese as Câmaras Permanentes possam assumir a direção, supervisão e coordenação das investigações.

Pois bem. Ao apresentar a sua proposta, a Comissão teve de lidar com três desafios principais (MITSILEGAS, 2022):

- (a) a relação entre os poderes da UE e os poderes nacionais de investigação e julgamento (a questão da soberania);
- (b) a relação entre o direito da UE e os sistemas nacionais de justiça penal (a questão da diversidade jurídica cultural/legal); e**
- (c) e o impacto da europeização das investigações e processos nos indivíduos afetados (a questão dos direitos humanos).

Com relação ao item “b”, escopo do trabalho, a Procuradoria Europeia optou pelo modelo de persecução penal do acusador-investigador, presente na maioria dos seus Estados-Membros. Em outras palavras, um mesmo agente/órgão oficial acumula as funções de investigar e de acusar. E como eles atuam nas jurisdições nacionais em nome da Procuradoria Europeia, cada ordenamento jurídico doméstico precisou adotar um quadro processual específico, com os contornos dados pelo Regulamento supracitado.

Ocorre que parte dos Estados-Membros concordantes com a criação da Procuradoria Europeia segue tradição jurídica na qual a função de investigar é atribuída a agente/ente oficial diverso daquele incumbido de acusar, resultando num choque entre os princípios jurídicos domésticos e os que acompanham a figura do Procurador Europeu.<sup>10</sup> Para estes Estados-Membros, o impacto foi significativamente maior.

Some-se a isso, o fato de que a Procuradoria Europeia depende largamente das estruturas e recursos humanos existentes nos Estados-Membros (embora também dependa de órgãos da UE, *v.g. Europol, Eurojust e OLAF*).

10 Para estes sistemas processuais, o Considerando n.º 15 do Regulamento (EU) 2017/1939 parece incoerente: “O presente regulamento em nada prejudica os sistemas nacionais dos Estados-Membros no que diz respeito ao modo de organização das investigações criminais.”

De maneira representativa, passamos a análise dos casos da Espanha e Finlândia que se enquadram no problema levantado.<sup>11</sup>

## 2.1. Espanha

A Espanha adota, por excelência, a figura do juiz de instrução, o qual recebe a incumbência de investigar as infrações penais, por meio da direção da polícia judiciária.<sup>12</sup> Nesta primeira fase do processo penal de rito ordinário,<sup>13</sup> denominada *sumario*,<sup>14</sup> <sup>15</sup> remanesce ao acusador [*ministerio fiscal* ou *penas fiscal*]<sup>16</sup> a missão de inspecionar a regularidade das atuações que vierem a ser desenvolvidas (DEU, 2002, p. 196; BRUN, 2008, p. 67).<sup>17</sup>

Por isso, a implantação da Procuradoria Europeia exigiu a criação de uma espécie de processo alternativo a instrução judicial, a fim de atribuir ao procurador a competência para conduzir a investigação criminal, bem como introduzindo uma categoria de juiz de garantias para velar pela salvaguarda dos direitos fundamentais. (JIMÉNEZ, 2021).

A *Ley Orgánica 9/21, de 1 de julio*, em sintonia com o Regulamento da Procuradoria Europeia, implementa esse microsistema processual, promovendo também ajustes pertinentes nas LECrim, LOPJ e LOMF,<sup>18</sup> inclusive dotando o procurador europeu de poderes para encerrar a investigação ou solicitar a abertura do juízo oral.<sup>19,20</sup> Além disso,

11 Pela limitação do trabalho foi escolhido um sistema criminal confiando a investigação a polícia (Finlândia) e outro ao juiz instrutor (Espanha). Mas, na mesma situação da Espanha, pode ser citado o caso da França, que para contornar o choque com seu sistema jurídico doméstico, além de conferir ao Procurador Europeu os poderes do juiz de instrução [*judge d'instruction*], também o imunizou hierárquica [fora do alcance do Ministério da Justiça] e disciplinarmente. Vide: *LOI n° 2020-1672 du 24 décembre 2020 relative au Parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée* [Arts. 1° a 5°].

12 Conforme dispõe o Art. 87 da *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial* (LOPJ) e Art. 303 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (LECrím). Há parcela da doutrina que na fase de averiguação do crime quer diferenciar *investigación de instrucción*, ao apontar que a primeira tarefa seria de incumbência do *fiscal* enquanto a segunda poderia ser atribuída ao juiz instrutor. Colomer (2020, p. 215), diz que se trata de *diferenciación artificial* por duas razões. A primeira decorre do fato de que quem investiga é a polícia; segundo que investigar e instruir são sinônimos.

13 No procedimento ordinário, destinado a crimes com pena superior a 9 (nove) anos, o *sumario* integra o processo penal espanhol na fase que antecede a acusação. Assim ensinam Soler; González; Brun (2006, p. 201): "El proceso penal inicia su actividad con la recepción o conocimiento de la *notitia criminis* por parte del Juez instructor." E o ato de receber o *sumario* pelo juiz de instrução, ante a existência de indícios da prática delitiva, é denominado de *auto de incoación del sumario*." (INCHAUSTI, 2020, p. 120).

14 A definição do *sumario* está prevista no Art. 299 da LECrim: "Constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos."

15 No *procedimiento abreviado* recebe o nome de *diligencias previas* (INCHAUSTI, 2020, p. 120).

16 O acusador não pertence ao Poder Judiciário, mantendo dependência orgânica com o Poder Executivo. Internamente, os membros estão sujeitos a ordens e instruções dos superiores no desempenho dos seus misteres, o que afasta a independência funcional (PASTOR; MARQUES; AZEVEDO, 2014).

17 Art. 306 da LECrim.

18 *Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal* (Ley 50/1981, de 30 de diciembre).

19 Art. 109, "a" e "c" da LO 9/21.

20 Poderes tipicamente do juiz de instrução na Espanha.



nos processos de competência da Procuradoria Europeia, foi extirpada a possibilidade de acusação popular, em que pese o direito subjetivo tenha amparo constitucional e alargado espectro de incidência.<sup>21</sup>

Por último, os procuradores europeus delegados contam, dentre outros, com a polícia judicial para cumprir as diligências que determinarem, sem que, contudo, possam dar ordens aos membros do *ministerio fiscal*.<sup>22</sup>

## 2.2. Finlândia

A Finlândia, com tradição na *civil law* (TALA, 2020, p. 167), também mantém rígida separação entre os papéis de investigar e acusar, cabendo a polícia de investigação [diversa daquela de segurança preventiva]<sup>23</sup> a primeira função e ao ministério público a segunda.<sup>24 25</sup>

Ademais, as investigações criminais preliminares [*Esitutkinta*], especialmente as mais complexas, são conduzidas por policiais com curso superior de direito.<sup>26</sup> A polícia representa diretamente aos juízes pleiteando medidas coercitivas que afetem direitos fundamentais dos investigados no interesse da apuração da infração penal.<sup>27</sup>

Destaque-se que até 1996 a Polícia concentrava, na área rural, a função de investigar e acusar (JANSSON, 2016).

Hodiernamente, caso a polícia conclua que um crime não foi praticado ou não seja possível imputar a infração penal a alguém, fica dispensada a apresentação do caso para apreciação do acusador.<sup>28</sup>

No desempenho das suas funções de investigar, a Polícia tem a obrigação de colher tanto elementos favoráveis quanto desfavoráveis ao suspeito. Ao passo que o acusador assume a função de parte (TOLVANEN, 2012).

.....  
21 Art. 125 da Constituição Espanhola.

22 Art. 5.3 da LO 9/21.

23 Na legislação, confira-se o Capítulo 2, §1º da Lei de Investigação Preliminar [*Esitutkintalaki*, 805/2011, tradução nossa], *verbis*: “A investigação criminal é conduzida por uma polícia diferente da polícia de segurança.”

24 C.f. Joutsen; Lahti; Pölonen (2001, p. 10): “The police acts independently of other officials. This means that only the police are responsible for investigating the crime – the Public Prosecutor, for instance, does not formally lead the investigations (except for cases when a police officer is suspected of a crime).” O próprio acusador finlandês (*Syyttäjä*), no seu sítio eletrônico, afirma que não é o responsável pela investigação criminal preliminar: “The prosecutor is not a pre-trial investigation authority.” Por fim, o Ministério da Justiça Finlandês traz as mesmas informações: “The criminal procedure consists of several stages. If there is, on the basis of a report made to the police or otherwise, reason to suspect that an offence has been committed, the police or another criminal investigation authority (the Finnish Border Guard, Finnish Customs) must first conduct a criminal investigation.”

25 A única exceção, admitindo que o acusador oficial lidera a investigação, diz respeito aos delitos cometidos por policiais, conforme prevê o §4 do Capítulo 2 da *Esitutkintalaki*.

26 Jansson (2016, p. 128).

27 Consultar a Lei de Medidas Coercitivas 806/2011 [*Pakkokeinolaki*].

28 Capítulo 10, §2º da Lei de Investigação Preliminar 805/2011 [*Esitutkintalaki*].

De qualquer maneira, a atuação da polícia e do acusador é de cooperação,<sup>29</sup> sendo possível a este último, ao receber o resultado da investigação criminal conduzida pela polícia, requisitar diligências que reputa necessárias para decidir se promove ou não a acusação.

Assim como é comum dos sistemas da *civil law*, o resultado da investigação criminal preliminar é vertido num relatório descrevendo todas as medidas encetadas e os elementos colhidos, permitindo que as partes se manifestem sobre o material acumulado durante a investigação, antes da conclusão desta etapa.

Nesse cenário, é possível imaginar a repercussão da criação da Procuradoria Europeia no país. Durante as negociações que levaram a criação da Procuradoria Europeia, a Finlândia externou suas preocupações quanto aos impactos que seriam gerados no desenho processual penal que adota, notadamente quanto ao líder da investigação criminal preliminar. Por isso, pugnou que, no ponto, a redação da Resolução respeitasse a premissa elementar de respeito as tradições jurídicas de cada Estado-Membro.<sup>30</sup>

De fato, ao final das negociações, os Arts. 12.1 e 13.1 da Resolução do EPPO, passaram a utilizar o vocábulo “responsável” pelas investigações, ao revés de “chefe” da investigação.

Diante disso, a Finlândia considerou que a recepção do EPPO não comprometeria a integridade da sua investigação criminal preliminar.

Após aderir a criação do EPPO, promoveu singela modificação da sua legislação interna, por meio da *Lei sobre a participação da Finlândia nas atividades da Procuradoria Europeia (EPPO)* [*Laki Suomen osallistumisesta Euroopan syyttäjänviraston (EPPO) toimintaan*].

No que interessa a pesquisa, o §5 do referido diploma legal, dispôs que ao procurador europeu e ao procurador europeu delegado ficam assegurados os poderes contidos no Regulamento EPPO e os prescritos ao acusador oficial finlandês.

Além disso, a Lei de Investigação criminal finlandesa passou a prever que a polícia deve comunicar a existência de investigação de competência da Procuradoria Europeia.<sup>31</sup>

Embora louvável o malabarismo linguístico do Governo da Finlândia, objetivando preservar incólume seu sistema processual penal na etapa da investigação criminal preliminar,<sup>32</sup> há certa dificuldade prática em negar que nos casos de competência da Procuraria Europeia, o chefe da investigação seja o procurador europeu delegado.

29 Ver: Lei da Polícia 872/2011 [Poliisilaki]. A respeito da cooperação entre as policias encarregadas da investigação criminal, consultar: Lei 687/2009 [Laki poliisiin, Tullin ja Rajavartiolaitoksen yhteistoiminnasta].

30 LaVL 23/2013 vp – U 64/2013 vp.

31 §1 do Capítulo 5 do *Esitutkintalaki* (805/2011).

32 Na exposição de motivos que acompanha o projeto enviado ao parlamento (HE 184/2020 vp), posteriormente convertido na Lei que transpôs o EPPO no ordenamento nacional, reafirma-se que o procurador europeu não dirigirá a investigação criminal pré-acusatória, salvo se envolver um policial.

Nesse sentido, basta observar o Art. 28 do Regulamento EPPO, que trata da *condução da investigação*. Como não considerar o Procurador presidente da investigação, quando é ele quem dita as diligências a serem cumpridas, restando a polícia tão somente executá-la?

Destarte, ainda que não admita, a Finlândia, tal qual a Espanha, passa a contar com um microsistema de investigação criminal preliminar que se choca frontalmente com os princípios conformadores da sua persecução penal.

## Considerações finais

Delmas-Marty cunhou a expressão *hibridizada*, numa acepção negativa, para se referir a cortes internacionais com arranjos processuais que misturam ingredientes da *common law* e da *civil law*,<sup>33</sup> – tradições jurídicas díspares –, para incrementar os fins da justiça.

Paradoxalmente, como referido, foi justamente Delmas-Marty a principal responsável por delinear os contornos da atual Procuradoria Europeia, cujo microsistema necessário para a implantação do EPPO nos países que não adotam a figura do acusador oficial-investigador, funciona, em paralelo com a biologia, como uma *espécie exótica invasora*.

Na biologia, as espécies exóticas invasoras, aos serem introduzidas de forma acidental ou intencional em meio diversos daquele que pertencem, passam a se adaptar ao mesmo e colonizá-lo. O fenômeno, segundo o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) é uma das principais causas de perda de biodiversidade no mundo, colocando em risco a vida na Terra.<sup>34</sup>

A potencialidade da Procuradoria Europeia vir a colonizar os sistemas processuais penais que separam as funções de investigar e acusar a órgãos de instituições diferentes, é, conforme visto, enorme. Observe-se, ademais, que a eleição de um procurador europeu, simultaneamente investigador e acusador, foi pautada em atender o modelo prevalente nos Estados-Membros.

Ora, assim como vozes europeias há muito criticam a americanização do processo penal, é preciso tomar cuidado para evitar a europeização da persecução penal quanto aos poderes atribuídos ao acusador oficial, sob a justificativa de alcançar maior eficiência e eficácia.

33 Vários juristas tem atribuído o fenômeno também a Corte Europeia de Direitos Humanos que, por meio da sua jurisprudência, em especial sobre a paridade de armas e o processo contraditório, vem moldando um *tertium genus*, muito além da simples transposição de institutos de culturas diversas, ocasionando a transformação tanto do sistema da *common law* quanto da *civil law* (JACKSON, 2008). Confira-se também: Inchausti (2011).

34 As 100 (cem) piores espécies exóticas invasoras podem ser conferidas no sítio da IUCN (*The World Conservation Union*).

Sklansky (2009, p. 1667, tradução nossa), professor de direito em Stanford e especialista do tema na área criminal, adverte que: “[...] os reformadores legais devem proceder com humildade, respeitando a ecologia interna de seu sistema; caso contrário, eles podem causar grandes danos e, na melhor das hipóteses, tornar-se-ão ineficazes.”

A reflexão do recorte é salutar, vez que a adoção do modelo do investigador-acusador está longe de ser pacífico, enfrentando severas críticas na doutrina e oposição no direito comparado.<sup>35</sup>

Por último, convém ampliar as perspectivas do precedente criado, relativo a adoção de uma persecução penal preliminar com supedâneo na realidade da maioria dos Estados-Membros. Franqueado o uso desta metodologia, abre-se espaço para discutir a implantação universal da, i.e., justiça negociada na esfera penal doméstica dos Estados-Membros, instituto majoritariamente rejeitado em Portugal.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOVINO, Alberto. *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1998.
- BRUN, Iñaki Riaño. *La instrucción Criminal en el Proceso Penal*. 1. ed. Navarra (ES): Thomson Aranzadi, 2008.
- CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el Proceso Penal*. 2. ed. Buenos Aires: Librería El Foro, 1994.
- COLOMER, Juan-Luis Gómez. *La contracción del derecho procesal penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 2020.
- COMISSÃO EUROPEIA. *Proposta de Regulamento do Conselho que institui a Procuradoria Europeia*, de 17 de julho de 2013. COM(2013) 534 final. Disponível em: <https://bit.ly/3WuvvUB>. Acesso em: 2 de dez. de 2022.
- COMISSÃO EUROPEIA. *Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre a aplicação da Diretiva (UE) 2017/1371 do Parlamento Europeu e do Conselho de 5 de julho de 2017 relativa à luta contra a fraude lesiva dos interesses financeiros da União através do direito penal*, de 6 de setembro de 2021. COM(2021) 536 final. Disponível em: <https://bit.ly/3uktPjz>. Acesso em: 23 de nov. 2022.
- CONSELHO EUROPEU. *Regulamento (UE) 2017/1939*, de 12 de outubro de 2017 que dá execução a uma cooperação reforçada para a instituição da Procuradoria Europeia. Disponível em: <https://bit.ly/3GLCnFH>. Acesso em: 2 de dez. 2022.

35 Carnelutti (1994, p. 221, grifo nosso) é enfático: “Si hay una figura ambigua en el proceso, civil y I penal, es el ministerio público. Cuando comencé a ocuparme de él, en los primeros intentos de sistematización del derecho procesal, su ambigüedad me impresionó a tal punto, que me venía a la mente la cuadratura del círculo: ¿no es como reducir un círculo a un cuadrado, construir una parte imparcial? Goldschmidt (1935, p. 29) segue o mesmo entendimento: “[...] esta exigencia de imparcialidad, dirigida a una parte acusadora, cae en el mismo error psicológico que ha desacreditado al proceso inquisitivo.” BOVINO (1998, p. 36-39), com percuciência ímpar, clarifica que uma das heranças mais importantes e persistentes que a inquisição legou ao processo penal europeu foi, indubitavelmente, a ficção que o acusador pode atuar de modo neutro, imparcial e objetivo, orientado a, *pari passu*, proteger os interesses dos membros da comunidade e respeitar os legítimos direitos daquele submetido a persecução penal. No plano ontológico, a incoerência de uma *parte imparcial* derrui a própria essência do apregoadado sistema acusatório, haja vista que seu escorreito funcionamento pressupõe partes parciais em confronto perante um juiz imparcial (LOPES JÚNIOR, 2001, p. 84).

- DEU, Teresa Armenta. El Fiscal Instructor, ¿es necesario? *Cuadernos de Derecho Público*, Madrid, n. 16, p. 191-222, 2002. Disponível em: <https://bit.ly/3koDfsh>. Acesso em: 3 de dez. 2022.
- ESPANHA. *Constitución Española*. Disponível em: <https://bit.ly/2HaLiFt>. Acesso em: 1 dez. 2022.
- ESPANHA. *Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim)*. Disponível em: <https://bit.ly/3XjLVyM>. Acesso em: 1 de dez. 2022.
- ESPANHA. *Ley 50/1981*, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Disponível em: <https://bit.ly/3kpciVH>. Acesso em: 1 de dez. 2022.
- ESPANHA. *Ley Orgánica 6/1985*, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ). Disponível em: <https://bit.ly/3XiPmWE>. Acesso em: 25 de nov. 2022.
- ESPANHA. *Ley Orgánica 9/2021*, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea. Disponível em: <https://bit.ly/3kp2ECs>. Acesso em: 30 de nov. 2022.
- FINLÂNDIA. *Laki poliisin, Tullin ja Rajavartiolaitoksen yhteistoiminnasta* (11.9.2009/687). Disponível em: <https://bit.ly/3IX4sg6>. Acesso em: 30 de nov. 2022.
- FINLÂNDIA. *Esituskintalaki* (22.7.2011/805). Disponível em: <https://bit.ly/3ITu25w>. Acesso em: 28 de nov. 2022.
- FINLÂNDIA. *Poliisilaki* (22.7.2011/872). Disponível em: <https://bit.ly/3WcKBN3>. Acesso em: 29 de nov. 2022.
- FINLÂNDIA. *Pakkokeinolaki* (22.7.2011/806). Disponível em: <https://bit.ly/3Hcx7fS>. Acesso em: 27 de nov. 2022.
- FINLÂNDIA. *Eduskunta Riksdagen. Lakivaliokunnan Lausunto 23/2013 vp* (U 64/2013 vp). Disponível em: <https://bit.ly/3GQLl4u>. Acesso em: 26 de nov. 2022.
- FINLÂNDIA. *Eduskunta Riksdagen. Asian käsittelytiedot HE 184/2020 vp*. Disponível em: <https://bit.ly/3uHj1fD>. Acesso em: 27 de nov. 2022.
- FINLÂNDIA. *Laki Suomen osallistumisesta Euroopan syyttäjänviraston (EPPO) toimintaan* (15.1.2021/66). Disponível em: <https://bit.ly/3WgvUZd>. Acesso em: 30 de nov. 2022.
- FINLÂNDIA. *Ministry of Justice. Criminal Procedure*. Disponível em: <https://bit.ly/3iKQXp6>. Acesso em: 1 de dez. 2022.
- FINLÂNDIA. *National Prosecution Authority. Pre-trial investigation*. Disponível em: <https://bit.ly/3CWCuo2>. Acesso em: 30 de nov. 2022.
- FRANÇA. *LOI n° 2020-1672 du 24 décembre 2020 relative au Parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée*. Disponível em: <https://bit.ly/3EXXWdc>. Acesso em: 10 de dez. 2022.
- GOLDSCHMIDT, James. *Princípios gerais do processo penal*: conferências proferidas na Universidade de Madrid nos meses de dezembro de 1934 e de janeiro, fevereiro e março de 1935. Belo Horizonte: Lider, 2002.
- HERRNFELD, Hans-Holger (Ed.); BRODOWSKI, Dominik (Ed.); BURCHARD, Christoph (Ed.). *European Public Prosecutor's Office: Article-by-Article Commentary*. 1. ed. London: Beck/Hart, 2020.
- INCHAUSTI, Fernando Gascón. *Derecho Procesal Penal*: materiales para el estudio. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3ho588z>. Acesso em: 27 de nov. 2022.
- JACKSON, John. *Transnational faces of justice: two attempts to build common standards beyond national boundaries*. In: \_\_\_\_\_; LANGER, Máximo; TILLERS, Peter (Ed.). *Crime, procedure and evidence in a comparative and international context: essays in honour of professor Mirjan Damaska*. Portland: Hart, 2008, p. 221-250.
- JANSSON, Julia Andrea. *Drawing the line between the prosecutor and the police in Finland – Two hundred years of search for best practices*. *Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland*, v. 152(1-2), p. 112-136, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3XyXOke>. Acesso em: 30 de nov. 2022.
- JIMÉNEZ, José Martínez. *Derecho Procesal Penal*. 4. ed. Atual. Madrid: Tecnos, 2021. E-book.

- JOUTSEN, Matti; LAHTI, Raimo; PÖLÖNEN Pasi. *Criminal Justice Systems in Europe and North America: Finland*. Helsinki: 2001.
- LOPES JR., Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- LOWE, S.; BROWNE M.; BOUDJELAS S.; DE POORTER M. 100 of the World's Worst Invasive Alien Species A selection from the *Global Invasive Species Database*, 2004, IUCN (The World Conservation Union). Disponível em: <https://bit.ly/3WkK7o1>. Acesso em: 2 de dez. 2022.
- MITSILEGAS, Valsamis. *EU Criminal Law*. 2. ed. Oxford: Hart Publishing, 2022.
- PARLAMENTO EUROPEU E O CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva (UE) 2014/41*, de 3 de abril de 2014 relativa à decisão europeia de investigação em matéria penal. Disponível em: <https://bit.ly/3VyidPK>. Acesso em: 28 de nov. 2022.
- PARLAMENTO EUROPEU E O CONSELHO. *Diretiva (UE) 2017/1371*, de 5 de julho de 2017 relativa à luta contra a fraude lesiva dos interesses financeiros da União através do direito penal. Disponível em: <https://bit.ly/3ZLjYBB>. Acesso em: 28 de nov. 2022.
- PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO. *Proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo às ordens europeias de entrega e conservação de provas eletrônicas em matéria penal – COM(2018) 225 final – 2018/0108 (COD)*, de 17/04/2018. Disponível em: <https://bit.ly/3vGI9nz>. Acesso em: 26 de jan. 2023.
- PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO. *Proposta de diretiva do parlamento europeu e do conselho que estabelece normas harmonizadas aplicáveis à designação de representantes legais para efeitos de recolha de provas em processo pena – COM(2018) 226 final – 2018/0107 (COD)*, de 17/04/2018. Disponível em: <https://bit.ly/3YbR3EV>. Acesso em: 28 de jul. 2022.
- PASTOR, José Martín; MARQUES, Pedro Garcia; AZEVEDO, Luís Eloy. *O Ministério Público na Europa*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2014.
- SKLANSKY, David Alan. Anti-Inquisitorialism. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 122, n. 6, p. 1634-1704, apr. 2009.
- SOLER, José María Rifá; GONZÁLEZ, Manuel Richard; BRUN, Iñaki Riaño. *Derecho Procesal Penal*. Pamplona (ES): Instituto Navarro de Administración Pública, 2006.
- TALA, Jyrki. Legislation in Finland. In: KARPEN, Ulrich (Ed.); XANTHAKI, Helen (Ed.). *Legislation in Europe: a country by country guide*. Oxford: Hart. 2020. p. 167-179.
- TOLVANEN, Matti J. Effective Defence Rights in the Finnish Criminal Procedure. SSRN. University of Eastern Finland Legal Studies Research Paper n. 4, January 16, 2012. Disponível em: <https://bit.ly/3ZGSAEU>. Acesso em: 2 dez. 2022.
- UNIÃO EUROPEIA. *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (versão consolidada)*. (2016/C 202/01). Disponível em: <https://bit.ly/3kj8cye>. Acesso em: 24 de nov. 2022.

# O sistema europeu de supervisão financeira – algumas questões de governance numa “rede poliárquica” de decisão

The European system of financial supervision – some governance issues in a “polyarchical network” of decision-making

LUÍS GUILHERME CATARINO<sup>1</sup>

---

GALILEU – REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA · e-ISSN 2184-1845

Volume XXIV · 1<sup>st</sup> January Janeiro – 31<sup>st</sup> December Dezembro 2023 · pp. 209-234

DOI: <https://doi.org/10.26619/2184-1845.XXIV.1/2.12>

Submitted on August 24<sup>th</sup>, 2023 · Accepted on October 31<sup>st</sup>, 2023

Submetido em 24 de Agosto, 2023 · Aceite a 31 de Outubro, 2023

---

**RESUMO:** O presente artigo analisa algumas das questões que têm vindo a ser colocadas ao nível da experimental *governance* do Sistema Europeu de Supervisão Financeira criado em 2009. As suas características e a profunda inovação do procedimento de *decision* e de *rule-making* – funcionamento “em rede” num sistema multinível que abrange as instituições da União e dos Estados-membros –, tornam a *governance* deste sistema social um case study da nova arquitetura institucional europeia. A sua autonomia conjuga-se com uma “condenação à cooperação” com outros entes do sistema, mas de nível nacional. A atribuição dinâmica de competências às autoridades que o compõem, a plasticidade da sua conduta, a aproximação aos sistemas poliárquicos de deliberação – com procedimentos híbridos de decisão unilateral típicos de uma “quase-hierarquia” –, caracterizam um experimentalismo que, mimetizado de outros domínios sociais, é aplicado ao direito da regulação. Salientamos aqui alguns aspetos da governação experimental “responsiva” decorrente da tentativa, revisão e aprendizagem, baseada em instrumentos híbridos como a “cripto-legislação” aceite pelo TJUE.

**PALAVRA-CHAVE:** *governance*; sistema multinível; cooperação; regulação;

---

1 Doutor em Direito, Professor Convidado ISCTE-IUL, Assessor Jurídico CMVM. As opiniões e juízos formulados são naturalmente pessoais e apenas imputáveis ao autor. O texto corresponde à intervenção no Congresso sobre *Governance, Ethics and Compliance*, da Universidade Autónoma de Lisboa em cooperação com European University Viadrina Frankfurt.

**ABSTRACT:** This article analyses some of the issues that have been raised regarding the experimental governance of the European System of Financial Supervision created in 2009. Its characteristics and the profound innovation of the decision-making and rule-making procedure – functioning “in a network” in a multi-level system that encompasses the institutions of the Union and the Member States – make the governance of this social system a case study of the new European institutional architecture. Its autonomy is combined with a “condemnation to cooperation” with other entities of the system, but at national level. The dynamic attribution of powers to the authorities that comprise it, the plasticity of its conduct, the approximation to polyarchic systems of deliberation – with hybrid procedures of unilateral decision-making typical of a “quasi-hierarchy” – characterise an experimentalism that, imitated from other social domains, is applied to regulatory law. We highlight here some aspects of “responsive” experimental governance resulting from trial, review and learning, based on hybrid instruments such as “crypto-legislation” accepted by the CJEU.

**KEYWORDS:** *governance*; multi-level system; cooperation; regulatory law.

*Governance is not a choice between centralisation and decentralisation. It is about regulating relationships in complex systems<sup>2</sup>*

## 1. Introdução

Revisitamos nesta apresentação algumas questões sobre o modelo de organização ou de *governance* institucional criado em 2009 na União Europeia (UE) para a supervisão do sistema financeiro, uma área que embora não sendo competência própria cometida à UE pelo Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE) implica uma “condenação à cooperação” entre a administração nacional de supervisão financeira e a novel administração europeia de supervisão financeira<sup>3</sup>.

2 Roderick Rhodes, 1994, *Understanding Governance – Policy Networks, Governance, Reflexibility and Accountability*, acessível em: Open University Press: [https://www.researchgate.net/publication/233870082\\_Understanding\\_Governance\\_Policy\\_Networks\\_Governance\\_Reflexivity\\_and\\_Accountability](https://www.researchgate.net/publication/233870082_Understanding_Governance_Policy_Networks_Governance_Reflexivity_and_Accountability), p.151

3 No domínio do sistema europeu de supervisão financeira debruçamo-nos em anterior artigo sobre a *governance* experimental interna das autoridades europeias de supervisão, as suas atribuições e o exercício de competências próprias e “partilhadas” com as autoridades nacionais, sendo algumas das atuais questões controvertidas aí tratadas similares às que resultam do sistema de *governance* experimental que caracterizam o próprio sistema em que elas se integram. Cfr. o nosso artigo “A cooperação na supervisão financeira da União do Mercado de Capitais – entre o experimentalismo e a *governance*”, *Revista da Concorrência e Regulação*, n.º 45, Jan/Mar 2021, pp. 15-63, acessível online in CR\_4502\_PT.pdf (concorrenca.pt).



O atual sistema de *governance* europeia é necessário à integração dos mercados financeiros nacionais no caminho para um mercado único global (regional). Sem que se tenha assistido a uma revolução institucional a evolução é feita por estádios, temporalmente sucessivos, mas materialmente sobrepostos. A atual *governance* do Sistema Europeu de Supervisão Financeiro (doravante, SESF) demanda por uma análise do tipo de relações que se foram construindo neste sistema administrativo que não é centralizado e assente na hierarquia com primazia da administração supranacional, mas numa administração “híbrida”. E falamos numa administração “híbrida” (que atua com meios jurídicos “híbridos”), porque assenta na coordenação entre a administração de supervisão financeira nacional e a administração de supervisão financeira da União, com as diferentes entidades numa rede poliárquica de participação, em que entidades de nível inferior podem influenciar as escolhas das entidades no topo da cadeia.

Esta *governance* “híbrida” convoca várias questões que não podemos tratar, como saber que campos ou matérias são partilhadas ou exclusivas da União Europeia (EU) em matéria de *policy making*; se existe uma centralização de competências na UE através de verdadeira “delegação” ou antes de uma “atribuição”; se tal movimento implica um *bypass* aos poderes das autoridades nacionais competentes (doravante, ANCs) na mesma área de supervisão; se, em alternativa, se mantém uma descentralização de poderes mas com um sistema multinível que conjuga no processo de decisão a administração nacional e a administração europeia; se o atual mecanismo de “cooperação concertada” entre as diferentes administrações implica uma hierarquia na *governance* institucional supervisora ao nível da União; como resolver diferendos ou impasses na “rede” regulatória...

Tal como sucede no domínio judicial, em que, segundo a *politics* da União, os tribunais nacionais seriam parte de um sistema judicial europeu<sup>4</sup>, na *governance* do SESF também existem níveis de administração – e local e transnacional –, em que as autoridades de supervisão europeia serão o *driver* da supervisão<sup>5</sup>.

Nos tempos de globalização em que (ainda) vivemos, a matéria da *governance* ou da governação institucional internacional de setores económicos como o financeiro é caracterizada pela imposição de padrões e de medidas concretas aplicáveis globalmente – no acesso ao mercado, na sua regulação e supervisão, na implementação e monitorização ou avaliação e *enforcement*. Ao nível internacional, e a par de verdadeiras Organizações

4 Na realidade, as decisões do TJUE relativamente às competências dos tribunais nacionais e seu funcionamento dono domínio do poder judicial parecem demonstrar uma tendência hodierna de centralização de competências no TJUE –entre outros, vide o Acórdão de 20 de fevereiro de 2018, Reino da Bélgica vs Comissão, C-16/16P, EU:C:2018:79.

5 Jonathan Zeitlin (ed.), 2015, “Extending Experimentalist Governance?”, *The European Union and Transnational Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 107–36.

Internacionais, têm vindo a ser criadas entidades de cariz associativo e âmbito supranacional dedicadas à regulação de setores da economia específicos. É nesta dinâmica que se enquadram as autoridades europeias de supervisão financeira (doravante Autoridades ou ESAs, do inglês *European Supervisory Authorities*) que têm vindo a assumir novas competências numa dinâmica própria ou “por experimentação”.

## 2. Um sistema institucional europeu de *experimental governance*.

No âmbito do SESE, e num sentido mais *funcional* do que *estrutural*, o movimento a que assistimos é designado por vários Autores de “institucional governance experimentalism”, que traduzimos por governação institucional *experimental* ou *por experimentação*. Por *governance* ou governação experimental ou por experimentação entende-se a existência de um sistema orgânico e funcional institucionalizado em que a intervenção se caracteriza por um aperfeiçoamento e adaptação constantes, decorrente da existência inexorável de relações fluidas e multidirecionais entre várias entidades de supervisão financeira e outros interessados (*stakeholders*), públicos e privados, nacionais e supranacionais. Conjugam-se para objetivos comuns mas provisórios porque necessitam de constante adaptação. No funcionamento em “rede” (*regulation networking*) as diversas entidades trocam informação, decidem e resolvem problemas *bottom-up*, tomam medidas regulatórias ou realizam ações de supervisão conjuntas em campos exclusivos, mas parcelares<sup>6</sup>.

A existência de um sistema adaptativo perante campos exclusivos e parcelares (como o nacional), é também essencial quando se opera em setores de forte *risco* e *incerteza*, e num meio técnico altamente complexo, onde não funcionam mecanismos *top-down* e de *command and control*. O conceito de experimentalismo na *governance* encontra-se por isso indissociavelmente ligado à denominada *responsive regulation* (numa tradução literal, regulação “responsiva”), que se traduz numa forma de regular que flui de modo sensível ao contexto visado, ou que se reduz a um processo fluido de desenvolvimento da regulação, de uma forma interativa face às necessidades concretas e às possibilidades de alteração ou de mudança, de objetivos e/ou de orientações. Esta forma de regulação tem vindo a prevalecer na União Europeia (UE) em detrimento da tradicional forma de regulação *hard* (*command*

6 Usualmente considerada mais como um procedimento, “institutionalized transnational process of participatory multilevel problem solving, in which particular problems (and the means to addressing them) are framed in an open-ended way, and subject to periodic revision by various forms of peer review in light of locally knowledge”, Gráinne de Búrca, Fobert Kehoane & Charles Sabel, 2014. “Global Experimentalist Governance”. *British Journal of Political Science*, vol. 44, n.º 3, pp. 477-486. acessível in <http://www.jstor.org/stable/43821630>, p. 477

and control), convocando as diversas instituições e agentes e interessados nacionais para o processo normativo e decisório, com alguma flexibilidade e muita discricionariedade<sup>7</sup>.

A criação do SESF é a aceitação da evolução pela União, do mecanismo administrativo multinível pré-existente, de conexão entre diferentes níveis da administração pública nacional – no caso financeiro, descentralizada –, e da administração europeia – tendencialmente centralizada. O SESF não é protótipo de um federalismo administrativo em que existe uma separação de poderes vertical e os Estados-membros aparecem num nível de quem, como regra, recebe e executa a legislação criada ao nível europeu<sup>8</sup>. Como veremos, a sua atividade traduz-se em procedimentos administrativos compostos, de difícil sindicância (vg judicial)<sup>9</sup>, afastada da visão tradicional de centralismo e separação de poderes. Na realidade, a implementação de normas (ou objetivos) da UE pode escapar aos Estados-membros e competir também à própria União, seja através de atos delegados ou de execução, seja através de uma administração indireta de execução (a *soft law*)<sup>10</sup>.

Os sistemas de governação experimental (a mais das vezes autopoiéticos), tem caraterísticas (e depende de condições) muito próprias<sup>11</sup>:

- i) são caracterizados pela elevada incerteza e risco do meio em que atuam e por uma dinâmica de mudança que impede os decisores de fixar previamente objetivos rígidos (ou normas comportamentais muito precisas), de forma a avaliá-los e ao seu cumprimento alterando-os se necessário;
- ii) assentam na necessidade de traçar um percurso baseado na fixação *ex ante* de objetivos que se sabe serem provisórios e que necessitarão de avaliação e adaptação (processo de *problem-solving*), acomodando-o face à diferença e diversidade e assim aprendendo;

7 Phedon Nicolaides & Nadir Preziosi, *Discretion and Accountability: The ESMA Judgment and the Meroni Doctrine* (2014), acessível em SSRN: Bruges European Economic Research Papers (BEER)

8 DUBEY, 2002: 98.

9 Acerca desta problemática e do fenómeno multinível, Sarah Tas, 2018, The control of actions taken by agencies through composite procedures: a case- study of operations coordinated by Frontex, Universidade do Luxemburgo, acessível in (99+) The control of actions taken by agencies through composite procedures: a case- study of operations coordinated by Frontex | Sarah Tas – Academia.edu

10 Embora em casos devidamente especificados e sempre sob prévia definição das “regras e princípios gerais relativos aos mecanismos de controlo” dos Estados-membros na execução pela Comissão (art. 291.º, n.º 3 TFUE).

11 Jonathan Zeitlin, 2023 “Hierarchy, polyarchy, and experimentalism in EU banking regulation: the Single Supervisory Mechanism in action”, in *Journal of European Integration*, Vol. 45, acessível in *Journal of European Integration* | Taylor & Francis Online (tandfonline.com), pp. 79-101; Bernardo Rangoni & Jonathan Zeitlin, 2021. “Is Experimentalist Governance Self-Limiting or Self-Reinforcing? Strategic Uncertainty and Recursive Rulemaking in European Union Electricity Regulation”, *Regulation & Governance* 15 (3): 822–839, acessível in *Is experimentalist governance self-limiting or self-reinforcing? Strategic uncertainty and recursive rulemaking in European Union electricity regulation* (wiley.com)

- iii) são compostos por diversos atores (no caso, nacionais e transnacionais) por quem são distribuídos poderes regulatórios que obrigam à concertação e afastam a possibilidade de relação hierárquica e direção por um único (“sistema poliárquico”);
- iv) os seus procedimentos e decisões dependem da participação de todos os atores obtendo, pelo diálogo, normas ou decisões que permitam concertar a diversidade dos setores e realidades que cada um representa;
- v) a interdependência é necessária – *vg* pela possibilidade de cada ator local prever o impacto de externalidades negativas –, o que obriga a uma coordenação ou concertação para atingir um resultado ou resolver um problema (que é comum ou que a todos pode afetar negativamente)<sup>12</sup>.

Em anterior escrito sintetizáramos o percurso de sedimentação na União Europeia da supervisão financeira, onde assistimos num estágio inicial a um movimento baseado numa *troca de informação, assistência e entreajuda* administrativa entre as ANCs, a que se seguiu um estágio de *cooperação e de coordenação* em que o poder de *rulemaking* incorporou autoridades da UE e membros das ANCs – os Comitês e o movimento de “comitologia”. No estágio atual os comitês foram institucionalizados e dotados de poder de *decision-making* num sistema que caminha para a *concentração e centralização* em corpos administrativos da UE (estádio de “agencificação” ou “europeização”) <sup>13</sup>.

A afirmação e projeção desta governação experimental ou por experimentação não é despida de problemas de legitimidade, de tensões políticas entre instituições da UE e destas face aos Estados-membros, e de paradoxos na relação entre a administração da UE e as administrações nacionais e no controlo judicial – visaremos algumas destas questões.

12 Conforme referem os autores citados, esta procura de soluções comuns não é tão premente que afaste também algum experimentalismo ao nível da concretização pelos reguladores, pois entendem que a principal motivação para aceitar uma decisão ou *enforcement* centralizados, de modo similar ao de um procedimento hierárquico, são as externalidades negativas previstas para cada um – Bernardo Rangoni, & Jonathan Zeitlin, 2021, “Is Experimentalist Governance Self-Limiting or Self-Reinforcing? Strategic Uncertainty and Recursive Rulemaking in European Union Electricity Regulation.” *Regulation & Governance* 15 (3): 822–839.

13 Acerca da passagem dos estádios de mera informação e entreajuda à concertação e integração administrativa, o nosso trabalho “O dever do procedimento de cooperação no Sistema Europeu de Supervisão Financeira”, AAVV. coord. Prof. Doutor António Menezes Cordeiro, *Direito dos Valores Mobiliários e dos Mercados de Capitais – Angola, Brasil e Portugal*, Almedina, 2019, pp. 405-443.

### 3. Supervisão financeira europeia (SESF) e sistemas institucionais multinível.

No plano de integração regional europeia do final do século XX e na sequência da Estratégia de Lisboa de 2000, a Comissão Europeia fixara como objetivo para 2010 que o mercado da UE fosse superior ao dos EUA: mais competitivo, sustentável, socialmente integrador e coeso, baseado na inovação e novas tecnologias para o pleno emprego<sup>14</sup>.

A necessidade de resposta à integração dos mercados – a nível europeu e global – implicava uma integração institucional e uma maior convergência regulatória com a interpretação e aplicação uniformes do direito da União (um *level playing field*). No âmbito do *Financial Services Action Plan*<sup>15</sup>, e apenas no domínio financeiro sob o denominado procedimento Lamfalussy (*infra*), entre 1999 e 2004 seriam aprovadas 39 Diretivas. No entanto, a *governance* institucional da União continuava a assentar num movimento de mera *troca de informação*, de *assistência* e de *entrajuda* administrativa entre as autoridades competentes para a supervisão<sup>16</sup>.

Apesar de ser enorme o *adquirido* legal no domínio financeiro (o “*acquis communautaire*”), o sistema de regulação e de supervisão dos mercados assentava numa *governance* institucional policêntrica: autoridades nacionais administrativas com a mesma natureza (independência funcional e técnica) e com atribuições e competências comuns (poderes similares para uma cooperação mútua). Os sistemas de *governance* regulatória nacional miméticos também pretendiam dar eficácia aos princípios de liberdade de circulação de capitais, pessoas e bens, de prestação de serviços e de estabelecimento de empresas – o denominado “passaporte comunitário”. Este “passaporte” é necessário ao desenvolvimento e integração e assenta numa relação entre Estados-membros “de origem” e Estados-membros “de acolhimento”; era condição e pressuposto a existência de uma

14 Gráinne de Búrca, 2003, “The Constitutional Challenge of New Governance in the European Union”, *European Law Review*, Vol. 28, acessível in The Constitutional Challenge of New Governance in the European Union (iilj.org)

15 O *Financial Services Action Plan* (FSAP) decorria das pretensões da Comissão Europeia expressas na sua comunicação de 28 de Outubro de 1998 denominada de *Financial Services: Building a Framework for Action* e demais atos posteriores de implementação da CEE, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM%3Al24210>

16 Francesca Bignami, 1999, “The Democratic Deficit in European Community Rulemaking: A Call for Notice and Comment in Comitology”, *Harvard International Law Review*; 30, pp. 451-515.

regulação material comum e de uma *tool box* de competências uniforme. Só assim um Estado-membro aceita a jurisdição “do outro”<sup>17</sup>.

A integração dos mercados implica a necessidade de integração institucional. Foram criados corpos administrativos da União, dotados de poder de intervenção no procedimento de *rulemaking* – os Comitês – que definiriam o movimento que hoje se designa de “comitologia” (procedimento comitológico). Implicaram uma maior *convergência regulatória* e uma *coordenação da Comissão* com os Estados-Membros que nos termos dos Tratados implementavam a regulamentação e fiscalizavam (supervisionavam) a sua aplicação. A implementação de um processo comitológico legiferante decorreu do denominado Relatório Lamfalussy de 2001, resultado do labor de um “Comité de Sábios” mandatado para a criação de uma arquitetura institucional ambiciosa, multinível, que reforçasse a cooperação entre Estados-membros e a harmonização da regulação financeira na criação de um *level playing field*<sup>18</sup>.

Este mecanismo apostou (i) na harmonização regulatória das ordens jurídicas nacionais, (ii) no funcionamento “em rede” dos reguladores financeiros nacionais (*networking*), (iii) na criação de Comitês compostos de representantes nacionais das ANC que aconselhavam a Comissão Europeia na nova regulação financeira ou na sua revisão, garantindo ao nível nacional uniformidade interpretativa e de aplicação<sup>19</sup>. Não existia verdadeira autonomia da Comissão pois apesar de esta ter o poder de desenvolvimento de atos provindos do processo legislativo ordinário e de criar a *soft law*, os Comitês eram integrados por peritos nacionais que propunham tais atos de implementação e de *soft law* necessários à harmonização no espaço europeu. O centro de gravidade não se alteraria: o âmbito técnico e político da implementação e execução ainda estavam nos Estados (através das ANC), mas é a Comissão que implementa e avalia a interpretação e aplicação uniforme do Direito da União<sup>20</sup>. É ainda uma refração de intergovernamentalidade dada

17 A este propósito é sobejamente conhecida a teoria dos atos administrativos transnacionais que, na nossa opinião, se reduzem a atos administrativos nacionais juridicamente reconhecidos por outros Estados-membros (sobre o tema, i.a., Benedict Kingsbury & Nico Krisch, 2006, “Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order”, *European Journal of International Law*, vol. 17, n.º 1.

18 *Final Report on the Regulation of the European Securities Markets* de 15 de fevereiro de 2001, de Alexandre Lamfalussy, acessível in <https://www.esma.europa.eu/document/lamfalussy-report>

19 Acerca deste procedimento regulatório em quatro níveis, desde a formulação de um quadro legislativo geral, à intervenção de comitês de consulta com membros do Estado para criação de normas mais detalhadas. ao exercício por uma rede transnacional de atores na implementação do direito traduzida na proliferação de *soft law* de harmonização na aplicação nacional, e à avaliação do seu enforcement, Paulo Câmara, 2018, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, Coimbra, Almedina.

20 Na realidade, a maioria das decisões sobre a governança da União ainda se mantém na Comissão, embora o seu poder de fixar as agendas tenha sido alterado após as alterações decorrentes da crise. Para uma apreciação do grau de intergovernamentalidade no domínio da governança, Michael Bauer & Stefan Becker, 2014, “The Unexpected Winner of the Crisis: The European Commission’s Strengthened Role in Economic Governance”,

a participação no *decision-making process* de atores sociais estaduais menores (funcionários ou agentes públicos e peritos nacionais, ou representantes de grupos de interesses), em que o processo decisório ainda se mantém dentro de comunidades epistemológicas, fortemente dependentes da socialização e da argumentação dos atores<sup>21</sup>.

O mecanismo produziria bons resultados embora criticado *vg* pela opacidade, corporativismo e falta de participação pública e política (o Parlamento Europeu e os Estados-membros estiveram muitas vezes relutantes na aprovação de legislação delegada ou na concessão de discricionariedade, face ao poder da Comissão e dos Comitês). As críticas principais decorriam de a regulação assentar em Diretivas fundadas em princípios (*principle based regulation*) que permitiam às ANCs interpretações diversas e de acordo com agendas nacionais. A proposta de Diretivas de harmonização máxima levava igualmente a queixas pelos regulados de excesso de detalhe e de peso excessivo na regulamentação.

A crise de 2008 demonstrou que a arbitragem ou *fórum shopping* era perniciosa e havia necessidade de um *upgrade* no sistema de *governance* institucional. A arquitetura comitológica e o procedimento de *interregulação estadual* e de *convergência regulatória* atingira os limites da uniformização interpretativa e era necessária concertação também na supervisão. O fosso entre a contínua globalização dos mercados e as insuficiências da sua regulação era real e permitira falhas de mercado decorrentes de lacunas de regulação e de uma *décalage* entre esta e a supervisão – tal ficou visível face à dimensão dos grupos financeiros transnacionais e de empresas com risco sistémico, e menor concertação no objetivo da estabilidade financeira e da integridade dos mercados. O setor bancário seria o mais rapidamente regulado e objeto de criação das estruturas de *governance* europeias mais importantes desde a arquitetura saída de Maastricht em 1992<sup>22</sup>.

---

Journal of European Integration, vol. 36, n.º 3, acessível in The Unexpected Winner of the Crisis: The European Commission's Strengthened Role in Economic Governance-Web of Science Core Collection

21 Mark Thatcher, 2007, *The Third Force? Independent Regulatory Agencies and Elected Politicians in Europe*, 18 Governance, pp. 347-366.

22 Assistiui-se à criação de novas estruturas de *governance* e centralização de competências para evitar lacunas nacionais, supervisionar grupos financeiros e sobretudo as empresas com efeito sistémico – caso do Mecanismo Único de Supervisão ou MUS –, suprir as falhas dos *stress tests* levados a cabo pela EBA, quebrar as relações demasiado estreitas entre instituições de crédito e bancos centrais e Executivos nacionais que levaram a uma relação perniciosa com a dívida soberana. Acerca desta matéria e da vasta regulação bancária que se seguiu à crise de 2008, Manuela Peixe & Luís Catarino, 2014, “A nova regulamentação dos mercados financeiros – um Tsunami regulatório?”, Partes I e II, AAVV, *Direito dos Valores Mobiliários*, vol. XIV, Lisboa, (disponível online no website do Instituto dos Valores Mobiliários e também no ebook *Direito dos Valores Mobiliários*. Também, Karel Lamoo & Jean-Pierre Casey, 2005, “EU Financial Regulation and Supervision beyond 2005”, CEPS Task Force

A Comissão Europeia visou também um *aprofundamento da eficiência dos mercados* e o fim do sistema multinível de decisão tentando o seu *predomínio sobre as demais instituições da União e sobre os Estados-membros*. Como? Através da concentração de poderes de regulamentação e de supervisão em novos entes administrativos transnacionais dotados de poderes reforçados de *decision-making* (na supervisão e *enforcement*), da criação de *single rulebooks* e de uma cultura regulatória e de supervisão comuns.

Com base nas recomendações do Relatório de Larosière, de 25 de fevereiro de 2009<sup>23</sup> e num (difícil) equilíbrio entre a independência de novas Autoridades e as atribuições constitucionais da Comissão e demais instituições da UE, foi reforçada a “rede” europeia de supervisão e o seu funcionamento “em linha” com as Autoridades europeias dotadas de fortes poderes de *decision e rule-making*, sobre ANCs, mercados e agentes nacionais<sup>24</sup>.

#### 4. A governação pelo SESF num ambiente social poliárquico

O SESF entrou em vigor em 1 de janeiro de 2010<sup>25</sup>, composto por um órgão com funções de supervisão macro-prudencial sem personalidade jurídica, e supervisão micro-prudencial cometida a uma rede de autoridades europeias de supervisão (ESAs) competentes em razão de cada um dos setores do sistema financeiro, um Comité Conjunto de coordenação e resolução de conflitos de competências (*Joint Committee*)<sup>26</sup>, e as autoridades nacionais competentes (ANCs). Mitigando o anterior princípio de *central regulation & local supervision* temos uma forte interação administrativa (não política) das ESAs com as ANCs e grupos de *stakeholders*.

Cada uma das ESAs foi dotada de personalidade e capacidade jurídica, autonomia administrativa e (crescente) autonomia financeira. Como principais ór-

Report 54, Centre for European Policy Studies, Bruxelas, janeiro, 51, acessível in EU Financial Regulation and Supervision beyond 2005 – CEPS

23 Relatório do *High Level Group on Financial Supervision in the EU* presidido por Jacques de Larosière,

24 Federica Cacciatore, 2019, “Patterns of Networked Enforcement in the European System of Financial Supervision: What is the New Role for the National Competent Authorities”, *European Journal of Risk Regulation*, Vol. 10, n.º 3 ed. especial do Symposium on Institutional Innovations in the Enforcement of EU Law and Policies, Cambridge University Press.

25 Foram publicados cinco Regulamentos de estrutura sistemática e normativa análoga (Regulamentos UE 1092 a 1096/2010, de 15 de dezembro de 2010, que constam do JOCE L331) que constituem o Estatuto ou “Regulamento de base” de cada autoridade europeia de supervisão (AES ou ESA),

26 A par de um órgão com funções de supervisão macro-prudencial – o Comité Europeu do Risco Sistémico (*European Systemic Risk Board*, ESRB ou CERS), e de uma rede de Autoridades de supervisão micro-prudencial em matéria bancária, dos seguros, dos mercados de instrumentos financeiros – a EBA, a EIOPA e a ESMA –, o Comité Conjunto (*Joint Committee*) visa a coordenação e cooperação intersectorial sendo dotado de poderes para dirimir conflitos de competências entre as ANCs.



gãos decisórios temos i) o Presidente do Conselho de Reguladores (*Chairperson*), nomeado por 5 anos num processo meritocrático e participado pela Comissão e pelo Conselho, que decide após confirmação pelo Parlamento Europeu, independente de órgãos ou instituições da União ou dos Estados-Membros; ii) o Conselho de Supervisores (*Board of Supervisors* ou BoS), órgão onde são tomadas as principais deliberações e apenas têm direito de voto os presidentes das ANC (ou seus *alternates*); iii) o Conselho de Administração, que é composto por um Presidente e seis representantes dos Estados-membros (*Management Board*) eleitos pelo BoS. Ambos os órgãos colegiais exercem a sua atividade de forma independente e no interesse próprio da União, interesse que deve ser prosseguido também pelos representantes das ANCs que nelas têm assento – a gênese intergovernamental é mitigada<sup>27</sup> e cumprem as melhores práticas de *governance* dos reguladores públicos<sup>28</sup>.

O movimento de verticalização de competência da governação institucional europeia do sistema financeiro não foi paralelo ao ocorrido ao nível da União Bancária. Neste último existe fundamento constitucional para a criação de uma *governance* de supervisão típica da integração regional da UEM – referimo-nos à matéria prudencial em que o MUS assenta nos artigos 282.º, 127.º, n.º 6 e 132.º TFUE, porque o MUR tem apenas como base o artigo 114.º TFUE. Lançaram-se também os alicerces para uma União do Mercado de Capitais (UMC ou acrónimo inglês de CMU, de *Capital Markets Union*) e uma *market based finance* paralela à *bank based finance*<sup>29</sup>. Apesar dos fortes constrangimentos constitucionais, legais e políticos (*infra*), e da inexistência de a vontade política de todos os 28 Estados-

27 Cada autoridade tem um órgão de consulta composto por *stakeholders* do respetivo sector supervisionado, a par de um órgão misto independente e imparcial, denominado de Câmara de Recurso (*Board of Appeal*) que decide de forma vinculativa os recursos de decisões das Autoridades.

28 Para uma visão das denominadas boas práticas de *corporate governance* dos reguladores públicos, vd orientações OCDE acessíveis em [The Governance of Regulators](#) | en | OECD. Relativas a matérias de independência e imparcialidade, princípio da competência e da legalidade, transparência e *accountability*, conflitos de interesses, impedimentos *a priori* e *a posteriori* (*cooling off periods*), existência de órgãos de aconselhamento e de fiscalização. Também o estudo da OCDE *Institutions Supérieures de Contrôle des Finances Publiques et Bonnes Gouvernance Supervision. Analyse et Perspective*, [Institutions-superieures-controle-finances-publiques-bonne-gouvernance.pdf](#) (oecd.org). No que respeita especificamente aos reguladores dos mercados de capitais, também a *International Organization of Securities Commissions* (IOSCO), criou a “Methodology for assessing implementation of the IOSO objectives and principles of securities regulation” acessível em [Methodology for Assessing Implementation of the IOSCO Objectives and Principles of Securities Regulation](#)

29 Cfr. o *Five Presidents’ Completing Europe’s Economic and Monetary Union*, de junho de 2015, [https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/5-presidents-report\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/5-presidents-report_en.pdf)

membros na criação de um regulador único, o lançamento do projeto de uma UMC teria necessárias implicações na estrutura institucional de supervisão<sup>30</sup>.

Em 2015 foi elaborado um Relatório sobre o funcionamento das ESAs e do SESF e a Comissão foi exortada a uma análise, até 2018, dos mercados de capitais e seus obstáculos e a formular propostas legislativas<sup>31</sup>. Este movimento decorreu apesar das resistências das instituições da União e dos Estados-membros face à *governance* do SESF e ao reforço dos seus poderes de *decision* e *rule-making*, onde se salientou: i) o alegado excesso de propostas de atos delegados de execução e de implementação dos Regulamentos UE de nível 1<sup>32</sup>; ii) a necessidade de aqueles se conterem nos limites destes último; iii) o excesso de ativismo regulatório vg da profusão de Orientações e Recomendações<sup>33</sup>, iv) a necessidade de a adoção de instrumentos de *soft law* resultar, de forma clara, dos atos legislativos de Nível 1<sup>34</sup>.

Este terceiro estágio de *governance* institucional não se traduziu numa verdadeira centralização e hierarquia supranacional, mas numa paulatina concentração de poderes, de forma empírica e interativa, com uma natureza *funcional*, *multinível* e poliárquica (todos participam no processo decisório sem que uma instituição ou um órgão possa ser dominante). No órgão principal das ESAs (BoS) não existe parcialidade de decisão (embora

30 Em 8 de Agosto 2014 a Comissão Europeia apresenta um Relatório sobre a avaliação do funcionamento das ESAs e do SESF, COM (2014) 509 final <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2014/PT/1-2014-509-PT-F1-1.Pdf> (consultado em 18 de novembro 2018).

31 No procedimento legiferante, sem prejuízo dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, foi salientada a necessidade de “qualquer legislação adicional, incluindo os atos delegados e de execução, seja objeto de uma avaliação de impacto e uma análise de custo benefício” (ponto 69. da Resolução do Parlamento Europeu de 9 de Julho de 2015, sobre a construção de uma União dos Mercados de Capitais (2015/2634(RSP)) <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2015-0268+0+DOC+PDF+Vo//PT>).

32 O Relatório com orientações do Parlamento Europeu sobre balanço e desafios da regulamentação da UE em matéria de serviços financeiros: impacto e a via a seguir rumo a um quadro mais eficiente e eficaz da UE para a regulamentação financeira e uma União dos Mercados de Capitais (2015/2106(INI) de 9 de Dezembro de 2015 seria aprovado por Resolução do Parlamento Europeu de Janeiro de 2016 <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A8-2015-0360+0+DOC+PDF+Vo//PT>

33 Como veremos, a profícua criação de medidas de *soft law* transforma-se numa forma de legiferação de segundo grau tendo a reforma da *governance* em 2019 o especial cuidado de garantir um procedimento colaborativo e transparente em que, para além do relacionamento com as ANCs e os intervenientes nos mercados, é garantido que o Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão não ficam à margem da sua criação (as instituições da União são informadas no Relatório anual da ESA de atividades dos instrumentos quase-normativos formulados com especificação das ANC que lhes não deram cumprimento ou sequência).

34 Cfr a Resolução do Parlamento Europeu de 19 de Janeiro de 2016, *Stocktaking and challenges of the EU Financial Services Regulation: impact and the way forward towards a more efficient and effective EU framework for Financial Regulation and a Capital Markets Union* (2015/2016(INI) <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=EN&reference=P8-TA-2016-0006>

nenhum presidente de uma ANC deixe de pesar o interesse nacional na hora de deliberar). As ESAs estão “condenadas a cooperar” com as ANC: nas metodologias de trabalho, na redação de propostas normativas, nas ações de supervisão *on site* – mesmo a definição de *policies* pelas ESAs repousa no trabalho de *Standing Committees, Task Forces, Working Groups, Joint Teams* compostos também por colaboradores das ANCs.

Mantêm-se as características da *governance* experimental pois as ESAs assumem no processo decisório a necessidade funcional de, passo a passo, considerar a diversidade e idiosincrasias dos mercados nacionais, o que dá origem a um processo deliberativo de aprendizagem mútua. Zeitlin e Sabel designam-no expressivamente por *directly-deliberative polyarchy* (DDP): “It is deliberative because it uses argument to disentrench settled practices and open for reconsideration the definitions of group, institutional, and even national interest associated with them. It is directly deliberative because it uses the concrete experience of actors’ differing reactions to current problems to generate novel possibilities for consideration rather than buffering decision-makers in Madisonian fashion from experience of the world the better to elicit their principled, disinterested response to abstractly posed problems. It is polyarchic because it is a system in which the local units learn from, discipline, and set goals for each other”<sup>35</sup>.

## 5. Um sistema deliberativo poliárquico e “responsivo”

Afirmámos que no domínio da regulação e da supervisão se assistiu no atual e terceiro estágio de cooperação a um *reforço dos poderes de rule-making* nas ESAs e ao *acrescento de poderes de decision-making* ainda baseados na concertação e aprendizagem na diversidade. Em áreas concretas a União subiria o grau da *centralização tecnocrática* num movimento de devolução às ESAs de competências que se encontravam a nível local (a denominada “verticalização” de competências). Nestes casos altera-se o centro de gravidade a favor da União, sendo exemplo típico a regulação das sociedades de notação de risco e dos repositórios de informação de transações de derivados<sup>36</sup>.

35 Assim, Charles Sabel & Jonathan Zeitlin, 2007, “Learning from Difference: The New Architecture of Experimentalist Governance in the European Union”, *La Follette School of Public Affairs, Wisconsin-Madison*, Working Paper 2007-020, acessível in Microsoft Word – EU governance paper revised 050707.doc (wisconsin.edu), p.8.

36 Após a atribuição da supervisão direta de agências de *rating*, seguiram-se os *Trade Repositories, Securitisation Repositories*, Contrapartes Centrais (CCPs terceiras à União Europeia), administradores de índices de referência (*benchmarks*) utilizados na União em contratos financeiros e bancários, críticos (p.e. EURIBOR, EONIA, STIBOR), e extra-União quando reconhecidos pela ESMA (Regulamento UE 2016/1011, do PE e do Conselho, de 8 de junho de 2016 (BMR). No domínio das finanças sustentáveis também na emissão de obrigações verdes europeias (EuGB ou *Euro Green Bonds*) se verificará esta centralização sobre os “verificadores externos” das emissões e

Ao nível político-legislativo, assistiu-se ao afastamento das Diretivas em favor dos Regulamentos e dos atos delegados vinculativos, o que se traduziu no *empowerment* das ESAs na atribuição de assegurar uma aplicação coerente, eficiente e eficaz dos atos normativos na União conforme ao artigo 2.º dos respetivos estatutos (a citação de artigos sem fonte respeita aos estatutos, todos análogos, das ESAS)<sup>37</sup>. Compete-lhes, *inter alia*, propor projetos de normas técnicas de regulamentação e de execução com base nos atos da União previstos no referido artigo 1.º, n.º 2, elaborar orientações, recomendações, evitando atos de arbitragem que as ESAs podem submeter a uma avaliação entre pares (*peer reviews*), mediando e resolvendo os diferendos entre ANCs e adotando medidas concretas vg em casos de emergência (*infra*).

Ao nível político-legislativo, releva o afastamento das Diretivas enquanto fonte de direito, em favor do Regulamento, e o poder-dever nas ESAs *da iniciativa e responsabilidade de criar* e propor projetos de “normas técnicas de regulamentação” (*regulatory technical standards*, artigos 10.º -14.º e 34.º dos estatutos, e artigo 290.º TFUE) e de “normas técnicas de execução” (*Implementing technical standards*, artigo. 15.º dos estatutos e artigo 291.º TFUE). Os futuros atos delegados dos atos normativos de Nível 1.

Num quadro regulatório *materialmente aberto* (artigo 1.º estatutos), as características de *interatividade* permitem adaptar o processo de iniciativa aos objetivos e problemas a enfrentar, sendo que o sistema multinível não esquece os interesses nacionais – embora as ANCs devam responder ao SESF pela sua “conformação à norma”.

O *due process* legiferante é transparente, público e participado (impõe audição do SMSG e *stakeholders*, a apresentação à Comissão Europeia dos projetos, conhecimento ao Parlamento Europeu e ao Conselho, artigos 1.º, 8.º, 10.º, 15.º, 16.º). Como contrapartida desta autonomia é esperado que sejam tomados em conta os resultados da participação e monitorizadas periodicamente as medidas tomadas, para eventual correção<sup>38</sup>.

---

da sua finalidade – cfr a Proposta de Regulamento em European green bond standard (europa.eu), sobre os prestadores de serviços de financiamento colaborativo no domínio financeiro (por empréstimo e de capital), Regulamento EU 2020/1503, do Parlamento Europeu e da Comissão, de 7 de outubro de 2020, <https://www.esma.europa.eu/esmas-activities/investors-and-issuers/benchmark-administrators>

37 Niamh Moloney, 2016, *Institutional governance and Capital Markets Union: Incrementalism or a “big bang?”*, acessível in SSRN: [http://eprints.lse.ac.uk/65178/7/Moloney\\_Institutional%20governance.pdf](http://eprints.lse.ac.uk/65178/7/Moloney_Institutional%20governance.pdf), 378-421

38 A reforma do SESF de 2019 estatuiu normas de transparência e de cooperação interinstitucional como o envio simultâneo dos projetos de atos delegados à Comissão e ao Conselho e ao Parlamento Europeu (na versão original o conhecimento apenas decorria dos casos em que a Comissão não aceitasse os *drafts* que lhe eram

Também aqui se pretende uma possibilidade de adaptação constante, uma atuação proporcional e “responsiva” (*responsiveness* que tende a afastar a aplicação rígida de regras jurídicas subordinadas a princípios como de *one size fits all*), uma aproximação tentativa e erro (erro que pode ser resolúvel nas interações e ainda no procedimento), ou ação-revisão *ug* através de posteriores instrumento de quase-direito (*soft law*).

Os atos legislativos aprovados conforme os artigos 289.º ou 290.º do TFUE têm conferido às ESAs vastos poderes de iniciativa para a sua execução e implementação, mas têm resultando em tensões relativas ao equilíbrio institucional de poderes acrescidos pela proliferação de *soft law* (*infra*). Sendo mecanismos de *adaptação* a fenómenos de incerteza e risco regional (local) e mundial (global), em ambientes de mutação constante, a autonomia e independência das ESAs resultam em *accountability* acrescida. O equilíbrio é difícil<sup>39</sup>: assegurar um tratamento proporcional e equitativo de instituições e investidores dos diferentes espaços da União impõe a remoção de barreiras e uma atuação interativa e *insensitive* (*responsive regulation*<sup>40</sup>), mas tal não pode prejudicar a implementação de um *level playing field*.

## 6. A fuga do direito para a *soft law* da União

As ESAs têm o poder de tomar medidas informais ou de emitir instrumentos de “quase-direito” (*soft law*), quer em momentos preparatórios de decisões, quer *a posteriori* na execução de atos legislativos. Os respetivos estatutos referem as orientações e as recomendações, mas existem imensos atos atípicos como comunicações, códigos de conduta, alertas, pareceres, declarações, resoluções, livros verdes, opiniões, Q&A. Têm como objetivo definir práticas coerentes, eficientes e eficazes quer para as ANCs quer para os seus *stakeholders*, tidas como necessárias à prossecução das suas atribuições de

propostos, ou, no caso de “homologação” pela Comissão, na fase seguinte), e o mesmo sucede no domínio da criação de Orientações e de Recomendações. As normas “técnicas” contidas em atos normativos decorrentes da iniciativa das ESAs são aprovadas segundo os artigos 290.º e 291.º TFUE, e não são formalmente atos legislativos sendo qualificados de “atos delegados”.

39 A *accountability* vai além da mera responsabilidade civil, atuando *ex ante* (na criação das entidade) e *ex post* (perante a sua atividade) – sobre os diversos instrumentos típicos de *accountability*, o nosso trabalho, “Governar com a Administração Independente: *Quis custodiet ipsos custodes?*”, in *Revista da Concorrência e da Regulação*, Ano V, n.º 17, Jan/Mar, 2014, disponível online in *Revista da Concorrência e Regulação – 17* | Autoridade da Concorrência (concorrenca.pt). Também, Carmine Di Noia & Matteo Gargantini, 2017, “The European Securities and Markets Authority: *accountability towards EU institutions and stakeholders*”, *Building Responsive and Responsible Regulation in the Aftermath of the Global Financial Crisis*, Cambridge University Press.

40 Vide as inúmeras obras e aplicações da *responsive regulation* a diversos setores regulados da vida social por Ian Ayres & John Braithwaite (i.a. a sua obra de 1992, *Responsive Regulation. Transcending the Deregulation Debate*, Oxford University Press, NY).

convergência e de harmonização. Também visam interpretar legislação primária de molde a proteger o consumidor de serviços e produtos financeiros e o mercado (artigos 8.º e 16.º).

As características da crescente “cripto-legislação” da União Europeia tem particular destaque na institucionalização da *soft law*, que se coaduna perfeitamente com uma *governance* experimental visando estatuir as “melhores práticas”, que a mais das vezes contém normas de conduta que visam conformar o comportamento das instituições financeiras nacionais – as suas verdadeiras destinatárias. Quando estas, enquanto destinatário médio e razoável, consideram que as obrigações nelas contidas são vinculativas e não podem ser para ignorar *vg* face ao seu *enforcement*, estamos ante a produção de efeitos jurídicos – e mesmo que a ANC não se pronuncie sobre as mesmas<sup>41</sup>. Quando a ANC se pronuncia comunicando à ESA aceitar e fazer cumprir a *soft law*, aquela passa a ser o seu executor nacional e os (verdadeiros) destinatários estão vinculados ao cumprimento, adequando a sua conduta à norma. Nestes casos, mesmo que, *de jure*, não haja ato normativo de transposição para o ordenamento nacional, o efeito é jurídico e vinculativo.

As ESAs defendem que na sua génese as orientações e as recomendações são verdadeiros instrumentos de *soft law*, mas perante as ANCs o procedimento legal confere-lhe alguns efeitos “duros” (o que designámos por *hoft law*<sup>42</sup>), pois: i) as ANC (e os agentes de mercado) têm o dever de desenvolver “todos os esforços para dar cumprimento a orientações e recomendações” (artigo 16.º, n.º 3); ii) o Tratado da União Europeia (TUE) obriga os Estados-membros a um dever de leal cooperação devendo tomar todas as medidas necessárias à execução do direito da União Europeia (artigo 4.º, n.º 3 TUE); iii) as ANCs comunicam à Autoridade se tencionam (ou não) cumprir; iv) o não cumprimento deve ser objeto de comunicação *fundamentada* (*comply or explain*<sup>43</sup>); v) o não cumprimento destes deveres jurídicos – e a falta de resposta parece valer como aquiescência (artigo 16.º, n.º 1,

41 No entanto, no Acórdão de 15 de julho de 2021, *Fédération Bancaire Française vs Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution*, Proc. C-911/19 ECLI:EU:C:2021:599, o TJUE considera que “não se pode considerar que as orientações emitidas pela EBA produzam, enquanto tais, efeitos vinculativos para as instituições europeias, nas medidas em que o artigo 16.º n.º 3 (...) dispõe que estas apenas devem apresentar relatórios claros e detalhados indicando se cumprem ou não estas orientações”.

42 *Soft law* com efeitos *hard*, Thomas Möllers, 2010, “Sources of Law in European Securities Regulation – Effective Regulation, Soft Law and Legal Taxonomy from Lamfalussy to de Larosière”, *European Business Organization Law Review*, vol 11, pp. 379-407; Luís Guilherme Catarino, 2012, “A Nova Regulação Europeia dos Mercados: a *Hoft Law* no Balancing Powers da União”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor J.J. Gomes Canotilho*, vol. IV, SJ, Coimbra Ed., 145-177.

43 O artigo 288.º, n.º 5 do TFUE estatui a não vinculatividade das recomendações, mas a necessidade de justificação do seu não acatamento fora afirmada pelo Tribunal no acórdão *Salvatore Grimaldi vs Fonds des Maladies Professionnelles* (proc. C-322/88), sem que daí resultem direitos para os particulares (proc. C-188/91, *Deutsche Shell AG vs Hauptzollamt Hamburg-Harburg*).

a contrario) –, é divulgado publicamente colocando os não cumpridores “no fundo da Liga” (sanção *soft* de *naming and shaming* que traduz uma *coercibilidade indireta*)<sup>44</sup>.

A profusão de instrumentos de *soft law* típica de um sistema “responsivo”, e a natureza e efeitos jurídicos de algumas das normas neles contidas têm um profundo impacto normativo e jurisdicional na União e nos Estados-membros<sup>45</sup>. Na realidade, para além de terem impacto na lei (que por vezes antecedem) e na interpretação da lei (que aplicam), com eventuais efeitos jurídicos vinculativos (i.e., como *second best* ao direito), o TJUE aceitou a necessidade de verificar em concreto se uma medida de *soft law* é “genuína”<sup>46</sup>.

Mantêm-se assim atuais as n/considerações *ex professo* sobre o tema da *informal law* e da transferência do seu papel de “assistência qualificada” e de “modelação” de condutas dos supervisionados para a criação de um verdadeiro “direito programador” setorial, não esquecendo que a sua qualificação como *informal law* nunca é neutra para o direito. Salientamos alguns aspetos mais em que a “diferença de qualificação não é despicienda: i) só às normas jurídicas se aplica o princípio *iura novit Curia*; ii) só estas têm um período de *vacatio legis*; iii) só aos actos normativos se aplica o princípio *ignorantia legis non excusat*;

44 Aos atos que se verifique conterem decisões ou normas conformadoras de condutas, quer das ANCs quer dos destinatários, a par da produção de efeitos jurídicos poderemos acrescentar a sanção/coercibilidade indireta, o que lhes confere vinculatividade podendo requerer-se a sua anulabilidade (artigo 263.º do TFUE). Acerca deste mecanismo e seus efeitos de forma mais desenvolvida, Luís Guilherme Catarino, 2012, “A “agencificação” administrativa na regulação financeira da UE: Novo meio de regulação?”, *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano III, n.º 9, Jan/Mar, pp. 147-203, e AA citados. Sobre o movimento europeu e a administrativização no amplo movimento de governo da União, Hussein. Kassim, 2003, “The European Administration: Between Europeanization and Domestication”, AAVV, Jack Hayward & Anand Menon (eds), *Governing Europe*, Oxford, Oxford University Press, p. 139. Sobre o movimento de *networking* de 1990 à atual agencificação, i.a. David Levi-Faur, 2011, “Regulatory networks and regulatory agencification: towards a Single European Regulatory Space”, *Journal of European Public Policy*, vol. 18, n.º 6, p. 810 acessível in *Regulatory networks and regulatory agencification: towards a Single European Regulatory Space: Journal of European Public Policy: Vol 18, No 6* (tandfonline.com)

45 O Advogado-Geral Michael Bobek destaca nas suas Conclusões de 12 de novembro de 2017 ao Proc. 16/16P, Reino da Bélgica contra a Comissão, a par da pretensão de conformação de condutas pela *soft law*, três tipos de efeitos jurídicos: “i) confiança e expectativas legítimas; ii) o seu papel interpretativo; e iii) a possibilidade de as recomendações gerarem conjuntos paralelos de regras que se substituem ao processo legislativo e, como tal, afetam o equilíbrio institucional” (ECLI:EU:C:2017:959, a p. 17). Na realidade, para além de, com a interpretação a *soft law* preencher conceitos legais que também as autoridades administrativas e os tribunais seguirão (sob pena de terem de fundamentar interpretação contrária), também no plano legislativo a falta de competência ou de norma de habilitação com a *soft law* ultrapassa-se o procedimento legislativo e a competência dos respetivos órgãos, funcionando como “second best”.

46 O próprio TJUE tem afirmado que deve ser aferido perante cada caso concreto e independentemente do *nomen juris* quando estamos perante uma medida genuína de *soft law* ou perante uma “falsa” medida para efeitos de sindicabilidade judicial ... exceto no caso das Recomendações, onde existe uma prevalência da forma sobre a substância expressa no artigo 263.º TFUE, Acórdão Bélgica vs Comissão *cit*, n.º s 29-32), como é o caso das medidas de que resultam deveres jurídico obrigatórios (acerca da aplicação do “critério AETR” de aferição da sindicabilidade dos atos atípicos, o Acórdão de 31 de março de 1972, Proc. 22/70, EU:C:1972:32).

iv) as normas civis de interpretação não se aplicam a estes actos administrativos; v) só os actos normativos podem determinar a ilegalidade de actos que o contrariem<sup>747</sup>.

Sendo colocada a necessidade de aferir da sua sindicabilidade judicial, o TJUE declarou i) a sua competência para a apreciação a título prejudicial das questões de *validade ou interpretação* de todas os atos jurídicos da União (artigo 267.º TFUE), mesmo que não vinculativos – Acórdão Grimaldi<sup>48</sup>–, e que ii) os Estados-membros estão obrigados a submeter-lhe questões de interpretação de tais atos, vinculativos ou não<sup>49</sup>. Já quanto à sua *anulação* o artigo 263.º TFUE afasta expressamente do recurso de anulação as Recomendações cuja substância corresponda à forma, sendo que nos demais atos de *soft law* a orientação do TJUE é mais difusa, não sendo possível afirmar que existe um princípio de interpretação judicial de prevalência da substância sobre a forma<sup>50</sup>).

Temos assim uma *aporia* pois o TJUE declara-se competente para interpretar e apreciar a validade de um ato jurídico, mas não para declarar a sua invalidade, o que também contraria a sua pretensão de um sistema de controlo da legalidade sem lacunas do ordenamento jurídico da União<sup>51</sup>.

O Parlamento Europeu e a Comissão Europeia afirmaram a sua preocupação com a “sobrelocação de *soft law*” (*vd* a profusão de Recomendações, Orientações, Relatórios, Q&A, em matéria de *Green Finance*), com as áreas da sua prolação (*vg* no domínio de direitos fundamentais como da aferição da idoneidade de agentes que pretendem entrar em mercados financeiros<sup>52</sup>), e com a legitimidade da sua criação em áreas onde os atos

47 Catarino, 2009, *Regulação e Supervisão dos Mercados de Instrumentos Financeiros – Fundamento e Limites do Governo e Jurisdição das Autoridades Independentes*, Coimbra, Almedina, pp. 360 ss e 420 ss.

48 Cfr o Acórdão de 20 de fevereiro de 2018, Reino da Bélgica vs Comissão, C-16/16P, EU:C:2018:79.

49 Acórdão de 22 de outubro de 1987, Foto Frost Ammersbeck e outro, 314/85, EU:C:1987:452, e como sequele desta exigência o Acórdão de 22 de junho de 2010, Melki e Abdeli C-188/10 e C-189/10 EU:C:2010:363 relativamente aa necessidade de um órgão jurisdicional nacional dever dar ao TJUE a oportunidade de se pronunciar quando é submetida à apreciação do órgão nacional a validade de uma medida nacional de execução de atos da União sempre que os elementos *subjudice* corresponderem aos elementos da medida original do direito da União – o que parece contrário à orientação de que os órgãos nacionais devem ser considerados parte da própria organização judiciária da União.

50 Acerca das posições tomadas, não uniformes ainda, relativamente à matéria de prevalência da substância sobre a forma e da pretensão de um controlo de legalidade sem lacunas, *vd* Acórdão de 8 de abril de 1992, Wagner, Proc C.94791, EU:C:1992:181; Acórdão de 11 de maio de 2006, Friesland Coberco Dairy Foods C-11/05 EU:C:2006:312; o Acórdão de 25 de março de 2021, Balgarska Narodna Banka, C-501/18. EU:C:2021:249, em que o TJUE declarou a invalidade de uma recomendação, não vinculativa, da EBA no âmbito do artigo do 267.º TFUE (interpretação) e não do artigo 263.º (anulação).

51 Ao declarar que a apreciação judicial de todos os atos, sem exceção, para efeitos de validade e de interpretação, é da competência do TJUE nos termos do reenvio prejudicial, parece que a sua apreciação para efeitos de anulação está vedada aos Tribunais dos Estados-membros, o que coloca a questão de saber a quem é conferida a competência de anulação de atos jurídicos formalmente não vinculativos, mas com efeitos jurídicos vinculantes “*de facto*”.

52 Acerca da necessidade da concordância prática entre o dever de defesa do mercado face a direitos e garantias fundamentais, o nosso artigo “*Fit and proper*: o controlo administrativo da idoneidade no sector financeiros”, in



legislativos de nível 1 não preveem norma habilitante (i.e., as ESAs bastam-se com a norma genérica de atribuição de competência para qualquer matéria). Perante as alegações de que assim se pode criar um circuito legislativo paralelo (inominado) que atenta contra o equilíbrio de poderes institucionais definido pelos tratados (*infra*), o TJUE aceitou na sua decisão sobre o *cit* caso “Fédération Bancaire Française vs Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution”, a criação de *soft law* – mesmo que com efeitos vinculativos – em domínios regulados por ato legislativo que não confere especificamente tais poderes<sup>53</sup>. O TFUE estatui no artigo 296.º que os atos jurídicos da União são necessariamente fundamentados e fazem referência às propostas, iniciativas, recomendações, pedidos ou pareceres previstos nos Tratados, estabelecendo deveres de fundamentação, de proporcionalidade e de obediência ao *procedural due process* que pode convocar questões constitucionais de habilitação legal (*infra*).

Apesar dos poderes de controlo da Comissão e do TJUE sobre a sua legitimidade, a natureza jurídica e os seus efeitos jurídicos<sup>54</sup> (artigos 17.º TUE), mantêm-se algumas questões no que respeita ao direito à tutela judicial efetiva dos destinatários de *soft law*<sup>55</sup>.

## 7. Um sistema na “penumbra da quase-hierarquia” transnacional.

A “boa governação” e a “boa administração” transnacional pressupõem uma ferramenta essencial: a existência de mecanismos de revisão das decisões ou a possibilidade do seu controlo judicial. Sabendo da dificuldade da questão num sistema internacional, onde proliferam corpos e de normas de natureza híbrida e estruturas de comunicação informais

.....  
Revista da Concorrência e Regulação, 23-24, Jul/Dez 2015, acessível online CR23-24\_-\_Luis\_Guilherme\_Catarino.pdf (concorrenca.pt) pp. 29-101.

53 No Acórdão de 15 de julho de 2021, *Fédération Bancaire Française vs Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution*, Proc. C-911/19, o TJUE reafirma que as orientações e recomendações estão subordinadas “à condição de as mesmas se inscreverem no âmbito de aplicação de pelo menos um dos atos referidos no artigo 1.º, n.º 2 do Regulamento EU 1093/2010” (94.) No entanto, também refere que o exercício deste poder no caso concreto é abrangido pelas competências da EBA previstas nos artigos 8.º, n.ºs 1 e 2 e artigo 16.º do seu estatuto, de implementação “de práticas de supervisão coerentes, eficientes e eficazes”, de “reforçar a proteção dos consumidores e assegurar a estabilidade, a eficácia e a integridade dos mercados financeiros, e “executam diretamente os princípios definidos na posição Comum das Autoridades Europeias de Supervisão sobre a governação e monitorização de produtos pelos criadores (JC-2013-77)” adotada pelas ESAs (126. A 130.), ECLI:EU:C:2021:599

54 Linda Senden, 2004, *Soft Law in European Community Law*, Hart P. Oxford.

55 Para além das questões de completude sistémica ante a interpretação judicial da apreciação da validade e da declaração e invalidade pelo TJUE, a declaração de invalidade pode ser solicitada no âmbito dos tribunais judiciais? E quando são objeto de transposição, como as Diretivas, para fonte nacional, os tribunais judicial podem ou devem remeter para o TJUE, ou decidir ao nível nacional? Em caso afirmativo, como compatibilizar com o objetivo de uniformidade e completude do ordenamento jurídico da União?

e não hierarquizadas, criaram-se de estruturas de controlo de resolução extra-judiciais de diferendos que “dizem” o direito da União (*vd* artigos 17.º -20.º , 58.º , 60.º -61.º ).

A possibilidade de avaliação da conduta de uma ou mais ANCs “entre pares” (*peer reviews*, artigo 21.º ) é um meio de governação por experimentação com convergência na supervisão, nas interpretação e também na criação de normas. Com procedimentos de cooperação, aprendizagem e adaptação, os *peer reviews* tanto pretendem controlar e avaliar a atividade das ANCs pelos seus “pares” quanto estimular à adoção das “melhores práticas” através da formulação de recomendações: uma fonte de quase-direito da União.

Desempenhando um papel fundamental nas características atuais da *governance*, não é claro se, no futuro, o instrumento tenderá à imposição de uma *policy* de ‘one-size-fits-all’. Por ora, permite um *fine-tune* dos procedimentos de supervisão ao nível supranacional, devendo ter em atenção os diferentes modelos de risco e de negócio e tratar igual as instituições similares e diversamente as instituições diferentes. Os *peer reviews* são um importante instrumento da governação por experimentação porque permite i) uma *cross fertilization* entre diferentes ANCS (vg através da contínua e intensa comparação), e ii) as ESAs aprendizagem através de métodos de “learning from differences” e de “learning by doing” (mesmo as *joint teams* juntam colaboradores das ESAs e colaboradores das ANCs).

Os *peer reviews* não se focam apenas nas práticas de supervisão, mas também em temas estruturais como dos recursos das ANCs, seus mecanismos de governação, a sua independência face a instituições nacionais ou da União, à política e aos partidos políticos e regulados. A sensibilidade destes temas e o facto de a orgânica interna das ESAs ainda ter na génese a intergovernamentalidade não têm tornado este tema um *driver* das avaliações (cfr. art. 30.º , n.º 3, alínea a). Os *peer reviews* são excelente meio de controlo do funcionamento do sistema multinível e de aferição do cumprimento pelas ANCs do direito da União, podendo resultar em decisões e/ou recomendações às ANCs.

Conforme referimos, estamos ainda aqui no vasto movimento de criação de “quase-direito” através da interpretação jurídica e aplicação através do controlo. Desde 2019 existe um acesso direto de pessoas singulares e coletivas às ESAS para apresentação de queixas e de denúncias (artigo 17.º -a) consagrando-se um regime similar ao regime geral de *whistleblower* por violação do direito da União<sup>56</sup>. As ESAs podem decidir, de forma vinculativa, da violação ou não aplicação pelos Estados *das normas* da União, a par de outros mecanismos de resolução alternativa de litígios típicos da *responsive regulation*. O TJUE aceitou os meios alternativos de resolução de conflitos dentro do sistema de governação

56 Diretiva 2019/1937 UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2019, relativa à proteção das pessoas que denunciam violações do direito da União, relativa ao acesso à atividade das instituições.

institucional de um setor, quando não prejudiciais do direito à tutela judicial efetiva, ou à competência da Comissão Europeia<sup>57</sup> de iniciar procedimento contra os Estados-membros por incumprimento do direito da União (art. 258.º TFUE). Face a estes novos meios o exercício deste poder pela Comissão, atualmente mais limitado e seletivo pela falta de recursos próprios, deverá ser utilizado nos casos mais graves ou em que o incumprimento ou violação sejam reiterados (artigo 17.º TUE)<sup>58</sup>.

Na resolução de diferendos e ante o fracasso da negociação ou da conciliação entre as partes promovida pelas ESAs, estas dirigem-se às ANCs para que adotem as medidas que considera necessárias para cumprir o direito ou uma decisão arbitral e em caso de inação ou recusa de acatamento podem dirigir-se diretamente aos intervenientes nos mercados financeiros com medidas concretas a adotar (art. 17.º e 19.º ). As ESAs têm também poderes extraordinários de intervenção unilateral que embora utilizados de forma muito parcimoniosa devido aos riscos políticos e jurídicos que comporta, proíbe ou restringe temporariamente uma atividade financeira ou comercialização de um produto, prevenindo uma ameaça ao funcionamento ordenado, à integridade dos mercados ou à estabilidade de parte ou da totalidade do sistema financeiro, ou proteção de investidores (artigos 9.º , n.º 5, 17.º -18.º <sup>59</sup>).

No caso de omissão ou de errada ou incompleta decisão ou implementação pelas ANCs, as ESAs substituem-se na “rede” à entidade que no sistema multinível é originariamente competente, assumindo uma decisão própria<sup>60</sup> em substituição administrativa perante os agentes de um mercado nacional. Estes ficam diretamente sujeitos à sua *potestas* e ao controlo do seu cumprimento (em última instância o cumprimento poderá ser avaliado e decidido pela Comissão e/ou pelo Tribunal).

57 Cfr. caso *Sogelma vs EAR, Società generale lavori manutenzioni appalti Srl vs European Agency for Reconstruction*, Ac. de 8 de Outubro de 2008) onde o TJUE entendeu conforme com os Tratados a estatuição de procedimentos alternativos ao processo judicial (pensamos na Câmara de Recurso) desde que sejam *expressos* e quando *obrigatórios não impeçam o direito à tutela judicial efetiva*.

58 Acerca deste *self-restraint* da Comissão na última década, Daniel Kelemen & Tommaso Pavone, 2021, *Where Have the Guardians Gone? Law Enforcement and the Politics of Supranational Forbearance in the European Union*, acessível in SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3994918> .

59 Numa “situação de emergência”, as medidas podem ser suscitadas junto do Conselho que, em consulta com a Comissão e o ESRB, determina se a ESMA dirige a injunção a uma ou mais entidades nacionais (art. 18.º ). Se os reguladores a não cumprirem, e dentro das *Framework directives* que regem os reguladores nacionais (art. 1.º , n.º 2), dirige aos intervenientes no mercado uma decisão individual para tomar as medidas *necessárias*.

60 Cfr. Regulamento UE 263/2012, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de março de 2012, relativo às vendas a descoberto e a certos aspetos dos swaps de risco de incumprimento, e o Regulamento 600/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15/Mai/2014, relativo ao mercado de instrumentos financeiros.

Alguns Autores denominam estes mecanismos de intervenção última como uma “shadow of hierarchy”<sup>61</sup> (intervenção na “penumbra de uma relação de hierarquia”), i.e., uma “quase-hierarquia” criada para que os sistemas caracterizados por “redes” de interessados e de entidades que decidem de forma poliárquica não sejam paralisados na sua ação. De forma similar ao sistema centralizado e hierarquizado, nos casos em que a *government democrática* (assente no Poder Legislativo e no Poder Executivo) foi dispersa pela *governance* setorial (territorial ou supranacional) e em que intervêm múltiplos agentes, pretende-se evitar bloqueios e obter de forma tempestiva e eficaz as decisões necessárias e/ou urgentes para uma efetiva supervisão dos mercados financeiros e o necessário *enforcement*.

## 8. Tensões políticas e constitucionais dos procedimentos e instrumentos híbridos

Desde 2011 que as ESAs têm utilizado os seus poderes com cada vez menos parcimónia firmando uma *governance* institucional internacional que tende a sobrepor-se à nacional. Esta tendência crescente de transferência vertical de poderes das ANCs independentemente de opções políticas suportadas pelo Tratado de Lisboa, suporta a teoria da *experimental governance*. Em escrito anterior abordámos alguns dos limites colocados a este movimento que tem gerado acrimónia política e tensões de equilíbrio institucional com os Estados-membros, mas também com as instituições da União, tanto mais que persistem dúvidas legais e constitucionais sobre a sua existência<sup>62</sup>.

Vimos como ao nível de *rule-making* foram concedidos poderes de iniciativa no procedimento de adoção de Regulamentos delegados, e num momento em que os Regulamentos têm sido o instrumento jurídico mais utilizado no campo financeiro, eles carecem de “implementação” ao nível nacional. Sendo a implementação ou execução da legislação da União uma tarefa originariamente cominada aos Estados-membros a

61 Adrienne Héritier, e Dick Lehmkuhl, 2008. “Introduction: The Shadow of Hierarchy and New Modes of Governance.” *Journal of Public Policy* vol 28, n.º 1, pp 1–17 acessível in *The Shadow of Hierarchy and New Modes of Governance* | *Journal of Public Policy* | Cambridge Core.; Tania Börzel, 2010. “European Governance: Negotiation and Competition in the Shadow of Hierarchy.” *JCMS: Journal of Common Market Studies* vol 48 , n.º 2, acessível in *European Governance: Negotiation and Competition in the Shadow of Hierarchy* – BÖRZEL – 2010 – JCMS: *Journal of Common Market Studies* – Wiley Online Library

62 Herwig Hofmann & Alessandro Morini, *Constitutional Aspects of the Pluralisation of the EU Executive through ‘Agencification’*, (janeiro 20120) acessível em: *Law Working Paper Series*, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2031499](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2031499); Luís Guilherme Catarino, 2020, “Limites legais e políticos à nova administração europeia dos valores mobiliários”, obra coletiva, coord. Professora Doutora Carla Amado Gomes, *Garantia de Direitos e Regulação: Perspectivas de Direito Administrativo*, Lisboa, AAFDL.

realidade é da sua delegação legislativa à Comissão (art. 290.º) e/ou atribuição dos poderes de execução pelos Estados-membros à Comissão (art. 291.º).

Conforme referido, a par desta europeização de poderes também no domínio da *soft law* e dos atos jurídicos atípicos com efeito vinculativo (artigo 289.º TFUE) o TJUE foi chamada a aferir da sua natureza e legitimidade. O TJUE aceitou desde cedo a sua preceptividade pois apesar de ser uma fonte de direito não vinculativo (artigo 288.º do TFUE), foi criada por ato secundário da União a necessidade de justificação do seu não acatamento<sup>63</sup>. Uma boa *governance* implica a possibilidade do controlo do seu cumprimento, a par do controlo da legalidade ou da possibilidade de revisão das decisões.

O TJUE fez um caminho de avaliação da legalidade de atos de *soft law* com efeitos jurídicos, desde logo quanto à possibilidade do seu controlo judicial<sup>64</sup>. Também aqui, o TJUE aceitou a possibilidade do recurso de atos jurídicos atípicos (i.e., que vão além do artigo 288.º do TFUE), com efeitos externos, mesmo que não vinculativos, praticados por instituições ou por entes administrativos no exercício de poderes próprios (mesmo que a sua atribuição seja de legitimidade duvidosa). Impõe-no a necessidade de um controlo judicial sem lacunas face ao princípio da legalidade que rege a União (por interpretação extensiva do ex-art. 230.º, hoje 263.º TFUE<sup>65</sup>).

A questão teria sido aparentemente pacificada com a norma vertida no atual artigo 263.º, n.º 5 TFUE pelo Tratado de Lisboa, se não fosse, como referimos supra, terem surgido as questões respeitantes à legalidade e sindicabilidade judicial de atos de *soft law* que produzem efeitos jurídicos vinculativos (*de jure* ou *de facto*).

A igualdade, perante a lei e entre todos os cidadãos, é requisito de sistemas democráticos sujeitos a princípios de representatividade e um procedimento legislativo transparente e participado. A União Europeia tem dado passos no sentido de adoção de princípios e de garantias típicas de formas democráticas de organização e de controlo, e aqui a influência do TJUE não necessita demonstração. Por maioria de razão o controlo é essencial quanto estamos perante a aprovação de atos jurídicos atípicos segundo regimes de deliberação poliárquica e que funcionam dentro de sistemas autorreflexivos. A revisão do SESF em 2019 e a possibilidade de acesso direto dos cidadãos às ESAs *vg* perante atos “*ultra vires*”, e de resolução extrajudicial de diferendos, engloba a necessária interpretação da *soft*

63 Cfr. o caso *Salvatore Grimaldi vs Fonds des Maladies Professionnelles*, Proc. C-322/88, de 13Dez1989

64 Cfr. o caso *Parti Écologiste “Les Verts” vs Parlamento Europeu* e o Acórdão de 23Abr1986 (Proc. 294/83), ante o pedido de declaração de nulidade de uma decisão do Parlamento Europeu ao abrigo do art. 173.º do Tratado da Comunidade Económica europeia.

65 Cfr. o caso *Solgema, Società generale lavori manutenzioni appalti Srl vs European Agency for Reconstruction*, e o Acórdão de 8 de outubro de 2008 (Proc. T-441/06).

law com efeitos vinculativos, sendo por isso “remédios” importantes no controlo desta governação híbrida<sup>66</sup>.

A nível da estrutura institucional existem algumas debilidades constitucionais que o TJUE tem também vindo também a cobrir<sup>67</sup>. Estas Autoridades nasceram sob o que denominámos de “pecado original” de inexistir norma de habilitação (ou de atribuição) nos Tratados que permita a sua criação ou a delegação de poderes funcionais conferidos às instituições neles previstas<sup>68</sup>. A “delegação” de competências nunca foi um conceito vertido nos três Tratados constitutivos da CEE pois os poderes atribuídos a cada instituição foram-no em exclusivo – com a ressalva da implementação necessária pelos Estados-membros e Comissão Europeia mediante expressa delegação pelo Conselho. A distribuição dos poderes das instituições da União vertida nos Tratados permite esta dinâmica de descentralização a prosseguir pelo Conselho no processo co-legislativo, enquanto “medida de aproximação das legislações” nacionais (artigo 114.º TFUE).

A nova arquitetura que molda “de facto” a *governance* da União convoca questões de legitimidade face à letra dos Tratados e à distribuição institucional de competências aí vertida, mas a turbulência daí decorrente e do seu afastamento de Parlamentos (e de partidos políticos) e Executivos (da União e dos Estados-membros) preserva-as da influência política (nacional e supranacional).

O TJUE decidiu há muito ser possível a criação, por ato legislativo derivado, de órgãos ou entidades dotadas de personalidade jurídica e com fortes poderes próprios<sup>69</sup>, mas manifestou fortes reservas no que respeita à legitimidade de lhes ser atribuído um poder discricionário ou com uma margem de amplitude que possibilite a tomada de decisões de verdadeira *politics*. O TJUE parece ter aceiteado a atribuição de uma “discricionariedade limitada” no caso *ESMA short-selling* em que fora esgrimido pelo Reino Unido, *inter alia*, o argumento da necessidade da manutenção do equilíbrio de poderes (*balancing powers*)

66 Jonathan Zeitlin 2016, “EU Experimentalist governance in times of crisis”, *West European Politics*, vol. 39, n.º 5, pp. 1073-1094, acessível em <http://dx.doi.org/10.1080/01402382.2016.1181873>

67 Herwig Hoffman & Alessandro Morini, 2012, *Constitutional Aspects of the Pluralisation of the EU Executive through Agencification*, (Janeiro 2012). Acessível em: Law Working Paper Series, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2031499](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2031499)

68 No caso *ESMA short-selling* o próprio Advogado-Geral alegou a invalidade da criação da autoridade por ter como base legal o artigo 114.º, ao invés de se legitimar no artigo 352.º TFUE – não aceite pelo TJUE

69 Cfr. o caso *Meroni & Co Industrie Metallurgiche SpA vs Alta Autoridade do Tratado CECA*, Proc.s. 9 e 10/56, 1957, JOC133.

frente à discricionariedade dos novos entes<sup>70</sup>. Esta matéria ainda não está pacificada dependendo da jurisprudência de futuros casos concretos<sup>71</sup>.

## 9. Algumas conclusões.

A regulação experimental sempre existiu e tem sido utilizada no âmbito sociológico, jurídico, económico, e tem a ver com equilíbrio (entre forças ou elementos), mediante estabelecimento de normas. A estabilidade, nas teorias dos sistemas, designa um processo pelo qual uma grandeza física (velocidade, pressão, temperatura), sujeita a descontinuidades, é controlada e mantida a determinado valor prescritivo, independente de perturbações externas, processo realizado mediante um grau de comando tendente para o equilíbrio.

O conceito de poliarquia utilizado no domínio da ciência política desde 1956 e crismado por Robert Dahl como meio de descrever formas de exercício do poder de forma participada e por plúrimos atores sem o predomínio de um sobre o “outro”<sup>72</sup>, tem sido profusamente glosado e utilizado sobretudo enquanto medida normativa de procedimentos mínimos, na democracia e nos regimes democráticos. O tema tem especial pertinência e atualidade da União Europeia em domínios como o político, dado o retrocesso dos princípios de democracia que fundaram a União e o desrespeito pela legalidade e independência do Poder Judicial (pelo Estado de Direito) em alguns Estados-membros como a Hungria e a Polónia<sup>73</sup>. Está a ser reavivado e transplantado para outros domínios sociais de que nos interessa o da *governance* institucional da própria União, considerada quanto aos diferentes meios e procedimentos de tomada de decisão e de *enforcement* e resolução de diferendos, em diferentes organizações, territórios ou sistemas sociais (no nosso caso, num sistema social

70 Com efeito, no caso ESMA-Short Selling o TJUE afirmou, em abstrato, a possibilidade de delegação de poderes discricionários “limitados – cfr. o caso ESMA short-selling, *Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte contra Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia* e o Acórdão de 22 de janeiro de 2014, Proc. C-270/12.

71 Mira Scholten & Marloes van Rijsbergen, *The ESMA-Short Selling Case: Erecting a New Delegation Doctrine in the EU upon The Meroni-Romano Remnants* (2014). Acessível em SSRN: <https://dspace.library.uu.nl/handle/1874/320874> (consultado a 7 de Novembro de 2018), 389-405. Cfr. o Acórdão de 14 de maio de 1981, *Giuseppe Romano v. Institut National d'Insurance Maladie-Invalidité* (Romano), Proc. C-98/90, ECLI:EU:C:1981:104.

72 Dahl, R. A. (1971). *Polyarchy: Participation and opposition*, Yale University Press; LINDSETH, Peter, 1999, “Democratic Legitimacy and the Administrative Character of Supranationalism: The Example of the European Community”, *Columbia Law Review*, 99, (1999). Acessível em [http://digitalcommons.uconn.edu/law\\_papers/357](http://digitalcommons.uconn.edu/law_papers/357)

73 O retrocesso ou deterioração da democracia pode ser associado a outros indicadores, como a grave corrupção que alegadamente caracteriza Estados-membros como a Roménia, Hungria e Bulgária – GORA, Anna & de WILDE, Pieter, 2022, “The essence of democratic backsliding in the European Union: deliberation and rule of law”, *Journal of European Public Policy*, Vol. 29, n.º 3, pp. 342–362, acessível in <https://doi.org/10.1080/13501763.2020.1855465>.

reflexivo e bem delimitado<sup>74</sup>). Tem virtualidades explicativas e preditivas em sistemas e processos de interação necessária, de diferentes normas de conduta na sua legitimidade e natureza, e nas diferentes formas de exercício de poder (jurídico e financeiro) em que nenhum dos atores detém, por si só, o poder decisório porque este consiste no poder de argumentação. Tal não significa, como vimos, que haja resultados democráticos automáticos sem meios novos de *accountability*.

No domínio do sistema financeiro e a propósito da criação do Mecanismo Único de Supervisão (MUS ou SSM, do inglês *Single Supervisory Mechanism*) e das suas reações com as ANCs. Zeitlin reutiliza o conceito separando-o das formas típicas de organização hierárquica (centralizada e que impõe as regras e princípios *top-down*, como sucede na União Bancária). Mas em termos de *governance* do SESF a realidade assenta numa organização poliárquica, centralizada mas assente numa cooperação intensa entre diversos atores, experimental porque assente na plasticidade das normas e dos procedimentos adotados numa relação de adaptação permanente face às diversidades nacionais – e nessa medida é *bottom-up* –, implicando instituições concretas de cariz internacional, transnacional e nacional – e nessa medida o sistema é multinível –, e baseada em mecanismos de aprendizagem e adaptação – *learning by differences* – e de avaliação entre atores e por todos os atores – em *peer reviews*<sup>75</sup>.

Não podemos falar já, neste momento, num sistema descentralizado, mas um caminho de centralização federalizante e de afastamento da intergovernamentalidade – mesmo a representação nacional na *governance* do SESF repousa em pessoas e entidades independentes dos Executivos nacionais<sup>76</sup> –, mas tendo sempre como limite os princípios da subsidiariedade e de proporcionalidade que regem a União (artigo 5.º do TUE).

O caminho é prosseguido através de procedimentos de decisão e de normação híbridos – porque assentes num processo de tentativa e experimentação –, por instrumentos híbridos – como são os atos atípicos e a *soft law* –, num procedimento flexível e tendencialmente integrador que tem um defensor assumido no TJUE – uma instituição que desde a criação da Comunidade Económica Europeia tem sido essencial no caminho da integração europeia<sup>77</sup>.

74 Ulrich BECK, Anthony GIDDENS, e S. LASH, 1994, *Reflexive Modernization: Politics, Tradition and Aesthetics in the Modern Social Order*, Stanford, Stanford University Press, 59

75 Jonathan Zeitlin, 2023, “Hierarchy, polyarchy, and experimentalism in EU banking regulation: the Single Supervisory Mechanism in action”, in *Journal of European Integration*, Volume 45, acessível in *Journal of European Integration* | Taylor & Francis Online (tandfonline.com), pp. 79-101

76 CATARINO, 2021: 52 ss (supra nota 3.)

77 Cfr a *ratio decidendi* favorável aos poderes de emissão de *soft law* pela EBA, Acórdão de 15 de julho de 2021, *Fédération Bancaire Française vs Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution*, Proc. C-911/19 ECLI:EU:C:2021:599.



# RECENSÃO CRÍTICA

---



---

## **Recensão Crítica dos artigos: “A dignidade da pessoa humana na persecução criminal: os princípios democrático e da lealdade processual penal” e “A esquizofrenia dos meios investigatórios invasivos dos direitos fundamentais pessoais”.**

Critical review of the articles: “The dignity of the human person in criminal prosecution: the democratic principles and the fairness of criminal proceedings” and “The schizophrenia of investigative means that invade personal fundamental rights”.

**TELMA VITÓRIA<sup>1</sup>**

vitória.telma1999@gmail.com

---

**GALILEU - REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA** · e-ISSN 2184-1845

Volume XXIV · 1<sup>st</sup> January Janeiro - 31<sup>st</sup> December Dezembro 2023 · pp. 237-241

DOI: <https://doi.org/10.26619/2184-1845.XXIV.1/2.01>

Submitted on September 8<sup>th</sup>, 2023 · Accepted on December 31<sup>st</sup>, 2023

Submetido em 8 de Setembro, 2023 · Aceite a 31 de Dezembro, 2023

---

A presente recensão crítica versa sobre os seguintes textos: “A dignidade da pessoa humana na persecução criminal: os princípios democrático e da lealdade processual penal”, escrito por **Manuel Monteiro Guedes Valente**<sup>2</sup>, “Ética e estética do processo penal: as investigações ocultas e o contraditório sobre as provas”, escrito por **Germano Marques da Silva**<sup>3</sup>, “A esquizofrenia dos meios investigatórios invasivos dos direitos fundamentais pessoais” de **Manuel Guedes Valente**<sup>4</sup>.

Perante a leitura dos três textos enunciados, é evidente que toda a problemática apresentada pelos autores tem como base a discussão da proteção dos direitos fundamentais e a consequente ameaça dos mesmos perante a aplicação de meios de prova e de obtenção de prova que podem trazer fortes ameaças a todo o conjunto de direitos,

---

1 Aluna do Mestrado em Direito, especialização em Ciências Jurídico-Criminais. Recensão crítica apresentada na UC de Direito Processual Penal Avançado.

2 Valente, M. M. G. (2022). A dignidade da pessoa humana na persecução criminal: os princípios democrático e da lealdade processual penal. In Alves, C. A., Morão, H., Leite, I. F., Caires, J. G., Costa, J. N., Palma, M. F., Mendes, P. S., Pereira, R. S., Brito, T. Q., & Ramos, V. C. (Eds.), *Prof. Doutor Augusto Silva Dias - In Memoriam*. Lisboa: AAFDL, p.....

3 Silva, G. M. (2022). Ética e estética do processo penal: as investigações ocultas e o contraditório sobre as provas. In Albuquerque, P. P., Cunha, J. M. D., Faria, P. R., Cunha, C. F. & Ferreira, E. (Eds.), *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Américo Taipa de Carvalho*. Porto: Universidade Católica Editora, pp. ....

4 Valente, M. M. G. (2022). A esquizofrenia dos meios investigatórios invasivos dos direitos fundamentais pessoais. In: Moutinho, J. L., Salinas, H., Sequeira, E. V. & Marques, P. G. (Eds.), *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*. Lisboa: Universidade Católica Editora, pp.

liberdades e garantias do cidadão que devem sempre assentar no *princípio da dignidade da pessoa humana*<sup>5</sup>.

Para analisar qualquer questão de Direito e, mais concretamente, qualquer questão de Direito Processual Penal não podemos demitir-nos da norma mãe que orienta o Estado português, a Constituição da República Portuguesa (CRP), que deve ser impreterivelmente respeitada em todas as fases do processo criminal e em toda a atuação tanto dos Órgãos de Polícia Criminal (OPC), assim como do Ministério Público (MP), do Juiz de Instrução Criminal (JIC), do Juiz de Julgamento e demais participantes.

Como refere **Manuel Guedes Valente**, “a pessoa é um sujeito e não um objeto, é fim e não meio de relações jurídico-sociais”<sup>6</sup> e, como tal, no decorrer de um processo criminal não deve prevalecer a ideia da descoberta da verdade a todo e qualquer custo em detrimento de se verem violados os direitos constitucionalmente consagrados e os princípios subjacentes e inerentes a um Estado de Direito Democrático como é o caso do Estado português. Assim, como alude **Germano Marques da Silva** “é necessário ter presente que a verdade no processo não pode procurar-se por quaisquer meios, mas tão-só pelos meios processualmente admissíveis, ainda que dessa limitação possa resultar algumas vezes o sacrifício da verdade”<sup>7</sup>.

Acompanhamos, neste sentido, também a linha de pensamento de **Manuel Guedes Valente** quando nos dois textos apresentados se retira que a intervenção do Estado e dos atores judiciais deve ser limitada, consoante o *princípio democrático* e o *princípio da lealdade* consagrados no artigo 2.º e n.º 8 do artigo 32.º da CRP, conjugando este último com o artigo 125.º e 126.º do Código de Processo Penal (CPP) quanto ao *princípio da inadmissibilidade da prova*<sup>8</sup>.

**Germano Marques da Silva** reforça “a necessidade de transparência e registo processual de todos os atos da investigação criminal”<sup>9</sup> dando ênfase à importância de combater qualquer atuação que ultrapasse os limites perentórios quanto à produção da prova. Neste sentido, a aplicação de qualquer medida ou do procedimento de qualquer obtenção de prova deve ser imperativamente acompanhada de fundamentação, conforme o artigo 205.º da CRP.

5 Cf. Artigo 1.º da Constituição da República Portuguesa.

6 Valente, M. M. G. (2022). A dignidade da pessoa humana na persecução criminal: os princípios democrático e da lealdade processual penal. In Alves, C. A., Morão, H., Leite, I. F., Caires, J. G., Costa, J. N., Palma, M. F., Mendes, P. S., Pereira, R. S., Brito, T. Q., & Ramos, V. C. (Eds.), *Prof. Doutor Augusto Silva Dias – In Memoriam* (pp. 406). AAFDL.

7 Silva, G. M. (2010). Princípio da investigação ou da verdade material. In G. M. Silva, *Curso de Processo Penal I – noções gerais, elementos do processo penal* (6.º edição, pp. 101). Verbo.

8 Neste sentido, “não podemos olhar para a prova apenas como resultado, mas acima de tudo como um processo comunicacional probatório dialético límpido e transparente: leal e democrático”. (Valente, 2021).

9 Silva, G. M. (2022). Ética e estética do processo penal: as investigações ocultas e o contraditório sobre as provas. In Albuquerque, P. P., Cunha, J. M. D., Faria, P. R., Cunha, C. F. & Ferreira, E. (Eds.), *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Américo Taipa de Carvalho*. (pp. 562). Universidade Católica Editora.

Isto permitirá saber em concreto as razões que levaram à aplicação de determinado meio de obtenção de prova e saber se os mesmos respeitam o *princípio da legalidade, da proporcionalidade*<sup>10</sup> (com os subprincípios da *necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito*), procedendo à devida fiscalização. Só em concordância e em diálogo com estes pilares constitucionais (sempre em harmonia com os demais princípios e direitos que se tornam imprescindíveis) é que se poderá prosseguir com um processo, investigação e julgamento justos e credíveis.

Após a leitura atenta dos três textos constata-se que ambos os autores acompanham o mesmo pensamento no que se reporta à defesa dos direitos fundamentais quando a discussão se impõe entre optar por métodos mais eficazes e reveladores da verdade<sup>11</sup> ou assegurar os limites que devem afigurar-se intransponíveis quanto às questões da prova.

O próprio recurso a meios ocultos de investigação criminal (agente encoberto, agente infiltrado, videovigilância, gravação de voz, entre outros) e invasivos da esfera jurídica do indivíduo e dos seus direitos deve, como indica **Manuel Guedes Valente**<sup>12</sup>, respeitar a reserva da intimidade da vida privada e familiar, consagradas no artigo 26.º da CRP, sendo que estes direitos estão incluídos na própria dignidade da pessoa humana explanado no artigo 1.º da norma constitucional. Neste sentido, deve ser aplicado conjuntamente o n.º 8 do artigo 32.º da CRP quanto à nulidade de qualquer prova que coloque em causa os direitos e princípios já mencionados.

**Germano Marques da Silva**, no que diz respeito à atuação do agente encoberto, refere que o mesmo deve ser “*excecional*”<sup>13</sup>. Adiciona que é inaceitável que os agentes sejam revestidos pelo anonimato, revelando novamente a necessidade da transparência para que o arguido saiba quais os atos que foram realizados com vista a que se possa defender e denunciar caso se verifique a ocorrência de ações provocatórias. Na mesma linha de pensamento quanto à transparência, **Manuel Guedes Valente** afirma que “*a fundamentação dos requerimentos e das decisões, como manifestação de transparência da administração da justiça em nome do povo, é essência medular do princípio democrático.*”<sup>14</sup>

10 Cf. n.º 2 do artigo 18.º da Constituição da República Portuguesa.

11 Falamos de uma verdade que, nos dias de hoje, o próprio povo aclama conhecer perante a sensação de injustiça e insegurança que assola o nosso e tantos outros países. Verdade esta questionável e, no nosso entender, duvidosa por se obter através do afastamento do indivíduo (arguido e vítima) da sua dignidade humana.

12 Valente, M. M. G. (2022). A dignidade da pessoa humana na persecução criminal: os princípios democrático e da lealdade processual penal. In Alves, C. A., Morão, H., Leite, I. F., Caires, J. G., Costa, J. N., Palma, M. F., Mendes, P. S., Pereira, R. S., Brito, T. Q., & Ramos, V. C. (Eds.), *Prof. Doutor Augusto Silva Dias - In Memoriam* (pp. 417). AAFDL.

13 Silva, G. M. (2022). Ética e estética do processo penal: as investigações ocultas e o contraditório sobre as provas. In Albuquerque, P. P., Cunha, J. M. D., Faria, P. R., Cunha, C. F. & Ferreira, E. (Eds.), *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Américo Taipa de Carvalho*. (pp. 557). Universidade Católica Editora.

14 Valente, M. M. G. (2022). A dignidade da pessoa humana na persecução criminal: os princípios democrático e da lealdade processual penal. In Alves, C. A., Morão, H., Leite, I. F., Caires, J. G., Costa, J. N., Palma, M. F., Mendes,

Acompanhamos este pensamento por considerarmos que estando inseridos num Estado de Direito Democrático, como consagra a própria CRP, e sendo o próprio povo quem escolhe os seus representantes também ele deve ter conhecimento das decisões proferidas e das medidas aplicadas, bem como dos argumentos que as sustentam para a plena verificação do *princípio democrático*.

Chamamos à colação o pensamento de **Costa Andrade**, citado pelo Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa<sup>15</sup>, indicando que “*não deixa de ser pertinente, e continuar atual pese embora reportada à revisão do Cód. Processo Penal de 2007, a crítica vertida por Costa Andrade ao direito português «Tomado no seu conjunto, o direito português dos meios ocultos de investigação caracteriza-se pelas lacunas e descontinuidades, incongruências e inconsistências e, sobretudo, por insustentáveis contradições e assimetrias normativas, axiológicas e politico-criminais.*”. Ora, sendo a aplicação de meios ocultos uma forma de limitação dos direitos fundamentais não nos parece admissível que se mantenham presentes incongruências e lacunas quanto a estas matérias.

Temos consciência das mudanças que a sociedade e o mundo em geral têm sofrido e sabemos, como menciona<sup>16</sup> **Manuel Guedes Valente**, que enfrentamos um período muito crítico no que diz respeito ao aparecimento de discursos de punibilidade mais gravosa, refletindo no aumento das penas e na aplicação de medidas violadoras de direitos. A ideia da necessidade de um sistema penal mais severo que promova eficácia dos processos sem limites é como refere o autor “*enferma*”<sup>17</sup>, percebendo que “*os meios maus corrompem até os melhores fins*”<sup>18</sup>.

Nos próprios meios de comunicação social proliferam discursos de uma solução ilusória que vem cada vez mais a ser admitida e apoiada pelo povo, sem a noção que poderão ser os próprios a colocar em causa os seus direitos e a sua dignidade. Olhar para o Direito Penal como um instrumento de garantia apenas da segurança coletiva e dos mais fracos é esquecer por completo o verdadeiro sentido do sistema e descartar um passado, ainda recente, que deixou marcas quanto à violação grave de direitos, liberdades e garantias. Essa perspetiva histórica deve, no nosso entender, ser sempre analisada quando abordamos estas questões. Enquanto cidadãos de um Estado, já antes abalado

P. S., Pereira, R. S., Brito, T. Q., & Ramos, V. C. (Eds.), *Prof. Doutor Augusto Silva Dias – In Memoriam* (pp. 418). AAFDL.

15 Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa – Processo 4/22.2AALSB-B.L1-5 de 08-11-2022

16 Valente, M. M. G. (2022). A esquizofrenia dos meios investigatórios invasivos dos direitos fundamentais pessoais. In Moutinho, J. L., Salinas, H., Sequeira, E. V. & Marques, P. G. (Eds.), *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*. Universidade Católica Editora.

17 Valente, M. M. G. (2022). A esquizofrenia dos meios investigatórios invasivos dos direitos fundamentais pessoais. In Moutinho, J. L., Salinas, H., Sequeira, E. V. & Marques, P. G. (Eds.), *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva* (pp. 1584). Universidade Católica Editora.

18 (BOBBIO, 1999, citado por Manuel Monteiro Guedes Valente, 2022, p. 1584)

por sistemas inquisitórios e persecutórios<sup>19</sup>, não nos podemos demarcar dessas raízes e renunciar aos esforços que outrora fizemos (e que esperemos continuar a fazer) para assegurar a liberdade e a dignidade do ser humano.

Perante o pensamento refletido nos textos, percebemos que toda a problemática dos direitos fundamentais coordenada com a questão da prova e da obtenção da mesma ainda é<sup>20</sup> um debate importante da atualidade, principalmente por estarmos a assistir cada vez mais a ideias e discursos de implementação de um sistema penal mais severo no combate ao crime.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Portugal. Presidência da República (2019). *Constituição da República Portuguesa* (6.<sup>a</sup> Edição). Coimbra: Almedina.
- Portugal. Presidência da República (2022). *Código de Processo Penal* (13.<sup>a</sup> Edição). Coimbra: Almedina.
- SILVA, G. M. (2010). Princípio da investigação ou da verdade material. In G. M. Silva, *Curso de Processo Penal I – noções gerais, elementos do processo penal* (6.<sup>o</sup> edição, pp. 101). Verbo.
- SILVA, G. M. (2022). Ética e estética do processo penal: as investigações ocultas e o contraditório sobre as provas. In Albuquerque, P. P., Cunha, J. M. D., Faria, P. R., Cunha, C. F. & Ferreira, E. (Eds.), *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Américo Taipa de Carvalho*. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- VALENTE, M. G. (2021). *Cadeia da custódia da prova* (3.<sup>a</sup> Edição). Coimbra: Almedina.
- VALENTE, M. M. G. (2022). A dignidade da pessoa humana na persecução criminal: os princípios democrático e da lealdade processual penal. In Alves, C. A., Morão, H., Leite, I. F., Caires, J. G., Costa, J. N., Palma, M. F., Mendes, P. S., Pereira, R. S., Brito, T. Q., & Ramos, V. C. (Eds.), *Prof. Doutor Augusto Silva Dias – In Memoriam*. Lisboa: AAFDL.
- VALENTE, M. M. G. (2022). A esquizofrenia dos meios investigatórios invasivos dos direitos fundamentais pessoais. In Moutinho, J. L., Salinas, H., Sequeira, E. V. & Marques, P. G. (Eds.), *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*. Lisboa: Universidade Católica Editora.

19 “A história demonstra que esse modelo benevolente e de tutela dos fracos se converteu no modelo mais feroz na e de perseguição e na e de tortura e destruição dos mais fracos.” (Valente, 2022, pp. 1584)

20 E, no nosso entender, deve continuar a ser uma questão de preocupação geral – não só dos “técnicos do direito”, mas também dos restantes cidadãos de um Estado democrático.

