

L'ILLICEITÀ DELLE PROVE NEL SISTEMA ACCUSATORIO: L'IMPARZIALITÀ E IL DOVERE DEL GIUDICE DI FRONTE A PROVE INAMMISSIBILI DOVUTE ALLE MODIFICHE PROMOSSE DAL PACCHETTO ANTI-CRIMINALITÀ NEL CODICE DI PROCEDURA PENALE BRASILIANO

THE ILLEGALITY OF THE EVIDENCE IN THE ACCUSATORY SYSTEM: THE IMPARTIALITY AND THE DUTY OF THE JUDGE IN THE FACE OF INADMISSIBLE EVIDENCE DUE TO THE CHANGES PROMOTED BY THE ANTI-CRIME PACKAGE IN THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCEDURE CODE

Rodrigo Teles de Oliveira

Master in Storia del pensiero giuridico – Storia delle idee penali. Professore di Diritto Penale e Diritto Processuale Penale. Avvocato.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4157697393961985>

ORCID: 0000-0002-8596-1163

telesrodrigo@outlook.com

Astratto: Il Pacchetto Anti-Criminalità ha portato importanti cambiamenti nel Codice di Procedura Penale brasiliano – CPP. Per quanto riguarda le modifiche promosse sulla teoria delle prove, si osserva che il legislatore ha cercato, come espressione del sistema accusatorio, di dare priorità all'imparzialità del giudice. Attraverso un'analisi delle attuali regole procedurali e della raccolta di materiale bibliografico, abbiamo cercato di capire la reale necessità dell'inserimento del § 5º nell'art. 157 del CPP. Sebbene cerchi troppo di dare il primato al principio di imparzialità, i cambiamenti derivano dal Pacchetto Anti-Criminalità in materia relativa alla teoria delle prove nei procedimenti penali sono in conflitto con altri principi di Diritto Processuale Penale altrettanto importante. È evidente che detta disposizione è irragionevole nei procedimenti penali nella ricerca di una decisione equa.

Parole chiave: prova inammissibile, imparzialità del giudice, sistema accusatorio, Codice di Procedura Penale brasiliano, Pacchetto Anti-Criminalità.

Abstract: The Anti-Crime Package brought important changes to the Brazilian Criminal Procedure Code – CPC. As for the changes promoted on the theory of the criminal evidence, it is noted that the legislator sought, as an expression of the accusatory system, to give priority to the impartiality of the judge. Through an analysis of the current procedural rules and the collection of bibliographic material, the study aimed to understand the real need for the insertion of § 5º in art. 157 of the CPC. It has been clear to understand that, although it tries too much to give primacy to the principle of impartiality, the changes arising from the Anti-Crime Package on the subject related to the theory of evidence in criminal proceedings are in conflict with other principles of Criminal Procedure Law of equal importance. It is clear that this provision is unreasonable in criminal proceedings in the search for a fair decision.

Keywords: inadmissible evidence, impartiality of the judge, accusatory system, Brazilian Criminal Procedure Code, Anti-Crime Package.

Introduzione

Il Pacchetto Anti-Criminalità (Legge n. 13.964 del 24 dicembre 2019) ha generato un'importante riforma del sistema giudiziario-penale brasiliano. Tra i vari cambiamenti promossi dal Pacchetto nella disciplina procedurale penale brasiliana, vi è l'inserimento del § 5º all'art. 157 del Codice di Procedura Penale – CPP, nel determinare la

ridistribuzione del processo da parte del giudice che è a conoscenza del contenuto delle prove irricevibili nel processo.

A causa della modifica del CPP brasiliano nelle materie relative alle prove procedurali, determinato dal Pacchetto Anti-Criminalità, sorge la necessità di uno studio più approfondito non solo sulla teoria delle prove nei procedimenti penali, ma anche del sistema

procedurale adottato dall'ordinamento brasiliano in vista della nuova realtà imposta dalla Legge n. 13.964/19. Questo nuovo dispositivo aggiunto dal Pacchetto porta alla necessità di indagare sulle basi principali dei procedimenti penali in Brasile, in modo che sia possibile comprendere la fattibilità di istituire il dispositivo citato nell'ordinamento giuridico brasiliano.

Nel conciliare la teoria delle prove procedurali penali con il sistema procedurale adottato dal procedura penale brasiliano, cercheremo, attraverso un'analisi delle basi principiologiche che supportano sia il processo penale brasiliano sia la teoria delle prove nel processo penale, verificare i vantaggi e gli svantaggi che la modifica menzionata apporta al processo.

Il presente studio è stato possibile solo attraverso un'analisi esegetica delle attuali norme procedurali in materia di prove nel processo penale brasiliano, in particolare il Codice di Procedura Penale brasiliano e le modifiche determinate dalla Legge n. 13.964. Questa scelta metodologica, insieme alla revisione bibliografica, sempre sostenuto dai principi di Diritto Processuale Penale e dai principi di prova penale, ha consentito una migliore comprensione delle innovazioni giuridiche introdotte dal Pacchetto Anti-Criminalità nel CPP, in relazione all'obbligo del magistrato di fronte a prove irricevibili nel processo penale, nonché su questioni inerenti al ruolo del giudice nel sistema procedurale penale brasiliano.

Supportato da queste basi, è stato possibile non solo capire il sistema procedurale penale adottato dal diritto brasiliano, mostrando il dovere del magistrato nel sistema brasiliano, il sistema di prove adottato dal Codice di Procedura Penale brasiliano e il dovere del giudice quando viene a conoscenza del contenuto delle prove inammissibili nei procedimenti penali, ma anche comprendere gli inconvenienti teorici e pratici dell'aggiunta del paragrafo 5° all'art. 157 del CPP.

1. Il sistema procedurale penale nell'ordinamento giuridico brasiliano

Sebbene la formulazione originale del Codice di Procedura Penale – CPP del 1941, attualmente in vigore in Brasile, sia stata fortemente influenzata dal codice aggettivo penale italiano degli anni '30, avendo, di conseguenza, una forte inclinazione inquisitoria,¹ le varie riforme in materia procedurale penale e, soprattutto, l'emergere del Diritto Processuale Penale Costituzionale, con la Costituzione della Repubblica del 1988, ha dato all'attuale Codice di Procedura Penale brasiliano una caratteristica che si allinea sempre più al sistema di accuse.

La modifica del CPP brasiliana del 1941 con la Legge n. 13.964 del 24 dicembre 2019, meglio nota come Pacchetto Anti-Criminalità, ribadisce ulteriormente l'opzione del legislatore brasiliano per adozione del sistema accusatorio in materia procedurale penale.

Va detto che la più grande distinzione tra il sistema inquisitorio e il sistema accusatorio è in relazione alla proprietà dell'indagine/azione giudiziaria penale e al processo. Mentre nel sistema inquisitorio spetta al giudice avere la proprietà dell'indagine, dell'accusa e del giudizio, comportandosi come un accusatore e giudice allo stesso tempo,² oltre ad avere un'ampia iniziativa probatoria,³ nel sistema accusatorio il giudice diventa equidistante dalle parti,⁴ non avendo più la stessa libertà di richiedere la produzione di prove senza comprometterne l'imparzialità.⁵ Inoltre, nel sistema accusatorio, la proprietà dell'indagine/azione giudiziaria penale è diversa da quella dell'organo giudiziario responsabile del giudizio,⁶ con la presenza del giudice nella fase pre-procedurale solo di fronte alla cosiddetta "riserva giurisdizionale", in materie che incidono, troppo, sui diritti e garanzie individuali, come la libertà, la privacy e l'intimità,⁷ senza

influire, in teoria, la sua imparzialità, principalmente perché non agiranno nella fase pre-procedurale come detentori dell'indagine, ma solo garantendo la regolarità delle procedure abili di causare gravi danni agli indagati.

2. Il sistema probatorio e il giudice nel Diritto Processuale Penale brasiliano

In relazione alla teoria delle prove in materia penale nell'attuale Codice Procedurale Penale brasiliano, sembra che se cerchi sempre più l'allineamento con il sistema accusatorio, vietando drasticamente la libertà di iniziativa probatoria del giudice, limitandosi a ipotesi previste dall'art. 156, I e II, del CPP, in modo che il convenuto cessi di essere analizzato come oggetto procedurale, con la sua colpa già assunta, e, come espressione del sistema accusatorio, diventa un essere di diritti e presumibilmente innocenti, finché è costituite prove legittime prodotte di fronte al contraddittorio e con l'ampia difesa garantita.

In relazione alla teoria delle prove nel Diritto Processuale Penale brasiliano, sembra che la prestazione del giudice in modo supplementare e sostitutivo all'accusa diventi irrealizzabile, come espressione dell'adozione del sistema accusatorio.⁸ Sebbene sia possibile concepire la prestazione del magistrato in una forma di difesa supplementare e sostitutiva, principalmente a causa della insufficienza tecnica della difesa nella produzione di prove rispetto all'organo di accuse, deve essere compreso dall'incostituzionalità dell'articolo 156, I, del CPP, specialmente quando le prove da produrre sono contro la difesa.

Superato il sistema di prove legali (o tariffate), in cui il valore di ciascun tipo di prova prodotta in un determinato processo è stato precedentemente valutato dal legislatore, il sistema giuridico brasiliano, in relazione alle prove nella procedura penale, adotta, di regola, la teoria della libera convinzione motivata del magistrato, e spetta a lui, di fronte a tutte le prove prodotte nel processo criminale, in modo ragionato, nel *decisum*, indicare quali prove erano essenziali per la formazione della sua convinzione.

Poiché il giudice è libero di formulare la sua convinzione, tutte le prove penali devono essere formate, ai sensi dell'art. 155, *caput*, del CPP, all'interno del processo, come espressione del contraddittorio e dell'ampia difesa, consentendo alla parte avversa di essere consapevole dell'intero contributo probatorio del processo e di avere la possibilità di reagire in un modo che persuade il giudice in modo razionale. In un sistema accusatorio, il giudice deve essere inerte nell'iniziativa probatoria e imparziale nella valutazione probatoria.⁹

3. L'imparzialità del giudice e l'alterazione del Pacchetto Anti-Criminalità in relazione alle prove irricevibili

Le prove prodotte durante la fase procedurale sono l'elemento più importante per la libera convinzione del giudice, che deve decidere in modo ragionato. Il giudice ha il dovere di decidere in modo imparziale, tenendo conto solo delle prove prodotte nel processo in modo lecito. Il Pacchetto Anti-Criminalità (Legge n. 13.964/19) ha aggiunto il § 5° all'art. 157 del CPP, al fine di determinare la redistribuzione del processo, impedendo al giudice di pronunciare la decisione quando ha accesso al contenuto delle prove inammissibili nel processo.

Lo scopo di questo dispositivo aggiunto dal Pacchetto Anti-Criminalità era di consentire al nuovo giudice di rendere la sua decisione più imparziale, poiché non aveva alcun contatto con il contenuto delle prove irricevibili, diventando così come un modo garantire la regolarità del processo, poiché non analizzerebbe più le altre prove influenzato dal contenuto delle prove irricevibili.

Sebbene la nuova disposizione incoraggi ulteriormente l'imparzialità del giudice e il controllo della regolarità dell'attività statale persecutoria, sembra che, quando la presente disposizione si confronta con gli altri principi di procedura penale e della teoria delle prove processuali penali, il § 5° dell'art. 157, del CPP si rivela irragionevole, portando molti più svantaggi alla portata della giustizia che, di fatto, vantaggi.

Il principio dell'identità fisica del giudice sarebbe stato violato. Con la nuova disposizione, il giudice che ha presieduto la fase di prova non avrebbe necessariamente pronunciare la sentenza, contrariamente a quanto stabilito dalla regola dell'art. 399, § 2°, del CPP. Nel momento in cui la redistribuzione del caso è determinata perché il giudice aveva accesso al contenuto delle prove inammissibili, la sua redistribuzione porterebbe il nuovo giudice a prendere una decisione più distante dalla verità materiale, poiché non era presente al momento della produzione di tutte le prove procedurali, consentendo l'emergere di una decisione ingiusta e in modo tale che la conclusione giudiziaria corra il rischio di essere incompatibile con i fatti oggetto di analisi nel processo penale, perché costringerà la redistribuzione del processo a un giudice che non conosce il caso e, ancor meno, ha partecipato alla fase di prova.

A causa della redistribuzione obbligatoria del caso se il giudice ha accesso al contenuto delle prove inammissibili, ostacolerà lo sviluppo dell'intero processo nel modo giusto, violando il principio della velocità procedurale, economia procedurale e durata ragionevole dei procedimenti penali.

Una decisione giusta, a causa degli effetti stigmatizzanti del processo criminale e come modo di rispondere alla società, è quella che riesce ad applicare rapidamente la giustizia nel caso specifico. Più rapida è la risposta giudiziaria al caso, a condizione che tutte le garanzie costituzionali siano garantite alle parti, maggiore è la giustizia della decisione, maggiore è la quantità e la qualità delle prove prodotte nel processo. Soprattutto perché la qualità nella produzione e nell'ottenimento delle prove diminuisce nel tempo.

Un altro punto che dovrebbe portare alla comprensione dell'incompatibilità del § 5° dell'art. 157 del CPP nell'ordinamento giuridico brasiliano si verifica quando l'inammissibilità delle prove è riconosciuta in tribunali che richiedono una decisione collegiale. Se lo scopo di questa disposizione è di affermare l'imparzialità del magistrato, se questo riconoscimento viene effettuato dai tribunali, nei casi che richiedono una decisione collegiale, per quanto il processo lasci le mani al relatore che conosceva il contenuto di una prova inammissibili, poiché la decisione del rispettivo tribunale sarà collegiale, alla fine, l'ex relatore, che è stato rimosso, avrà il diritto di voto, frustrando, in tal modo, anche se indirettamente, le aspettative del legislatore al momento della creazione del dispositivo sopra menzionato introdotto dal Pacchetto Anti-Criminalità.

L'inserimento dell'art. 157, § 5°, del CPP può consentire a qualsiasi parte del processo, per una serie di motivi, in malafede, come un modo per rimuovere deliberatamente un certo giudice dal processo, aggiungere prove inammissibili al processo, dimostrando l'impraticabilità di questa disposizione.

La determinazione della disposizione può generare, a causa delle suddette, gravi problemi alla giustizia della decisione. Se il giudice, in una situazione equidistante tra le parti, fosse in grado di intravedere l'inammissibilità di qualsiasi prova allegata al processo, determinandone il disfacimento, come raccomandato dal *caput* dell'art. 157 del CPP, saprà sicuramente come decidere il processo senza tener conto del contenuto delle prove considerate inammissibili nel processo. Inoltre, se il giudice nella sua decisione adotta una posizione in cui dimostra la sua parzialità a causa della

conoscenza delle prove irricevibili al processo, è ancora possibile per la parte lesa lottare per la nullità della decisione basata su art. 564, I o V, del CPP. Così come può essere pure che, nel caso specifico, il contenuto delle prove irricevibile nel processo non sia in grado di influenzare la decisione del giudice.

Anche se l'alterazione promossa dal Pacchetto Anti-Criminalità in materia relativa alle prove del Diritto Processuale Penale ha cercato di stabilire un giudice sempre più indipendente e imparziale, come espressione del sistema accusatorio, che agisce in modo equidistante tra le parti, si nota che i contorni previsti dalla Legge n. 13.964/19 non soddisfano i reali desideri di un Diritto Processuale Penale Costituzionale istituita con l'attuale Costituzione della Repubblica.

Considerazioni finali

I vari cambiamenti subiti nel corso degli anni, in particolare con l'istituzione di un Diritto Procedurale Penale Costituzionale, promossa con la Costituzione della Repubblica di 1988, e con il Pacchetto Anti-Criminalità, hanno fornito un profilo più accusatorio al sistema procedurale penale in Brasile.

Questi modifiche hanno drasticamente cambiato la posizione del giudice nel processo penale, soprattutto quando correlato alla sua prestazione sia nella fase pre-procedurale e nella sua possibilità nell'iniziativa probatoria, ora consentita in modo molto più limitato e solo nei casi previsti dalla legislazione stessa.

In vista dell'adozione del sistema accusatorio nel processo penale brasiliano, vi è un drastico cambiamento in relazione al ruolo del giudice davanti al sistema probatorio. Di norma, l'iniziativa probatoria è vietata e, basata sulla base di principio dell'imparzialità del giudice, il giudice ora assume una posizione equidistante tra le parti nella triangolazione del processo, al fine di decidere, in modo ragionato, sulla base di tutte le prove prodotte legalmente nel processo.

Proprio per questo principio, cercando una prestazione imparziale da parte del giudice per progettare una decisione sempre più equa, il Pacchetto Anti-Criminalità (Legge n. 13.964/19) ha aggiunto il § 5° all'art. 157 del Codice di Procedura Penale brasiliano che ora disciplina il dovere del giudice quando ha accesso al contenuto delle prove irricevibili nel processo.

Alla luce di tutti i punti affrontati, principalmente basati su una giustificazione principiologica del Diritto Processuale Penale brasiliano e della teoria delle prove nei procedimenti penali, non vi è dubbio che il nuovo dispositivo aggiunto dal Pacchetto Anti-Criminalità si rivela un elemento irragionevole. In vista della ricerca dell'imparzialità del giudice, che non è nemmeno garantita alle parti nel caso specifico, soprattutto di fronte a processi che richiedono una decisione collegiale, il § 5° dell'art. 157 del CPP finisce per scontrarsi con altri principi del procedimento penale e della teoria delle prove che sono importanti quanto il principio di imparzialità del magistrato e che avrebbero dovuto essere considerati dal legislatore durante la stesura del Pacchetto Anti-Criminalità, proprio perché influenzano, in eccesso, la giustizia delle decisioni.

Il dispositivo introdotto dal Pacchetto Anti-Criminalità nel Codice di Procedura Penale in materia di prove, pur garantendo il dovere di imparzialità del giudice, non soddisfa le aspettative del Diritto Processuale Penale Costituzionale in Brasile, principalmente perché ci sono già altre misure che possono essere adottate da parti quando le sentenze sono di parte. Non è opportuno rilasare diversi principi del Diritto Processuale Penale, in particolare sulla teoria delle prove nei procedimenti penali, a causa della ricerca di una presunta imparzialità del giudice come stabilito dal Pacchetto Anti-Criminalità.

NOTAS

- 1 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Ano 46, nº 183, jul./set. 2009, p. 109-110.
- 2 BARREIROS, José Antonio. *Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 1981, p. 13.
- 3 MAIER, Julio B. *Derecho Procesal Penal I: fundamentos*. 2 ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004, p. 663.
- 4 CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. v.l. Trad. de Jorge Guerrero. Temis: Santa Fé de Bogotá, 2000, p. 319-320.
- 5 ILLUMINATTI, Giulio. El Sistema Acusatorio en Italia. In BACHMAIER WINTER, Lorena (coord). *Proceso Penal y Sistemas Acusatorios*. Madrid: Marcial Pons,

- 2008, p. 156.
- 6 FLORIAN, Eugenio. *Principi di Diritto Processuale Penale*. 2 ed. Torino: Giappichelli, 1932, p.101.
- 7 IASEVOLI, Clelia. *La nullità nel Sistema Processuale Penale*. Napoli: CEDAM, 2008, p. 34
- 8 LOZZI, Gilberto. I Principi Dell'Oralità e del Contraddittorio nel Processo Penale. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. XL. Milano: Giuffrè, 1997, p. 673.
- 9 ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. 3 ed. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 27-28.

RIFERIMENTO

ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. 3 ed. Madrid: Marcial Pons, 2007.

BARREIROS, José Antonio. *Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 1981.

CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. v.l. Trad. de Jorge Guerrero. Temis: Santa Fé de Bogotá, 2000.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Ano 46, nº 183, jul./set. 2009, p. 103-115.

FLORIAN, Eugenio. *Principi di Diritto Processuale Penale*. 2 ed. Torino: Giappichelli, 1932.

IASEVOLI, Clelia. *La nullità nel Sistema Processuale Penale*. Napoli: CEDAM, 2008.

ILLUMINATTI, Giulio. El Sistema Acusatorio en Italia. In BACHMAIER WINTER, Lorena (coord). *Proceso Penal y Sistemas Acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008.

LOZZI, Gilberto. I Principi Dell'Oralità e del Contraddittorio nel Processo Penale. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. a. XL. Milano: Giuffrè, 1997. p. 669 – 693.

MAIER, Julio B. *Derecho Procesal Penal I: fundamentos*. 2 ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.

Recebido em: 13/03/2020 - Aprovado em: 11/06/2020 - Versão final: 08/07/2020

“LEI ANTICRIME” E A NOCIVA RESTRIÇÃO LEGAL DE APLICABILIDADE DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA PENAL

“ANTICRIME LAW” AND THE HARMFUL LEGAL RESTRICTION ON APPLICABILITY OF THE CHAIN OF CUSTODY OF THE CRIMINAL EVIDENCE

Daniel Nascimento Duarte

Doutorando em Direito pela UFRJ. Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV. Especialista em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra/IBCCrim. Professor de Direito Processual Penal da UFJF. Bacharel em Ciências Sociais pela UFES. Advogado Criminalista.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7945192406504596>

ORCID: 0000-0002-8107-505X

daniel.duarte@ufjf.edu.br

Resumo: Intenta-se proceder reflexões acerca da abrangência de aplicabilidade da cadeia de custódia da prova penal nos moldes trazidos pela Lei 13.964/19 – “Lei Anticrime” – a partir do conceito legal trazido no inserido artigo 158-A do Código de Processo Penal. O caminho reflexivo será feito em comparativo tanto com as sedimentações teóricas acerca da temática, bem como com importantes manifestações do Superior Tribunal de Justiça, que aplicaram suas diretrizes consequenciais. Buscar-se-á, então, provocar o debate acerca das nocividades de uma eventual restrição na aplicação do instituto em virtude das limitações provenientes do texto da nova lei e os desafios que tendem a surgir com tal aplicabilidade restrita, finalizando-se com contribuições para eventuais possibilidades interpretativas para a nova regulamentação.

Palavras-chave: Lei Anticrime, Cadeia de custódia da prova penal, Restrição conceitual, Aplicabilidade reduzida, Nocividade.

Abstract: It is intended to proceed with reflections on the scope of applicability of the chain of custody of the criminal evidence along the lines brought by law 13.964 / 19 – “Anticrime Law” – based on the legal concept brought in the inserted article 158-A of the Criminal Procedure Code. The reflexive path will be made in comparison with both the theoretical settlements on the theme as well as with important manifestations of the Superior Court of Justice that applied its consequential maxims. We will then seek to provoke a discussion about the harmful effects of a possible restriction in the application of the institute due to the limitations arising from the text of the new law and the challenges that tend to arise with such restricted applicability, ending with contributions to possible interpretative possibilities for the new regulation.

Keywords: “Anticrime Law”, Criminal evidence’s chain of custody, Conceptual constraint, Reduced applicability, Harmfulness.