

Pure Retributivism and the Problem of Psychopathy: A Preliminary Investigation*

Retributivismo Puro e o Problema da Psicopatia: Uma Investigação Preliminar

Thomas Nadelhoffer
College of Charleston, Charleston – SC, USA

All too often these different ways of writing about punishment are treated as if they are separate disciplines which can proceed independently of one another. The result is that philosophical discussions are often far removed from the realities of penal practice, while penology and the sociology of punishment are frequently crude or evasive in their handling of complex normative issues...Philosophies of punishment must therefore be assessed not merely as they appear on the page, but as they are (or could practicably be) realized in specific practices. Pragmatic penology must be subjected to close moral and political scrutiny as well as to rigorous empirical testing. And sociologies of punishment must remember that what they are trying to describe, analyze, and explain is itself a normative practice which must be understood accordingly.

--R.A. Duff & D. Garland (1, 1994)

* I presented earlier versions of this paper at the following institutions and conferences: The Pontifical Catholic University of Rio Grande do Sul (Porto Alegre, Brazil), and The Southern Society for the Philosophy and Psychology (Charleston, SC), Ohio State University (Columbus, OH), Florida State University (Tallahassee, FL), The University of San Francisco (San Francisco, CA), and The Pontifical Catholic University of Rio de Janeiro (Rio de Janeiro, Brazil). I would like to thank the audience members for their helpful suggestions—many of which have been incorporated into the final draft.

1. Introduction

The construct of psychopathy has a long and contentious history. The term “psychopathic inferiority” was first coined by German psychiatrist J.L. Koch in 1891 to refer to individuals who had previously been diagnosed with “moral insanity”¹ or “madness without delirium”². From the beginning, “psychopath” was a fairly vague blanket term used to label an otherwise heterogeneous group of individuals who happened to share a proneness to violence and other forms of immoral behavior. Consequently, while some researchers have treated psychopathy as a *clinical construct*³, others have suggested that it is really a *moral judgment of character* rather than a medical diagnosis⁴. Given the uncertainties and controversies that have traditionally surrounded the construct of psychopathy even amongst clinicians themselves⁵, it is perhaps unsurprising that there is a long-standing debate concerning whether individuals with psychopathy are “mad or bad”—i.e., whether these individuals are mentally ill rather than merely immoral⁶. But there is gathering data from social psychology, cognitive neuroscience, and genetics which suggest that psychopaths appear to be mad after all—indeed, it turns out that badness is an integral part of their particular form of madness⁷. These findings raise multiple complex issues—one of which is how psychopaths ought to be treated from the dual standpoints of legal philosophy and public policy.

In this paper, I briefly explore the relevance of the gathering data on psychopathy to but one of several versions of retributivism about punishment – which I will be calling “pure retributivism” – whereby punishing wrong-doers and giving them their just deserts is inherently or intrinsically valuable. My goal here is intended to be an exercise in the type of

1 PRICHARD, 1835.

2 PINEL, 1801.

3 CLECKLEY 1941; HARE 1991.

4 KARPMAN 1948; KERNBERG 1975.

5 See ANDRADE, 2008 for a detailed account of the history of the construct of psychopathy.

6 See, e.g., DEIGH, 1995; DUFF, 2010; FINE; KENNETT, 2004; GILLETT, 2010; GLANNON, 1997; GREENSPAN, 2003; HAJI, 2003; LEVY, 2007a; *Id.*, 2007b; LITTON (forthcoming); MAIBOM, 2005; *Id.*, 2010; MORSE, 2008; *Id.*, 2010; NADELHOFFER; SINNOTT-ARMSTRONG, 2013; WARD, 2010.

7 For a recent discussion of the status of psychopathy as a mental illness (and the legal relevance of this status when it comes to the insanity defense) see NADELHOFFER; SINNOTT-ARMSTRONG, 2013.

interdisciplinary work described by Duff and Garland in the quote above. I am not trying to construct an argument against retributivism. Retributivism is an imposing theoretical foe that takes many shapes and forms⁸. Moreover, a type of pre-theoretical “folk retributivism” that is very much like pure retributivism seems to be embedded in common sense morality⁹—which makes pure retributivism relevant also from the standpoint of public policy. Of course, the fact that there is a pure retributive streak when it comes people’s ordinary beliefs, attitudes, and behaviors about punishment doesn’t make it the right approach to punishment, theoretically speaking. But it does mean that folk retributivism must be taken very seriously indeed if one is interested in public policy and not just philosophical theory.

As such, I have much more modest ambitions in the pages to follow—namely, to show that the problem of psychopathy is relevant to moral and legal philosophy. The particular target of my present investigation happens to be pure retributivism—which makes for a good starting point precisely because lots of people have strongly retributivist intuitions, beliefs, and attitudes that are in line with pure retributivism. But the target of the investigation could just as easily have been some alternative theory of punishment instead—such as the different versions of consequentialist approaches to punishment (which focus on deterrence, prevention, rehabilitation, etc.). While discussions of these latter approaches to punishment will spring up along the way in the present paper, they will not be the focus of my investigation. My focus instead will be on how pure retributivists might respond to the gathering data on repeatedly violent individuals such as psychopaths¹⁰. Applying these findings to alternative theories of punishment (including different versions of retributivism) is a task for another day.

8 See COTTINGHAM, 1979 for a thorough (but somewhat dated) discussion of the multiple kinds of retributivist arguments that have been forward in the philosophical literature.

9 This is place where the philosophical and empirical literature on people’s beliefs about punishment largely agree. See NADELHOFFER *et al.*, 2013; *Id.*, 2014.

10 If one doesn’t share some of the methodological or meta-philosophical views I am working with here, then the rest of what I say will likely be unconvincing. But defending these views would take me too far afield. See NADELHOFFER; NAHMIAS, 2007 and KAUPINNEN, 2007 for earlier discussions of some of these background issues. See Nadelhoffer, Wright, Goya Tocchetto, & McGuire (forthcoming) for a more recent account of some of the assumptions that I am operating with in the present paper—for instance, that good philosophy should be applicable at the level of public policy. Moreover, the applied nature of this work requires one to be more empirically-minded, or so I’ve argued elsewhere (and will be assuming here).

For present purposes, my primary methodological goal is to show that the problem of psychopathy both can and should be used as a test case for philosophers who are interested in building bridges between theories of punishment and public policy. After all, individuals with psychopathy regularly find themselves caught up in the legal system—whether they’re being imprisoned (and later released), imprisoned for life, or even executed. It for this very reason that the problem of psychopathy is important when it comes to the philosophy of punishment. This is not a mere thought experiment of the kind that often intrigues and beguiles philosophers—this is the reality that we are already collectively facing as a society in our fraught efforts to protect ourselves from danger while at the same time being sensitive to the dictates of justice when it comes to how we respond to mentally ill yet potentially very dangerous people. Psychopaths are not philosophical abstractions dreamt up in the arm chair, they are out in the world sowing the seeds of their deception and violence.

In this sense, the problem of psychopathy is a problem that is already at our door step (literally and figuratively). It impacts people’s lives for the worst every day around the world. The over-arching question is: How ought we to respond to psychopathic offenders? Figuring this out is a broad interdisciplinary project with many moving parts. My present goal in this paper is to modestly contribute to this larger undertaking by exploring some possible responses pure retributivists might have to the gathering empirical data on psychopaths. In addressing this issue, I will first briefly examine the strides researchers have recently made in understanding the nature of psychopathy, paying particular attention to work on the neural and genetic components of the disorder (§1). Then, I will survey several ways that a pure retributivist might respond to this data (including giving up on pure retributivism altogether and adopting instead a mixed theory of punishment that incorporates both forward-looking and backward-looking elements). (§2). As we will see, the retributivist has a fairly limited range of options in this context—namely, (a) deny that psychopathy is a mental illness, (b) concede that it is a mental illness but deny that it should count as a mitigating condition, (c) concede that psychopathy is a mitigating condition and bite the bullet when it comes to punishing the most dangerous offenders less harshly than their non-psychopathic counterparts, (d) give up on pure retributivism and opt for a mixed theory of punishment, or (e) concede that psychopathy is completely exculpating

such that psychopaths are apt targets for civil commitment rather than punishment¹¹. Each of these approaches has problems of its own.

While I do believe that the problem of psychopathy poses some unique (and difficult) problems for retributivism (see below for details), I don't pretend to have shown that the problem of psychopathy is either theoretically or practically intractable for the pure retributivist. As I have already said, what follows in the coming pages is merely a preliminary investigation of the various ways retributivists might respond to what we're learning about the nature of psychopathy. Much more would need to be done at the cross-roads of philosophy, psychiatry, neuroscience, genetics, and the law before we would be able to pass any final judgments on a view as widespread and deeply entrenched as pure retributivism (and its cousin folk retributivism).

However, even though my focus in this paper is admittedly rather narrow in its scope, this type of work is philosophically probative for two reasons: (a) pure retributivism is a widespread belief both inside and outside of philosophy¹² that is correctly taken by many philosophers to be the commonsensical and intuitive view about punishment¹³, and (b) there are psychopaths amongst us, doing real damage and harming innocent people. As such, figuring out how we ought to respond to psychopaths is not just an abstract theoretical issue. It is a problem that must be (and already is being) addressed by society at large—which means it represents a nice opportunity for philosophers of punishment to rethink the practical applicability of their views¹⁴. By looking at pure retributivism through the lens of the problem of psychopathy, we can examine how one prominent theory of punishment might play out in the real world. This is an undertaking that highlights the tightknit relationship not only between the philosophy of punishment, practical penology, and the sociology of punishment—but also between these fields and recent work in neuroscience and genetics.

11 While this last strategy is attractive at first glance, it, too, has some difficulties—e.g., the pure retributivist needs to figure out where to place the proverbial measuring stick for moral and legal responsibility. The trick is to place the bar for desert low enough to include the psychopath while at the same time insuring the standard is high enough to exclude children and adults with serious physical impairments or mental disorders.

12 See, e.g., NADELHOFFER *et al.*, 2013; *Id.*, 2014.

13 See, e.g., MOORE, 1997.

14 For a great overview of issues that arise when it comes to the relationship between philosophy and public policy, see WOLFF, 2011.

2. The nature of psychopathy

Psychopathy is an especially interesting construct for several reasons: First, it is a developmental disorder with an early onset that often leads to persistent antisocial behavior. Second, individuals with psychopathy are notoriously domineering, exploitative of others, and deficient (or entirely lacking) in emotions such as guilt, remorse, and empathy¹⁵. As such, they are stunningly hyper-aggressive, predatory, and recidivistic. Despite the fact that only 1% or less of the population is thought to be afflicted with psychopathy, some estimates suggest that psychopaths could nevertheless be responsible for as much as 30%-50% of all violent crime¹⁶.

In an effort to highlight the magnitude of the problem of psychopathy (just in the United States alone), Kent Kiehl frames the issue in the following way:

According to the 2011 US Census, there were approximately 68,873,400 adult males (ages 18-50) in the United States. If 1 in 150 men meets criteria for psychopathy there are 459,156 male psychopaths in the United States. The US Department of Justice reports that there are 2,266,832 inmates in the US jail and prison systems, or about 1,772,073 males ages 18-50 after subtracting females, juveniles, and men over 50. Assuming 20 percent of these inmates meets the criteria for psychopathy, then approximately 354,414 psychopaths are incarcerated or 77 percent of psychopaths in the United States are in prison¹⁷.

Given how disproportionately violent psychopaths are, these numbers are sobering. At a minimum, they highlight the costs that psychopaths pose to society (both inside and outside the criminal justice system). It is therefore unsurprising that psychopathy has recently attracted a lot of attention by researchers interested in mental illness, violence, and the law.

In an effort to better identify psychopathic individuals, Robert Hare—a pioneer in the field of psychopathy research—developed the most widely used diagnostic tool for psychopathy, namely, the Psychopathy Check-

15 See, e.g., HARE, 1991.

16 See, e.g., HARE; JUTAI, 1983; HARE; MCPHERSON, 1984.

17 KIEHL, 2014, p. 275.

list-Revised (PCL-R)¹⁸. The PCL-R is a clinical scale that relies on a semi-structured interview, information about a person's case-history, and a 20 item scale where each item is scored 0, 1, 2. Total scores can range from 0 to 40 and reflect an estimate of the degree to which the individual matches the prototypical psychopath¹⁹. Eighteen of the 20 items form four factors (or dimensions or facets)²⁰: Interpersonal (glibness/superficial charm, self-grandiosity, pathological deceptiveness, conning/manipulative); Affective (lack of guilt or remorse, callous/lack of empathy, shallow affect, refusal to accept responsibility); Lifestyle (need for stimulation/proneness to boredom, parasitic lifestyle, failure to make realistic long-term goals, impulsivity, irresponsibility); and Antisocial (poor behavioral control, early onset behavioral problems, juvenile delinquency, revocation of conditional release, criminal versatility).

Because high scores on the PCL-R have been repeatedly shown to confer an increased risk for violence²¹, the PCL-R (or some derivative) has been included as a predictor variable in several prominent actuarial models of violence risk assessment. For instance, Monahan *et al.* found that out of the 134 initial risk factors they examined, *the single most powerful risk factor* for differentiating high risk from low risk groups was the PCL:SV score [i.e., the short version of the PCL-R]²². These results comport with the gathering data on psychopathy and violence. In one review of the sprawling literature, Leistico *et al.*²³ present the results of a meta-analysis that integrates the effect sizes from 95 non-overlapping psychopathy studies. Their primary finding was that “psychopathy was similarly predictive across different ages (adolescents vs. adults), study methodologies (prospective vs. retrospective), and different types of outcomes (institutional infractions vs.

18 HARE, 1991.

19 The *PCL-R Manual* lists the mean score for North American prison samples and for forensic psychiatric samples as 23.6 (SD=7.9) and 20.6 (SD=7.8), respectively (Hare, 1991).

20 Originally, Hare developed a two factor model of psychopathy—see, e.g., HARE, 1991; HARE *et al.*, 1990; HARPER *et al.*, 1988 — but more recently he has put forward a four factor model that was developed based on research involving nearly 7,000 psychopaths. The Interpersonal/Affective dimensions and the Lifestyle/Antisocial dimensions constitute the original Factor 1 and Factor 2, respectively. For more information concerning the four factor model see HARE; NEUMANN, 2006; *Id.*, 2008.

21 See, e.g., HARRIS *et al.*, 1991; HEILBRUN *et al.*, 1998; RICE *et al.*, 1990.

22 MONAHAN *et al.*, 2001, p. 108.

23 LEISTICO *et al.*, 2008.

recidivism)²⁴. It is not enough, however, to know *that* psychopaths are persistently violent. What we ultimately want to understand is *why* they are such an intractably violent group. Cognitive neuroscientists have recently tried to do their part to shed light on this latter issue by using structural and functional imaging to study psychopathy.

There is gathering data that psychopathic individuals display the following functional neurocognitive deficits: (a) reduced amygdala and vmPFC activity during aversive conditioning tasks²⁵; (b) impairment in passive avoidance learning task and differential reward-punishment tasks²⁶; (c) reduced amygdala activation during emotional memory²⁷; (d) reduced activation in the anterior and posterior cingulate gyri, left inferior frontal gyrus, amygdala, and ventral striatum when encoding, rehearsing, and recognizing negatively valenced words²⁸; and (e) reduced activity in the ventromedial prefrontal cortex and anterior temporal cortex when distinguishing between moral and non-moral images²⁹, and (f) exhibit cognitive-perceptual deficits in the recognition of certain emotions in others' faces and voices³⁰.

These findings complement the data on psychopathy which suggest that they have deficits in practical rationality. For instance, it has been shown that psychopaths have deficits in attention, exaggerated views of their own capabilities, and are often intransigent in the face of aversive conditioning³¹. They exhibit shortcomings when it comes to the so-called gambling task³² and deficits in response reversal—the inhibition of previously rewarded responses that are now punished³³. And while the evidence concerning the extent to which psychopaths have impairments in moral cognition is mixed³⁴, it is clear that they have a difficult time acting in

24 LEISTICO *et al.*, 2008.

25 VEIT *et al.*, 2002.

26 BLAIR *et al.*, 2004; *Id.*, 2006.

27 KIEHL *et al.*, 2001.

28 *Id.*, 2004.

29 HARENSKI *et al.*, 2010.

30 BLAIR *et al.*, 2001a; BLAIR; COLES, 2000; BLAIR *et al.*, 2002.

31 HARE, 1978.

32 BECHARA *et al.*, 1994; BLAIR *et al.*, 2001a.

33 NEWMAN; KOSSON, 1986; BLAIR *et al.*, 2001b.

34 For instance, early work by James Blair and colleagues suggested that psychopaths cannot pass a

accordance with the moral and legal norms of society. And society's usual vehicle for deterring bad behavior—namely, punishment—simply doesn't work very well when it comes to psychopaths. Given that psychopaths are responsible for committing such a vastly disproportionate amount of violent crime, these behavioral deficits are especially costly for both victims and society at large. So, developing a better understanding of the neural and behavioral deficits associated with psychopathy is both normatively and practically important.

In addition to making progress in identifying the underlying neurocognitive and behavioral deficits associated with psychopathy, researchers are also making progress when it comes to the neurochemistry of psychopathy. Consider, for instance, the following findings:

1. Blair *et al.* show that the neurotransmitter noradrenaline plays an important role in the deficits associated with psychopathy³⁵.
2. Rogers *et al.* show that administering noradrenaline antagonists reduces the impact of aversive cues when making decisions³⁶.
3. Strange & Dolan show that amygdala activity in response to emotional stimuli is also reduced by the administration of a noradrenaline antagonist³⁷.
4. Cima *et al.* show differences in psychopathic and non-psychopathic inmates with respect to cortisol function³⁸.

Complementary research is also being done on the heritability of psychopathy. For instance, two studies have found that there is a genetic contribution to the disorder, especially when it comes to the callous-unemotional components of psychopathy³⁹. Moreover, Larsson *et al.* ran a large adolescent twin study that found that the same four factors identified by Hare's four-factor model of psychopathy load onto a single genetic factor⁴⁰. But

basic moral cognition task known as the moral-conventional task (see, e.g., BLAIRE, 1995). But more recent work has shown that the issue is not as straightforward as Blaire assumed (see, e.g., AHARONI *et al.*, 2012). However, regardless of whether psychopaths can pass the moral-conventional task, it is clear they have other impairments when it comes to moral cognition and behavior (as evidenced by the research referenced above).

35 BLAIR *et al.*, 2005.

36 ROGERS *et al.*, 2004.

37 STRANGE; DOLAN, 2004.

38 CIMA *et al.*, 2008.

39 BLONIGEN *et al.*, 2003; VIDING *et al.*, 2008.

40 LARSSON *et al.*, 2007.

there is admittedly a lot more work that needs to be done on the heritability of psychopathy. However, while many questions about the neural and genetic underpinnings of psychopathy remain unanswered, the extant literature on psychopathy reveals that not only is it one of the most powerful predictor variables for violence, but psychopathy is also associated with several structural and functional neurological impairments that lead to deficits in both practical reasoning and moral cognition and behavior. Indeed, it is precisely for this reason that the problem of psychopathy is relevant to legal philosophy and public policy. So, having now briefly discussed some of the gathering empirical data on psychopathy, I want to turn our attention to moral and legal philosophy.

3. Psychopathy and the philosophy of punishment

Historically, theories of punishment have been divided into two general groups – consequentialism and retributivism. In their attempts to justify both the institution and the implementation of punishment, pure (or strict) consequentialists appeal to a wide range of potentially positive benefits produced by punishing wrongdoers including:

1. General deterrence–i.e., punishing in order to deter other would be offenders from committing similar offenses.
2. Incapacitation–i.e., punishing in order to prevent the offender from committing similar crimes while he is being detained and/or treated.
3. Rehabilitation and moral education–i.e., punishing in order to rehabilitate or reeducate the offender.
4. Communication–i.e., punishing in order to communicate or express disapproval of an action.
5. Catharsis–i.e., punishing in order to give victims and society more generally a healthy emotional release.
6. Norm reinforcement–i.e., punishing in order to highlight and reassert the importance of social values and norms.
7. Quelling revenge–i.e., punishing in order to keep the original or third parties from starting a blood feud.

In each of these cases, the *prima facie* (and perhaps even *pro tanto*) moral badness of punishment is off-set by the benefits that it produces.

However, in the event that punishment fails to produce these positive consequences either in general or in a particular case, it loses its moral legitimacy. On these views, determining the moral propriety of punishment is entirely a forward-looking affair.

Retributivist theories of punishment reject this entire instrumentalist approach. According to retributivism, punishment is not justified in terms of some future benefit. Rather, retributivists believe that “punishment institutions in general are justified by the giving of just deserts and that the punishment of each offender is justified by the fact that he or she deserves it”⁴¹. On this non-instrumentalist view, if an agent is morally responsible for breaking a moral norm, then that person deserves to be punished—i.e., harmed—even if the harm produces no other tangible benefits. So, for instance, if there were two *equally effective* penalties available for a particular moral violation in terms of deterrence, prevention, rehabilitation, and the like, one of which involves harming the wrongdoer and the other of which does not, the proponent of retributivism must opt for the former while the proponent of consequentialism must opt for the latter. Indeed, according to retributivists, it is morally appropriate to inflict harm on offenders even if this yields no positive consequences at all—as evidenced by the famous thought experiment from the prominent retributivist Immanuel Kant:

Even if a civil society were to dissolve itself by common agreement of all its members (for example, if the people inhabiting an island decided to separate and disperse themselves around the world), the last murderer remaining in prison must first be executed, so that everyone will duly receive what his actions are worth and so that the blood guilt thereof will not be fixed on the people because they failed to insist on carrying out the punishment; for if they fail to do so, they may be regarded as accomplices in this public violation of legal justice⁴².

According to pure (or strict) retributivists such as Kant, giving offenders the appropriate dose of harm is both necessary and sufficient for justified punishment. Michael Moore, a contemporary proponent of this approach to punishment, characterizes retributivism as “the view that the guilty re-

41 MOORE, 1997, p. 155.

42 KANT, 1785, p. 102.

ceiving their just deserts is an intrinsic good”⁴³. Of course, if punishing the morally deserving happens to yield positive side effects such as deterring crime or rehabilitating the offender, these consequences may be welcomed by the retributivist as a “happy surplus”⁴⁴, but they do not constitute any part of the justifying aim of punishment for the pure retributivist.

On this view, to say that an agent is desert-based responsible for breaking a moral or legal norm *x* is to say that she deserves to suffer for *x-ing* even if the suffering produces no other tangible benefits⁴⁵. If one adopts this kind of retributive approach, then the mere fact that an offender is dangerous isn’t a morally relevant reason to punish him more harshly. Desert ought to be the sole metric for sentencing determinations. Given the central role played by the deserved suffering of offenders when it comes to pure retributivism, the case of the psychopath raises some interesting issues. For instance, given that psychopathy is a mental illness with a bio-genetic etiology that is associated with both brain abnormalities and antisocial behavior—as the data suggest—some may be tempted to conclude that psychopathy *reduces* culpability. After all, ordinarily, mental illnesses that impair interpersonal and intrapersonal functioning tend to mitigate desert such that if two people commit the same crime but one of them is mentally disordered in a salient way and the other is not, then, all other things being equal, the mentally disordered offender would deserve less suffering (and hence, less punishment).

Whether we’re talking about a schizophrenic who is found not guilty by reason of insanity owing to his delusions or we’re talking about a woman who gets a lighter sentence for killing her infant because she is suffering from post-partum depression, both morality and the law are replete with examples of mental illnesses that either mitigate or exculpate responsibility on retributive grounds. In these contexts, because the mental illness is taken to partially or entirely compromise the agent’s ability to think and behave normally, the agent is deemed to be *less* responsible and hence *less* deserving of punishment. But then what are we supposed to say in the case of the psychopath?

43 MOORE, 1997, p. 157.

44 *Ibid.*, p. 89.

45 Usually this view is coupled with a proportionality constraint—that is, the pure retributivist thinks that not only should wrong-doers be made to suffer for their transgressions, but this suffering should be proportionate to the amount of suffering caused by the initial offense. As such, acts that cause less harm will merit less punishment than acts that cause more harm.

As we have seen, psychopathy is a mental disorder which is associated with impairments in both moral cognition and moral behavior. Given the cognitive, affective, and behavioral deficits associated with psychopathy, it seems like the kind of mental disorder that retributivists might find *mitigating*. Yet, if pure retributivists agree that psychopathy is a mitigating condition, they will find themselves in the curious position of having to give the *most* dangerous offenders *lighter* sentences. So long as desert is the only standard for determining how much punishment an offender deserves and so long as psychopaths are deemed to deserve less suffering than their non-psychopathic counter-parts, they ought to receive reduced sentences (despite the fact that they pose a greater threat to society when released). Given that I think this is a counter-intuitive strategy for the retributivist to adopt, I want to consider how the retributivist might avoid the charge that psychopathy is mitigating.

The two most obvious responses here for the retributivist would be either to deny that psychopathy is a mental illness or to concede that while it is a mental illness, psychopaths aren't sufficiently impaired in the right sort of way to have diminished responsibility. Denying that psychopathy is a mental illness is a tough theoretical and empirical row to hoe (or so I have argued elsewhere)⁴⁶. So, I am not going to explore that option here in any more detail. Let it suffice to say that I think that both the arguments and the evidence support treating psychopathy as a mental illness with the symptoms described above. While a retributivist can try to dispute this claim, it is not an especially promising approach. I think the retributivist is better off instead acknowledging that psychopathy is a mental illness while at the same time denying that it ought to be a mitigating condition from the standpoints of law and public policy.

This way of responding to the problem of psychopathy involves placing the threshold for moral and legal responsibility low enough so that psychopaths clear the hurdle. On this approach, so long as offenders clear this minimal threshold, they are *fully* responsible (whether mentally ill or not). Because retributivists of this stripe think that psychopaths fully satisfy the criterion of responsibility—despite their cognitive and behavioral deficits and abnormalities—they are deemed *no less deserving* of punishment for their wrong-doing. If this is right, then the retributivist can side-step the

46 See, e.g., NADELHOFFER; SINNOTT-ARMSTRONG, 2013.

curious position I mentioned earlier—namely, having to punish the most dangerous offenders more leniently. If psychopaths and non-psychopaths are *equally* deserving of punishment, their sentences can and should be the same. So, adopting this approach to the problem of psychopathy would certainly allay some of the concerns raised above.

But there are two primary challenges for retributivists who adopt this strategy: First, the debate about whether psychopaths are morally and legally responsible is hotly contested—so, a lot of work would need to be done by the retributivist to convincingly show that psychopaths *don't have diminished responsibility* even though they clearly *do have diminished capacities* (of an arguably morally-relevant kind). Second, retributivists must take care that in placing the bar of responsibility sufficiently low enough that psychopathy isn't mitigating, the bar doesn't end up being so low that children and those with other mitigating conditions end up being fully responsible as well.

Figuring out whether the retributivist can adequately address either of these two issues is a task for another day. As I said from the outset, my goal here is merely to survey some of the retributivist's various options in the face of the problem of psychopathy—not to determine whether any of these options is ultimately viable. I am scouting the conceptual terrain—not stalking any particular philosophical prey. So far, I briefly explored two approaches retributivists could adopt in an effort to avoid the claim that psychopathy is a mitigating mental illness: First, they could deny that psychopathy is a mental illness altogether. Second, they could deny that it's the kind of mental illness that should count as mitigating. While I happen to personally think the retributivist is going to have a difficult time making either of these two approaches work that is neither here nor there for present purposes.

For now, I want to consider another potential avenue the pure retributivist could pursue when it comes to the problem of psychopathy—namely, biting the bullet when it comes to the diminished responsibility of psychopaths and conceding that they should receive lighter sentences after all. On this approach, the retributivist would concede that psychopaths are mentally ill and less responsible from the strict standpoint of desert. As such, this diminished responsibility ought to be reflected in how psychopathic offenders are punished in relation to non-psychopathic offenders. Given that psychopaths are sufficiently impaired as to be less deserving,

they really ought to be given lighter sentences after all (however curious or counter-intuitive this may seem).

While I think this approach is more promising than the first two we considered, it is not without problems of its own. For starters, I suspect this strategy represents a major divergence from folk retributivism (that is, the philosophy of punishment embedded in common-sense morality). While the pure retributivist may be willing to find the psychopath less deserving (even if more dangerous), I don't think this comports with people's pre-theoretical attitudes, beliefs, and behaviors when it comes to psychopathic offenders. Wrong-doers who are completely uncaring and indifferent about they caused—as is often the case with psychopaths—are commonly taken to be *more* deserving of suffering and punishment than offenders who are genuinely apologetic and contrite. As such, I predict that if one ran vignette-based studies involving psychopathic characters, people would find them to be more deserving of suffering and punishment on retributive grounds (based on their callous and unemotional demeanor). But determining whether I am right about this would require more systematic investigations concerning people's intuitions, beliefs, and attitudes about the moral and legal status of psychopathic offenders—which is a task for another day.

For now, let it suffice to say that if the pure retributivist goes down this route, it may very well make it more difficult to get from theory to practice (if it turns out that people find psychopathy to be aggravating rather than mitigating as I predict). Not only is this kind of strategy likely to conflict with common sense morality, but it also conflicts with current legal practices (at least in the United States). Rather than serving as a mitigating condition, psychopathy is much more commonly used as an *aggravating* circumstance—both because psychopaths are more dangerous and because they are remorseless. So, to treat psychopathy as a mitigating condition is to place a legal and legislative barrier between one's preferred philosophical theory and public policy. That's all fine, of course, so long as retributivists who go down this road are aware that there are potential problems looming on the horizon.

But here again, I am not trying to show that retributivism can't adequately address the problem of psychopathy. I am just highlighting some of the ways retributivists might respond (and some of the potential downstream implications of these responses). As we have just seen, they could

bite the bullet and concede (a) that psychopathy is a mitigating condition, and (b) this fact ought to be reflected in how psychopaths are punished. But the pure retributivist need not concede so much theoretical and practical ground. While retributivists certainly *could* bite the bullet on this front, as we have already seen earlier, they certainly aren't compelled to do so. They could either deny that psychopathy is a mental illness altogether or deny that it is a mental illness that should count as a mitigating circumstance. But these aren't the only options open to retributivists on this front.

However, one attractive way retributivists have responded in the past to these (and related) issues isn't open to pure (or strict) retributivists—namely, embracing a hybrid theory of punishment whereby both backward-looking and forward-looking considerations are deemed relevant to punishment. There are two noteworthy features of this mixed approach for present purposes: First, this option is tantamount to giving up on pure or strict retributivism—which is the view that both the *institution* of punishment in general and its *implementation* in particular cases are justified by purely backward-looking, desert-based considerations. So, while this mixed approach is open to retributivists, it is not open to those who defend retributivism in its purest form. Second, retributivists who go this hybrid route to address the problem of psychopathy wouldn't be like the traditional mixed theorists of punishment one finds in Rawls (1956) and Hart (1968). On this latter view, the institution of punishment is justified in terms of forward-looking considerations while the implementation of punishment is the province of retributive considerations. For both Rawls and Hart, the retributive considerations serve as side constraints to prevent consequentialism from running amuck when it comes to sentencing decisions.

However, a retributivist of the persuasion I am presently imagining would need to adopt precisely the *opposite* mixed theory of punishment. On this curious view, desert would apply at the institutional level rather than at the level of implementation—which is a view that no one has defended in the literature as far as I know. So, while the institution of punishment would be justified on retributivist grounds, decisions at the level of implementation would be made based on consequentialist considerations—which can then be used to justify punishing psychopaths equally harshly as their non-psychopathic counter-parts even though the former are less deserving (from the standpoint of moral responsibility).

The key question that arises here for the retributivist is determining which kinds of forward-looking considerations ought to be relevant to the sentencing decisions in the case of psychopaths. For instance, one forward-looking consideration that is not available to the mixed retributivist when it comes to psychopaths is rehabilitation or moral education. Not only are psychopaths hyper-criminal but they recidivate at a higher rate than any other group of offenders. To make matters worse, while progress has been made when it comes to rehabilitating non-psychopathic offenders during the past twenty years in the wake of improved techniques in violence risk assessment and risk management, psychopaths don't respond to therapeutic intervention.

Indeed, there is some evidence that the very attempt to rehabilitate psychopaths with traditional treatment modalities such as group therapy or individual counseling actually makes it *more*, rather than *less*, likely that they recidivate⁴⁷. As such, if retributivists opt for a mixed theory rather than a pure or strict form of retributivism, rehabilitation and moral education can't play a role in the justification of punishing psychopaths (at least when it comes to adult offenders). That leaves two other forward looking justifications—namely, prevention and deterrence.

Prevention is an obvious justification for punishing psychopaths given that they clearly represent a menace to society. However, relying on prevention rather than desert creates its own unique set of potential problems. For instance, as we learn more about both the genetic underpinning and the developmental trajectory of the illness of psychopathy, and as we develop increasingly more powerful tools for detecting and diagnosing the disorder, we will presumably be able to identify psychopaths at increasingly earlier ages. Given that psychopathy isn't currently treatable (see above) and given how much damage psychopaths inflict on society, the preventive theorist may feel the eventual pull to start detaining or quarantining children who are diagnosed with psychopathy even if they haven't broken any laws⁴⁸.

This temptation to identify and detain psychopaths at earlier stages is all the more problematic when we remember that the antisocial behaviors that are symptomatic of psychopathy persist well into adulthood. As such,

47 See, e.g., RICE *et al.*, 1992. It is worth mentioning, however, that juveniles with psychopathic tendencies have been found to be amenable to therapy (e.g., CALDWELL; RYBROEK, 2001; *Ibid.*, 2005; CALDWELL *et al.*, 2007).

48 See, e.g., RAINE, 2013.

if we focus on prevention and future dangerousness as the justification for punishing psychopaths, we may eventually find ourselves having to punish psychopaths for life even for minor offenses. For a pure preventive theorist, perhaps this is an acceptable albeit lamentable consequence. But for retributivists who adopt a mixed theory because they think psychopaths should be punished *no less harshly* than their non-psychopathic counterparts, this, too, is a bitter pill to swallow (since on this approach we will likely end up punishing them *more harshly*).

In order to avoid this outcome, the mixed retributivist could opt to focus instead on general deterrence rather than prevention or rehabilitation. However, once the retributivist adopts deterrence as the guiding motivation behind punishing psychopaths, it is unclear what work is left for desert to do in a system like this one. For while we may treat both psychopaths and non-psychopaths roughly the same in terms of how much punishment we mete out to them even though the two groups are differentially deserving, we may also treat them differentially (as was the case with preventive models). Indeed, because psychopaths commit some of the most heinous crimes, we may be driven to punish them even more harshly than their non-psychopathic counterparts for maximal deterrent effect even though, from the strict standpoint of retribution, they deserve lighter sentences.

In short, if one adopted this type of mixed theory of punishment in the face of the problem of psychopathy, there would be a tension from the outset between the stated goal of the institution of punishment—in this case, having a formal system in place for giving the deserving their due (which is itself intrinsically valuable)—and the relevance of forward-looking considerations like general deterrence at the level of implementation. After all, the implementations (that is, sentences) in such an arrangement will often diverge from the retributive goal of the institution itself—which is perhaps why no one has defended this kind of mixed theory of punishment in the literature. Upon closer inspection, it is at best a short term fix that doesn't completely address the problem at hand and it is a strategy that leads to even larger concerns down the road.

Of course, if retributivists want to avoid all of these aforementioned problems with mixed theories of punishment altogether, they could always follow Morse in concluding that because psychopaths are suffering from a mental illness that sufficiently undermines their desert, psychopaths should be *exculpated* and detained in forensic facilities rather than

incarcerated in penal institutions⁴⁹. On this view, it's not that psychopaths are less deserving of punishment—it's that psychopaths aren't apt targets of punishment at all. Regardless of what one thinks of this move, it, too, represents a major shift in how we currently treat psychopathic offenders—a shift I suspect most people would want to reject given that psychopaths commit crimes while free of delusions and without remorse. Here again, we find a potential fissure between pure retributivism and common-sense morality. While I personally find the approach adopted by Morse⁵⁰ to be the most attractive strategy for the retributivist, I nevertheless think it has an uphill battle when it comes to making its way into public policy (at least in the United States). For while pre-theoretical folk retributivism may share some key assumptions with its more sophisticated philosophical counter-part when it comes to the intrinsic value of giving the deserving their due, common sense morality may have different standards when it comes to which circumstances and conditions should count as mitigating and exculpating.

This is not to say that the ordinary views about psychopaths and punishment are necessarily the correct views nor is it to say that the retributivist shouldn't opt for the approach to psychopathy adopted by Morse. It's just to say that philosophers must be sensitive to the potential conflicts and tensions that may exist between their own preferred theories and public opinion. For it is public opinion—fueled as it is by common-sense morality—that is always potentially standing in between theory and practice. So even if a philosopher chooses not to take common sense morality as the starting point of her philosophical investigation (which is fine, of course), it is something that will need to be addressed somewhere down the road if the philosopher cares about public policy and not just philosophical theorizing. Here, too, one would need much more data on the contours of folk intuitions about punishment, mental illness, responsibility, and the like—which is yet another task for another day.

In the meantime, there is already compelling evidence that psychopathy is a mental illness with a bio-genetic etiology—one that is associated with structural and functional brain abnormalities that lead to chronic antisocial behavior. At this point, this is something everyone in the debate

49 MORSE, 2008.

50 *Ibid.*

about the philosophy of punishment and should simply accept. Rather than disputing the mounting empirical data, philosophers should focus instead on how their preferred theories of punishment will accommodate what we are learning about the curious and frightening case of the psychopath. For as things presently stand, it appears that psychopaths are indeed mad rather than merely bad. However, given that their badness is actually symptomatic of their curious and frightening form of madness, they create deep and puzzling issues at the cross roads of philosophy, psychiatry, and the criminal law.

References

- AHARONI, E., SINNOTT-ARMSTRONG, W., & KIEHL, K. "Can Psychopathic Offenders Discern Moral Wrongs? A New Look at the Moral/Conventional Distinction", *Journal of Abnormal Psychology*, v. 121 (2), pp. 484-497, 2012.
- ANDRADE, J. T. The inclusion of antisocial behavior in the construct of psychopathy: A review of the research. In: *Aggression and Violent Behavior*, 13, pp. 328–335, 2008.
- BECHARA, A., DAMASIO, A., DAMASIO, H. & ANDERSON, S. Insensitivity to future consequences following damage to human prefrontal cortex. In: *Cognition*, 50, pp. 7–15.
- BLAIR, R. A cognitive developmental approach to morality: investigating the psychopath. In: *Cognition*, 57, pp. 1–29, 1995.
- BLAIR, R. & COLES, M. Expression recognition and behavioural problems in early adolescence. In: *Cognitive Development*, 15, pp. 421–34, 2000.
- BLAIR, R., COLLEDGE, E., MURRAY, L., & MITCHELL, D. A selective impairment in the processing of sad and fearful expressions in children with psychopathic tendencies. In: *Journal of Abnormal Child Psychology*, 29, pp. 491–98, 2001a.
- BLAIR, R., COLLEDGE, E., & MITCHELL, D. Somatic markers and response reversal: is there orbitofrontal cortex dysfunction in boys with psychopathic tendencies? In: *Journal of Abnormal Child Psychology*, 29, pp. 499–511, 2001b.
- BLAIR, K.S., LEONARD, A., & BLAIR, R.J.R. Impaired decision making on the basis of both reward and punishment information in individu-

- als with psychopathy. In: *Personality and Individual Differences*, 41, pp. 155-165, 2006.
- BLAIR, R.J.R., MITHCELL, D.G.V., LEONARD, A., BUDHANI, S., PESCHARDT, K.S., & NEWMAN, C. Passive avoidance learning in individuals with psychopathy; modulation by reward but not punishment. In: *Personality and Individual Differences*, 37, pp. 1179-1192, 2004.
- BLONIGEN, D.M., HICKS, B.M., KRUEGER, R.F., PATRICK, C.J., & IACONO, W.G. Psychopathic personality traits: heritability and genetic overlap with internalizing and externalizing psychopathology. In: *Psychological Medicine*, 35(5), pp. 637-648, 2005.
- CALDWELL, M.F., & VAN RYBROEK, G.J. Efficacy of a decompression model in the clinical management of violent juvenile offenders. In: *International Journal of Law and Psychiatry*, 45(4), pp. 469-477, 2001.
- CALDWELL, M.F., & VAN RYBROEK, G.J. Reducing violence in serious juvenile offenders using intensive treatment. In: *International Journal of Law and Psychiatry*, 28(6), pp. 622-636, 2005.
- CALDWELL, M.F., MCCORMICK, D.J., UMSTEAD, D., & VAN RYBROEK, G.J. Evidence of treatment progress and therapeutic outcomes among adolescents with psychopathic features. In: *Criminal Justice and Behavior*, 34(5), pp. 573-587, 2007.
- CIMA, M., SMEETS, T., & JELICIC, M. Self-reported trauma, cortisol levels, and aggression in psychopathic and non-psychopathic prison inmates. In: *Biological Psychology*, 78(1), pp. 75-86, 2008.
- CLECKLEY, H. *The mask of sanity* (4th Ed). St. Louis: Mosby. First published in 1941, 1976.
- COTTINGHAM, J.G. Varieties of retributivism. In: *Philosophical Quarterly*, 29, pp. 238-246, 1979.
- DEIGH, J. Empathy and universalizability. In: *Ethics*, Vol. 105, No. 4, pp. 743-763, 1995.
- DUFF, A. Psychopathy and answerability. In: L. Malatesti & J. McMillan (Eds.) *Responsibility and Psychopathy: Interfacing Law, Psychiatry, and Philosophy*. New York: Oxford University Press, pp. 199-212, 2010.
- DUFF, A., & GARLAND, D. [Eds.] *A Reader on Punishment*. New York: Oxford, 1994.
- FINE, C., & KENNETT, J. Mental impairment, moral understanding and criminal responsibility: Psychopathy and the purposes of punishment. In: *International Journal of Law and Psychiatry*, 27, pp. 425-443, 2004.

- GILLETT, G. Intentional action, moral responsibility, and psychopaths. In: L. Malatesti & J. McMillan (Eds.) *Responsibility and Psychopathy: Interfacing Law, Psychiatry, and Philosophy*. New York: Oxford University Press: pp. 283-298, 2010.
- GLANNON, W. Psychopathy and responsibility. In: *Journal of Applied Philosophy*, Vol.14, No.3, pp. 263-275, 1997.
- GREENSPAN, P. Responsible psychopaths. In: *Philosophical Psychology*, Vol. 16, No. 3, pp. 417-429, 2003.
- HAJI, I. The emotional depravity of psychopaths and culpability. In: *Legal Theory*, 9, pp. 63–82, 2003.
- HARE, R. Electrodermal and cardiovascular correlates of psychopathy. In: R. Hare and D. Schalling (eds.), *Psychopathic Behavior: Approaches to Research*. New York: John Wiley & Sons, pp. 107–44, 1978.
- _____. *The Hare Psychopathy Checklist–Revised*. Multi-Health Systems: Toronto, ON, 1991.
- HARE, R. D., & JUTAI, J. W. Criminal history of the male psychopath: Some preliminary data. In: K. T. VanDusen & S. A. Mednick (Eds.), *Prospective studies of crime and delinquency*, pp. 225-236. Boston: Kluwer-Nijhoff, 1983.
- HARE, R. D., & MCPHERSON, L. M. Violent and aggressive behavior by criminal psychopaths. In: *International Journal of Law and Psychiatry*, 7, pp. 35-50, 1984.
- HARE, R., HARPUR, T., HAKISTAN, R., FORTH, A., HART, S., & NEWMAN, J. The Revised Psychopathy Checklist: Reliability and factor structure. In: *Psychological Assessment: A Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 2, pp. 338-341, 1990.
- HARE, R.D., & NEUMANN, C.S. The PCL-R assessment of psychopathy: development, structural properties, and new directions. In: Patrick, C.J. (Ed.) *Handbook of Psychopathy*. New York: Guilford, pp. 58–90, 2006.
- HARE, R.D., & NEUMANN, C.S. Psychopathy as a clinical and empirical construct. In: *Annual Review of Clinical Psychology*, 4, pp. 217-46, 2008.
- HARENSKI, C.L., HARENSKI, K.A., SHANE, M.S., & KIEHL, K. Aberrant neural processing of moral violations in criminal psychopaths. In: *Journal of Abnormal Psychology* 119, 4, pp. 863-874, 2010.
- HARPUR, T., HAKISTAN, R., & HARE, R. Factor structure of the Psychopathy Checklist. In: *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 56, pp. 741-747, 1988.

- HARRIS, G., RICE, M., & CORMIER, C. (1991). Psychopathy and violent recidivism. *In: Law and Human Behavior*, 15, pp. 625-637, 1991.
- HART, H.L.A. *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1968.
- HEILBRUN, K., HART, S. D., HARE, R. D., GUSTAFSON, D., NUNEZ, C., & WHITE, A. J. Inpatient and post discharge aggression in mentally disordered offenders: The role of psychopathy. *In: Journal of Interpersonal Violence*, pp. 13, 514-527, 1998.
- KANT, I. *The Metaphysical Elements of Justice*, J. Ladd (Tr.). Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1965, 1785.
- KARPMAN, B. The myth of the psychopathic personality. *In: American Journal of Psychiatry*, 104, pp. 523-534, 1948.
- KAUPPINEN, A. The rise and fall of experimental philosophy. *In: Philosophical Explorations*, 10(2), pp. 95-118, 1997.
- KERNBERG, O. *Borderline Conditions and Pathological Narcissism*. Northvale, NJ: Jason Aronson Inc, 1975.
- KIEHL, K. *The Psychopath Whisperer*. New York: Broadway Books, 2014.
- KIEHL, K.A., SMITH, A.M., HARE, R.D., MENDREK, A., FORSTER, B.B., BRINK, J., BRINK, J. & LIDDLE, P.F. Limbic abnormalities in affective processing by criminal psychopaths as revealed by functional magnetic resonance imaging. *In: Biological Psychiatry* 50 (9), pp. 677-684, 2001.
- KIEHL, K.A., SMITH, A.M., MENDREK, A., FORSTER, B.B., HARE, R.D. & LIDDLE, P.F. Temporal lobe abnormalities in semantic processing by criminal psychopaths as revealed by functional magnetic resonance imaging. *In: Psychiatry Research* 130 (3), pp. 27-42, 2004.
- KOCH, J.L. *Psychopathic Inferiority*. Ravensburg, 1891.
- LARSSON, H., TUVBLAD, C., RIJSDIJK, F.V., ANDERSHED, H., GRANN, M., & LICHTENSTEIN, P. A common genetic factor explains the association between psychopathic personality and antisocial behavior. *In: Psychological Medicine*, pp. 37, 15-26, 2007
- LEISTICO, A.M., SALEKIN, R.T., DECOSTER, J., & ROGERS, R. A large-scale meta-analysis relating the hare measures of psychopathy to antisocial conduct. *In: Law & Human Behavior*, pp. 32, 28-45, 2008.
- LEVY, N. The responsibility of the psychopath revisited. *In: Philosophy, Psychiatry, and Psychology* 14 (2), 129-138, 2007a.
- _____. Norms, conventions, and psychopaths. *In: Philosophy, Psychiatry, and Psychology* 14 (2), pp. 163-170, 2007b.

- LITTON, P. (forthcoming). Criminal Responsibility and Psychopathy. In: *Oxford Handbook of Psychopathy and Law*, edited by K. Kiehl & W. Sinnott-Armstrong. New York: Oxford University Press.
- MAIBOM, H. Moral unreason: The case of psychopathy. In: *Mind & Language*, 20(2), pp. 237–257, 2005.
- MAIBOM, H. Rationalism, emotivism, and the psychopath. In: L. Malatesti & J. McMillan (Eds.) *Responsibility and Psychopathy: Interfacing Law, Psychiatry, and Philosophy*. New York: Oxford University Press, pp. 227–242, 2010.
- MALATESTI, L., & Mcmillan, J. (Eds.) *Responsibility and Psychopathy: Interfacing Law, Psychiatry, and Philosophy*. New York: Oxford University Press, 2010.
- MONAHAN, J., STEADMAN, H., SILVER, E., APPLEBAUM, P.S., CLARK-ROBBINS, A., MULVEY, E.P., ROTH, L., GRISSO, T., & BANKS, S. *Rethinking Risk Assessment: The MacArthur Study of Mental Disorder and Violence*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- MOORE, M. *Placing Blame: A General Theory of the Criminal Law*. Oxford: Clarendon Press, 1997.
- MORSE, S. Psychopathy and criminal responsibility. In: *Neuroethics*, 1, pp. 205–212, 2008.
- MORSE, S. Psychopathy and the law: The United States Experience. In: L. Malatesti & J. McMillan (Eds.) *Responsibility and Psychopathy: Interfacing Law, Psychiatry, and Philosophy*. New York: Oxford University Press, pp. 41–62, 2010.
- NADELHOFFER, T., & NAHMIAS, E. The Past and Future of Experimental Philosophy. In: *Philosophical Explorations*, 10(2), pp. 123–149, 2007.
- NADELHOFFER, T., HESHMATI, S., KAPLAN, D., & NICHOLS, S. Folk Retributivism: In Theory and Action. In: *Economics and Philosophy*, Vol. 29, pp. 235–261, 2013.
- NADELHOFFER, T., & SINNOTT-ARMSTRONG, W. Is Psychopathy a Mental Disease? In: N. Vincent (Ed.), *Legal Responsibility and Neuroscience*. Oxford University Press: 227–253, 2013.
- NADELHOFFER, T., WRIGHT, J., GOYA-TOCCHETTO, D., & MCGUIRE, Q. (forthcoming). Common Sense Morality and Neuro-intervention: An Interdisciplinary Investigation. In: N. Vincent (Ed.), *Neuro-interventions and the Law: Regulating Human Mental Capacity*. Oxford University Press.

- NEWMAN, J. & KOSSON, D. Passive avoidance learning in psychopathic and nonpsychopathic offenders. In: *Journal of Abnormal Psychology*, 96, pp. 257-263, 1986.
- PINEL, P. *A Treatise on Insanity* (D. Davis, Trans.). New York: Hafner. Original work published in 1801, 1962.
- PRICHARD, J. C. *A Treatise on Insanity and other Disorders Affecting the Mind*. London: Sherwood, Gilber, and Piper, 1835.
- RAINE, A. *The Anatomy of Violence: The Biological Roots of Crime*. New York: Pantheon Books, 2013.
- RAWLS, J. Two concepts of rules. In: *The Philosophical Review*, 64 (1), pp. 3-32, 1956.
- RICE, M. E., HARRIS, G. T., & QUINSEY, V. L. A follow-up of rapists assessed in a maximum security psychiatric facility. In: *Journal of International Violence*, 5, pp. 435-448, 1990.
- ROGERS, R.D., LANCASTER, M., WAKELEY, J., & BHAGWAGER, Z. Effects of beta-adrenoceptor blockade on components of human decision making. In: *Psychopharmacology*, 172(2), pp. 157-164, 2004.
- STRANGE, B.A., & DOLAN, R.J. Beta-adrenergic modulation of emotional memory-evoked human amygdala and hippocampal responses. In: *Proceedings of the National Academy of the Sciences of the United States of America*, 101(31), pp. 11.454 – 11.458, 2004.
- VEIT, R., FLOR, H., ERB, M., HERMANN, C., LOTZE, M., GRODD, W., *et al.* Brain circuits involved in emotional learning in antisocial behavior and social phobia in humans. In: *Neuroscience Letters*, 328(3), pp. 233-236, 2002.
- VIDING, E., JONES, A.P., FRICK, P., MOFFITT, T.E., & PLOMIN, R. Genetic and phenotypic investigation to early risk factors for conduct problems in children with and without psychopathic tendencies. In: *Developmental Science*, 11, pp. 17-22, 2008.
- WARD, T. Psychopathy and criminal responsibility in historical perspective. In: L. Malatesti & J. McMillan (Eds.) *Responsibility and Psychopathy: Interfacing Law, Psychiatry, and Philosophy*. New York: Oxford University Press, pp. 7-24, 2010.
- WOLF, J. *Ethics and Public Policy: A Philosophical Inquiry*. New York: Routledge, 2011.

Autor convidado

O "Sistema Acusatório" do Processo Penal Brasileiro: Apontamentos Acerca do Conteúdo da Acusatoriedade a partir de Decisões do Supremo Tribunal Federal

The "Accusatorial System" of Brazilian Criminal Procedure: Notes on the Concept of Accusatorialism from the Federal Supreme Court's Decisions

Vinicius Gomes de Vasconcellos*

Universidade de São Paulo, São Paulo-SP, Brasil

1. Introdução

Diante das inúmeras discussões terminológicas¹ e dos diversos discursos que embasam diferentes interpretações de conceitos essenciais ao direito processual penal², o presente trabalho pretende desenvolver estudo acerca do conteúdo do “sistema acusatório”, conforme as delimitações impostas em recentes decisões do Supremo Tribunal Federal. Assim, apresentar-se-á pesquisa jurisprudencial referente às decisões do tribunal máximo brasileiro sobre a temática no período entre 2010 e 2014. Após esboçar tais contornos elucidativos, empreender-se-á revisão teórica com a pretensão

* Doutorando em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Ciências Criminais na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) (2014), bolsista integral CAPES. Pós-graduado em Justiça Penal pela Universidade Castilla-La Mancha (UCLM - Espanha) (2013). Bacharel em Direito pela PUCRS (2012), com pesquisas como bolsista de iniciação científica CNPq/PIBIC (2009/2012). Professor das Faculdades Integradas Campos Salles (SP).

1 Sobre isso, ver: LANGER, 2005, pp. 103-104.

2 “Entretanto, o conteúdo perceptivo da disposição citada, do modo como vem formulada, resulta inevitavelmente impreciso, devido à utilização de uma definição (sistema acusatório) que não possui um significado unívoco e universalmente aceitado. O verdadeiro problema, de fato, reside em individualizar os caracteres distintivos que identificam o modelo processual acusatório, caracteres sobre os quais nem sempre existe unanimidade entre os juristas, dependendo de quais sejam suas opções ideológicas em relação à hierarquia de valores implicada na justiça penal.” (ILLUMINATI, 2008, p. 136, tradução livre).

de descrever as principais divergências doutrinárias que permeiam a análise do tema proposto, expondo suas limitações e clarificando a necessidade do aprofundamento crítico do estudo, visando à definição dos contornos indissociáveis da acusatoriedade no processo penal democrático.

Assim, pensa-se que o presente estudo se justifica na importância da definição do conteúdo da acusatoriedade a partir de posicionamentos da corte suprema do ordenamento pátrio. Tendo-se ciência da paulatina e hodierna utilização das terminologias “processo acusatório” e “modelo acusatório”, o intento de elucidar seu conteúdo e de questionar seus reflexos no ordenamento jurídico é imprescindível na construção doutrinária e jurisprudencial do processo penal brasileiro³.

2. O conteúdo do “sistema acusatório” conforme posicionamentos do Supremo Tribunal Federal brasileiro

Conforme descrito, neste tópico serão analisadas decisões recentes que abordaram direta ou indiretamente a temática da acusatoriedade no processo penal, almejando-se elucidar, ainda que parcialmente, a concepção desenvolvida pelo tribunal supremo do ordenamento jurídico brasileiro. Cumpre alertar a ciência do fato de que o enfrentamento da temática pode se tornar nebuloso em razão da variação ocasionada pela discussão das questões centrais das decisões estudadas, as quais podem desfocar as premissas do debate acerca do conceito de “sistema acusatório”. Para tanto, selecionaram-se julgados a partir de pesquisa jurisprudencial na página eletrônica do Supremo Tribunal Federal (STF), restringidos pelo termo “acusatório” no campo de pesquisa, coletados individualmente em razão da aderência à temática, sendo, portanto, excluídos aqueles destoantes. Assim, foram separadas nove decisões que oferecem contribuições ao estudo, compreendidas entre os anos 2010 e 2014.

O primeiro caso se trata do Habeas Corpus n.º 88.875, julgado em 07 de dezembro de 2010 pela Segunda Turma do STF, relatado pelo ministro Celso de Melo. Versa-se sobre a inépcia de denúncia formulada pelo acusador público, em razão da ausência de atribuição específica e individualizada de comportamento delituoso ao acusado, diante da inexistência de lastro

3 “(...) não vamos superar a dualidade sem demarca-la. Sem os modelos de referência, corremos o risco de não compreender adequadamente a nova inquisitorialidade.” (MARINHO MARQUES, 2013, p. 16).

probatório mínimo em suposto crime de descaminho tentado. Conforme a decisão, o sistema jurídico vigente no Brasil é de natureza acusatória em sua estrutura formal, em razão da imposição democrática e constitucional⁴. Assim, afirma-se a “natureza dialógica” do processo penal acusatório, o que parece consolidar a importância máxima do contraditório para o respeito de direitos fundamentais na persecução penal. Para tanto, impõe-se a obrigação de o Ministério Público formular denúncia juridicamente apta, que exponha de forma precisa e individualizada a participação de cada acusado na suposta prática delituosa, sob pena de aceitação à repudiável responsabilização penal objetiva⁵ e à decorrente inversão do ônus da prova, que deve impreterivelmente recair ao acusador⁶. Portanto, o primeiro posicionamento analisado alça o respeito ao contraditório e à ampla defesa ao patamar primordial do processo penal que se diz acusatório.

Também nesse sentido, abordando temática semelhante, o segundo julgado, Habeas Corpus n.º 102.650, de 02 de agosto de 2011, analisado pela Segunda Turma do STF, relatoria do ministro Ayres Brito, trata do trancamento de ação penal⁷ em razão da inépcia da denúncia. Conforme tal posicionamento, reafirmou-se o mandamento constitucional no sentido da consagração do modelo acusatório, referindo-se, como fundamento, o artigo 129, inciso I da Constituição Federal (CF)⁸. Assim, o Ministério Público é encarregado de oferecer a denúncia para a persecução penal, a qual deve atender a requisitos determinados no Código de Processo Penal (CPP), como a exposição do fato criminoso e a qualificação suficiente do

4 “O sistema jurídico vigente no Brasil - tendo presente a natureza dialógica do processo penal acusatório, hoje impregnado, em sua estrutura formal, de caráter essencialmente democrático – impõe, ao Ministério Público, notadamente no denominado “*reato societario*”, a obrigação de expor, na denúncia, de maneira precisa, objetiva e individualizada, a participação de cada acusado na suposta prática delituosa.”

5 “A mera invocação da condição de sócio ou de administrador de sociedade empresária, sem a correspondente e objetiva descrição de determinado comportamento típico que o vincule, concretamente, à prática criminosa, não constitui fator suficiente apto a legitimar a formulação de acusação estatal ou a autorizar a prolação de decreto judicial condenatório.”

6 “Para o acusado exercer, em plenitude, a garantia do contraditório, torna-se indispensável que o órgão da acusação descreva, de modo preciso, os elementos estruturais (“*essentialia delicti*”) que compõem o tipo penal, sob pena de se devolver, ilegitimamente, ao réu, o ônus (que sobre ele não incide) de provar que é inocente.”

7 Cumpre apontar, respeitosamente, que, conforme afirmado em diversos trabalhos, pensa-se que a expressão adequada é “trancamento do processo”, posto que o direito de ação se implementa no momento do oferecimento da denúncia, sem a possibilidade de um “trancamento posterior”. Sobre isso, ver: LOPES JR., 2012, pp. 357-360.

8 “Dito isso, consigno que, no modelo acusatório definido pelo inciso I do art. 129 da Constituição Federal (“*São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei*”), a imputação do fato-crime, como regra, compete ao Ministério Público.”

acusado. Contudo, no caso concreto, assentou-se que a denúncia era adequada, visto que descrevia suficientemente os fatos aparentemente ilícitos, permitindo, assim, o exercício da ampla defesa aos acusados. De qualquer modo, novamente relacionou-se diretamente o modelo acusatório ao respeito do contraditório e da ampla defesa.

Posteriormente, no Agravo Regimental no Inquérito n.º 2.913, relatado em plenário pelo Ministro Dias Toffoli em 01 de março de 2012, com voto redigido pelo Ministro Luiz Fux, analisou-se acusação de crime de peculato em foro por prerrogativa de função parlamentar, cuja investigação preliminar foi trancada por membro do Judiciário de ofício, sem a prévia manifestação do órgão acusador. Embora apresentada divergência pelo relator⁹, o voto predominante assentou que o sistema acusatório, especialmente durante a investigação preliminar, se caracteriza pela posição inerte do julgador, sendo respeitada a formação da convicção do Ministério Público, encarregado da acusação no processo penal¹⁰. Assim, o trancamento do inquérito policial se justifica somente em situações excepcionais, em que não exista qualquer possibilidade da ocorrência em tese de um delito nos fatos descritos¹¹, o que não se caracterizou no caso em tela, de modo que foi determinado o prosseguimento da investigação preliminar. Portanto, tal julgado determinou a necessidade da separação das funções de acusar e julgar como decorrência do processo penal acusatório, afirmando a importância de respeito à formação da convicção do acusador público, especialmente na fase pré-processual de investigação preliminar.

9 “Como é curial, o fato de ser o Ministério Público o titular da persecução penal não impede o controle jurisdicional da instauração de procedimento formal de investigação por atipicidade do fato objeto do inquérito. São inúmeros os casos em que o Supremo Tribunal Federal não apenas reconhece a possibilidade de trancamento de inquérito por atipicidade do fato, mas também o determina, até mesmo, de ofício (v.g., HC n.º 83.166/MG, Segunda Turma, da relatoria do Ministro Nelson Jobim, DJ 12/3/04; HC n.º 71.466/DF, Primeira Turma, da relatoria do Ministro Celso de Mello, DJ de 19/12/94; HC n.º 83.233/RJ, Segunda Turma, da relatoria do Ministro Nelson Jobim, DJ de 19/3/04; RE n.º 467.923/DF, Primeira Turma, da relatoria do Ministro Cezar Peluso, DJ de 4/8/06; e RE n.º 459.024/PR, decisão monocrática, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 15/2/07).”

10 “O sistema processual penal acusatório, mormente na fase pré-processual, reclama deva ser o juiz apenas um “magistrado de garantias”, mercê da inércia que se exige do Judiciário enquanto ainda não formada a *opinio delicti* do Ministério Público.”

11 “O trancamento do inquérito policial deve ser reservado apenas para situações excepcionalíssimas, nas quais não seja possível, sequer em tese, vislumbrar a ocorrência de delito a partir dos fatos investigados. Precedentes (RHC n.º 96.713, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 07/12/2010; HC n.º 103.725, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 14/12/2010; HC n.º 106.314, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 21/06/2011; RHC n.º 100.961, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 06/04/2010).”

Igualmente nesse diapasão, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.414, julgada em 31 de maio de 2012, relatada em plenário pelo Ministro Luiz Fux, trata do questionamento acerca da constitucionalidade de Lei estadual de Alagoas que criou varas especializadas em delitos praticados por organizações criminosas. Em que pese os diversos pontos analisados pelo STF, atenta-se aqui aos apontamentos acerca do tema do presente estudo. Conforme o julgado, o conceito da acusatoriedade é “equivoco na doutrina brasileira”, mas seus contornos são imposição constitucional com base no artigo 129, inciso I e da norma do *due process of law* (art. 5º, LIV)¹². Assim, a decisão afirma que “a separação entre as funções de acusar, defender e julgar é o signo essencial do sistema acusatório de processo penal”, utilizando-se, para tanto, da doutrina de Luigi Ferrajoli¹³. A referida legislação impugnada determina que “as atividades jurisdicionais desempenhadas pela 17ª Vara Criminal da Capital compreendem aquelas que sejam anteriores ou concomitantes à instrução prévia, as da instrução processual e as de julgamento dos acusados por crime organizado”. Ou seja, autoriza-se o Judiciário a atuar durante e, inclusive, antes da investigação preliminar. Aqui, o STF se posicionou por dar interpretação ao texto conforme à Constituição, assentando que a referida vara “tem legitimidade para exercer jurisdição durante ou mesmo anteriormente à instrução preliminar, desde que sua atuação se justifique para salvaguardar os direitos daqueles afetados pelos atos de investigação”¹⁴.

12 “O conceito de sistema acusatório é equivoco na doutrina brasileira. Sabe-se que sistema, na clássica definição de Canaris, é um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível que tem por fundamento um princípio ou pequeno conjunto de princípios que impede(m) a dispersão de seus elementos numa multiplicidade de valores singulares desconexos (CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito. Trad. A. Menezes Cordeiro. 3a ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002. *passim*). O princípio fundante do sistema ora analisado, a toda evidência, é o princípio acusatório, norma decorrente do *due process of law* (art. 5o, LIV, CRFB) e prevista de forma marcante no art. 129, I, da CRFB, o qual exige que o processo penal seja marcado pela clara divisão entre as funções de acusar, defender e julgar, considerando-se o réu como sujeito, e não como objeto da persecução penal.”

13 “A separação entre as funções de acusar defender e julgar é o signo essencial do sistema acusatório de processo penal (Art. 129, I, CRFB), tornando a atuação do Judiciário na fase pré-processual somente admissível com o propósito de proteger as garantias fundamentais dos investigados (FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal. 3a ed., Madrid: Trotta, 1998. p. 567).”

14 “Fica claro, diante dessas premissas, que o magistrado só deve atuar na fase pré-processual assumindo a função de “juiz de garantias”, de modo a proteger os direitos fundamentais dos investigados, sob pena de assumir a feição de acusador. Na etapa administrativa da persecução penal, o indivíduo pode se ver manietado em sua locomoção ou sofrer restrição em seu patrimônio, motivo pelo qual não se pode afastar a atividade jurisdicional, que se encarregará de analisar a juridicidade das cautelares pessoais e reais.”

Já no Habeas Corpus n.º109.713, do dia 19 de fevereiro de 2013, julgado pela Primeira Turma do STF, com relatoria da ministra Rosa Weber, discutiu-se a impetração do remédio constitucional em substituição ao Recurso Ordinário Constitucional, assentando sua inadmissibilidade. Sobre a temática aqui em esboço, a decisão afirma, em resposta à tese defensiva de violação às regras do sistema acusatório em razão de oitiva de testemunhas arroladas de ofício pelo julgador, que tal modelo “não pressupõe magistrado como mero expectador estático no curso do processo penal, admitindo-se, ainda que excepcionalmente, a iniciativa probatória *ex officio*”¹⁵. Por certo, trata-se de afirmação problematizável, nos termos dos aportes teóricos que serão analisados neste estudo.

Posteriormente, no Habeas Corpus n.º 108.527, de 14 de maio de 2013, relatado na Segunda Turma do STF pelo ministro Gilmar Mendes, assentou-se que a regra do artigo 456 do CPP – a qual determina o prazo de 10 dias para a análise dos autos do processo pelo advogado constituído em caso de ausência de defensor sem motivo legítimo à julgamento pelo Tribunal do Júri – deve ser analisada com ponderação ao caso concreto, de modo a considerar seus aspectos formal e material, no respeito ao princípio da paridade de armas e à isonomia entre as partes. Conforme o julgado, trata-se de decorrência do respeito à ampla defesa, em harmonia ao sistema processual penal acusatório¹⁶. Na situação descrita, a análise do processo pelo defensor público nomeado se limitou a apenas quatro dos vinte e seis volumes, em razão da impossibilidade física e temporal, já que o prazo imposto foi de doze dias. Assim, reconheceu-se a violação à plenitude de defesa do réu e a nulidade do julgamento. Esse julgado, portanto, além de reafirmar a imposição do respeito ao contraditório e à ampla defesa, eluci-

15 “A possibilidade de o magistrado ouvir outras testemunhas, consoante artigo 209, *caput*, do Código de Processo Penal (“O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes”) é, segundo lição de NUCCI, “decorrência do princípio da verdade real, vigente no processo penal, além de ser, ainda, consequência do princípio do impulso oficial” (Código de Processo Penal Comentado. 10a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 495). O sentido conferido à locução, verdade material, neste contexto, não é no sentido de pretender a busca de uma verdade absoluta ou ontológica, e sim com vistas a explicitar a limitação de disponibilidade probatória das partes no processo penal, em face da indisponibilidade da *res judicanda*, a exigir, assim, uma verdade não integralmente dependente da influência que, através de seu comportamento processual, as partes queiram sobre ela exercer (DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito processual penal. Coimbra: Coimbra, 1974. p. 193-195).”

16 “Decorre do princípio da ampla defesa a necessidade de um justo equilíbrio entre as partes envolvidas em processo judicial ou administrativo. Esse equilíbrio (ou princípio da paridade de armas) está devidamente em harmonia com o sistema processual penal acusatório instituído pela Constituição Federal de 1988.”

dou a importância da paridade de armas, do tratamento isonômico entre defesa e acusação como essencial ao sistema acusatório¹⁷.

Já o Habeas Corpus n.º 115.015, julgado pela Segunda Turma do STF em 27 de agosto de 2013, com relatoria do Ministro Teori Zavascki, examinou caso de suposto crime contra a ordem tributária em que houve requisição de indiciamento pelo julgador após o início do processo com o recebimento da denúncia. Conforme a decisão, o ato de indiciamento se trata de formalização da convicção da autoridade policial no decorrer da investigação preliminar, afirmando que os indícios colhidos indicam a autoria do suposto crime¹⁸. Nesse sentido, inclusive, cita-se o parágrafo 6º do artigo 2º da Lei n.º 12.830/2013 (que dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia), o qual solidifica como privativo do delegado de polícia o ato de indiciamento, que deve ser necessariamente fundamentado. Assim, além de incompatível ao momento processual em questão¹⁹, a referida requisição é conflitante ao sistema acusatório, que “contemplado em nosso ordenamento jurídico, impõe a separação orgânica das funções concernentes à persecução penal, de modo a impedir que o juiz adote qualquer postura tipicamente inerente à função investigatória”²⁰. Em 21 de maio de 2014, na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.104/DF, o plenário do STF deferiu por maioria, sob relatoria do Ministro Roberto Barroso, a suspensão do art. 8º da Resolução n.º 23.396 de 17 de dezembro de 2013 do Tribunal Superior Eleitoral, que definia: “o inquérito policial eleitoral somente será instaurado mediante determinação da Justiça Eleitoral, salvo a hipótese de prisão em flagrante”. Conforme a

17 “A isonomia entre as partes deve ser vista tanto pelo aspecto formal, como pelo material, já que não basta a mera aplicação das regras inseridas na legislação processual penal sem sua ponderação com o caso concreto. Deve o magistrado conduzir o julgamento de modo que as partes, sempre, disponham de idênticas “armas” para acusar e/ou defender.”

18 “Não obstante a legislação processual penal seja silente a respeito, a doutrina penal define o indiciamento como sendo o ato de formalização da convicção, por parte da autoridade policial, que os elementos indiciários até então colhidos na investigação indiquem ser uma pessoa autora do crime.”

19 “Ressalte-se, ainda, que a decisão de recebimento da denúncia faz com que o então suspeito deixe de ser objeto das investigações e passe a figurar como réu na ação penal, o que demonstra a incompatibilidade entre o ato de recebimento da denúncia, que já pressupõe a existência de indícios mínimos de autoria, e a posterior determinação de indiciamento, ato que atribui a alguém no curso do inquérito a suposta autoria delitiva e que visa a subsidiar o oferecimento da peça acusatória.”

20 “Ao impor à autoridade responsável pelas investigações quem ela deve considerar como autor do crime, o órgão Judiciário se sobrepe, em tese, as suas conclusões, sendo essa, a toda evidência, atribuição estranha à atividade jurisdicional e que não se coaduna com o sistema acusatório imposto pela Constituição de 1988.”

decisão, tal dispositivo implementava um indevido controle judicial prévio sobre a condução das investigações, o que acarretaria violação ao núcleo essencial do princípio acusatório. Ao reconhecer que “a Constituição de 1988 fez uma opção inequívoca pelo sistema penal acusatório”, o Tribunal afirmou que se impõe uma separação rígida entre as tarefas de investigar/acusar e a função de julgar²¹. Importantes premissas foram assentadas nos itens 8 a 12 do voto relator, o qual, a partir de tal núcleo central do sistema acusatório, afirmou duas consequências “de especial significado constitucional”: 1) o juiz não pode exercer um papel ativo na fase de investigação e acusação; e, 2) em prol da paridade de armas entre acusação e defesa, “cabe às partes o ônus de desenvolverem seus argumentos à luz do material probatório disponível”. Assim, conclui: “ainda que o legislador disponha de alguma liberdade de conformação na matéria, inclusive para tratar de contextos específicos como o da Justiça Eleitoral, não é válido que esvazie a opção do constituinte e crie para o juiz um poder genérico de direção dessa fase pré-processual”.

Por fim, o Recurso Ordinário em Habeas Corpus n.º 120.379, julgado pela primeira turma do STF em 16 de agosto de 2014, sob relatoria do Ministro Luiz Fux, assentou por maioria que, em discutida matéria sobre o tema da correlação entre acusação e sentença, o julgador determina o aditamento da denúncia para incluir fatos constantes no relatório policial após a manifestação do órgão acusador. Conforme o julgado, “o sistema acusatório confere ao Ministério Público, exclusivamente, na ação penal pública, a formação do *opinio delicti*, separando a função de acusar daquela de julgar”²².

21 “A Constituição de 1988 fez uma opção inequívoca pelo sistema penal acusatório. Disso decorre uma separação rígida entre, de um lado, as tarefas de investigar e acusar e, de outro, a função propriamente jurisdicional. Além de preservar a imparcialidade do Judiciário, essa separação promove a paridade de armas entre acusação e defesa, em harmonia com os princípios da isonomia e do devido processo legal.”

22 Conforme o voto do relator: “Houve flagrante violação do princípio acusatório, pelo qual o Ministério Público é o autor da ação penal e detentor da *opinio delicti*. Ao determinar o aditamento da denúncia o Juízo adentrou na esfera própria e exclusiva da acusação. É dever do Ministério Público, diante da conclusão de investigação criminal, emitir a *opinio delicti*, seja oferecendo denúncia, determinando a continuidade das diligências ou manifestando-se sobre o arquivamento formal ou material dos autos.”

3. Aprofundamentos acerca da acusatoriedade no processo penal democrático: o desvelamento do núcleo fundante diferenciador na dicotomia dos sistemas processuais

Após a exposição dos julgados acerca do “sistema acusatório” no processo penal conforme a visão adotada pelo Supremo Tribunal Federal no período entre 2010 e 2014, este tópico desenvolverá o arcabouço teórico apto a estruturar estudo crítico de tal posicionamento. Para tanto, inicialmente apresentar-se-á breve revisão histórica sobre os sistemas processuais, a qual assentará as bases comumente utilizadas pela doutrina pátria no exame do tema. Posteriormente, aprofundar-se-á a análise a partir das discussões e controvérsias expostas pela doutrina brasileira, o que fomentará a solidificação das críticas apontadas.

3.1. Breve introdução histórica: a descrição clássica da dicotomia acusatório/inquisitivo

Geralmente, o estudo dos sistemas processuais penais inicia-se a partir de análises de cunho histórico, descrevendo-se as características dos modelos de justiça criminal da antiguidade até os tempos atuais. Aqui, contudo, não se pretende empreender retrospectiva histórica pseudo-linear, a qual caracteriza motivo de acertada crítica doutrinária²³. Portanto, desde já importante frisar a inexistência de linearidade no desenvolvimento dos modelos descritos: realizar-se-á breve revisão bibliográfica acerca das considerações históricas avaliadas pertinentes dentre aquelas comumente apontadas pela doutrina, almejando posteriormente problematizar os conceitos “acusatório” e “inquisitivo”²⁴. Nesse diapasão, com o objetivo de traçar as características dos sistemas processuais penais como “arquétipi-

23 “O fenômeno dos sistemas processuais, é de bom alvitre frisar, não pode se resumir a uma compilação de textos históricos, investigados no presente, tentando-se atribuir um fio de sentido a perpassa-los. De forma amíúde os juristas procuram enfrentar uma ‘evolução’ histórica, oferecendo uma pretensa continuidade justamente onde esta não pode ser encontrada.” (GLOECKNER, 2013, p. 133).

24 Importante esclarecer que os termos “inquisitivo”, “inquisitório” e “inquisitorial” serão utilizados indistintamente durante este trabalho. Embora parte da doutrina realize distinção entre inquisitório (ao acusatório e ao misto) e inquisitorial (em oposição ao adversarial), discorda-se da suposta dicotomização da classificação dos sistemas processuais. Ilustrativamente, já que não sustentada neste trabalho, ver para uma tentativa de distinção entre tais denominações: ZILLI, 2003, p. 36, nota 07.

pos históricos”²⁵, costuma-se descrever espaços temporais de surgimento e prevalência de cada modelo, algumas vezes notando-se a possibilidade de coexistência simultânea, mas, geralmente, apontando-se características opostas em seus contornos²⁶.

A doutrina processual penal majoritária afirma que, na antiguidade²⁷, teria surgido o *sistema acusatório*, o qual figurou como predominante nos cenários jurídicos grego e romano²⁸. Em regra, são apontadas as seguintes características: separação de funções entre acusador e julgador, oralidade, publicidade, presunção de inocência, prisão cautelar como exceção, juiz passivo e contraditório²⁹. Também se afirma que, em geral, o julgamento se realizava em tribunais populares, a partir do sistema de valoração de provas com base na íntima convicção, sem a necessidade de motivação³⁰.

Posteriormente, com a ascensão do regramento adotado pelo direito canônico e a necessidade de fortalecimento do poder estatal na fase de decadência do império romano³¹, aponta-se a disseminação do *sistema inquisitivo*³², inicialmente em casos excepcionais³³, com seu triunfo e popularização no período da Idade Média em meio à Inquisição Católica³⁴. Tal

25 FAIREN GUILLEN, 1970, p. 230, tradução livre.

26 PACELLI, 2012, pp. 9-13; FERRAJOLI, 2014, pp. 519-520.

27 Em análise mais detalhada dos sistemas processuais na antiguidade, ver: PRADO, 2006, pp. 69-78.

28 “O sistema acusatório, com essas características históricas, vigorou durante quase toda a Antiguidade grega e romana, bem como na Idade Média, nos domínios do direito germano. Somente no século XII entrou em declínio, passando a vigorar o processo inquisitivo.” (BADARÓ, 2013, p. 27). Assim, também: CASARA; MELCHIOR, 2013, p. 93; FERRAJOLI, 2014, p. 520. De modo diferente, conforme Clara Roman Borges, o sistema acusatório foi “concebido também na Idade Média com a criação do Tribunal do Juri na Inglaterra”. (BORGES, 2013, p. 149).

29 Nesses termos, em geral: BADARÓ, 2013, p. 26; ARMENTA DEU, 2012, p. 22; LOPES JR., 2012, pp. 117-118; PRADO, 2006, p. 75; ILLUMINATI, 2008, pp. 138-139; GLOECKNER, 2013, pp. 147-148.

30 BADARÓ, 2013, p. 27.

31 “Resumindo, o processo inquisitivo se desenvolveu juntamente à aparição do Estado e da necessidade de fortalecer a segurança jurídica e a eficácia da justiça penal, em que a pena não satisfará interesses particulares de vingança, mas sim dissuasórios ou em caso de reabilitação, resultando determinante em qualquer caso não deixar à discricionariedade privada o exercício da ação e com ela a persecução dos delitos.” (ARMENTA DEU, 2012, p. 24, tradução livre). Assim, também: BACHMAIER WINTER, 2008, p. 16.

32 Sobre suas características detalhadas e percurso histórico de afirmação, ver: SILVEIRA FILHO, 2013, pp. 28-52.

33 CASARA; MELCHIOR, 2013, p. 93; ILLUMINATI, 2008, p. 140; FERRAJOLI, 2014, p. 521.

34 “Esta evolução veio a culminar, por influência do estabelecimento da Inquisição em Portugal (1536) e da sua forma própria de processo, nas Ordenações Filipinas, que, relativamente aos crimes mais graves, mandavam seguir a ‘ordem natural do juízo’, sem outra preocupação que não fosse a de alcançar a certeza do delito, a identificação do agente e a sua confissão.” (DIAS, 2004, p. 64). Sobre a origem da Inquisição e sua delimitação temporal, ver: BOFF, 1993, pp. 13-14; THUMS, 2006, pp. 201-230.

cenário é descrito por Nicolau Eymerich em seu Manual dos Inquisidores, que relata o processo canônico de combate à heresia³⁵, ressaltando o poder do juiz inquisidor ao atuar como parte, investigador, diretor, acusador e julgador³⁶. Assim, majoritariamente sustenta-se que suas características são: concentração das funções de acusar e julgar, juiz ativo e inquisidor, inexistência de contraditório, segredo, escrito, prisão do acusado durante o processo, que era tido como objeto das investigações, e a busca da verdade real³⁷. Desse modo, desenvolveu-se um sistema estruturado de imposição do poder punitivo estatal³⁸, que, por meio de uma pretensa racionalização da valoração probatória³⁹, consolidou a confissão obtida por meio de tortura como rainha das provas⁴⁰.

Conforme a descrição apresentada pela doutrina processual penal, a suposta superação de tal modelo se deu a partir do surgimento do Código de Processo Penal francês de 1808⁴¹, que inaugurou o intitulado *sistema misto*⁴². Trata-se do Código Napoleônico, que “se traduzia numa mescla entre os sistemas inquisitório e acusatório”⁴³, prevendo uma fase anterior de caráter inquisitivo – que ocorre sem a mediação dos sujeitos processuais e almeja a busca de elementos para informar o Estado e embasar a futura acusação – e, posteriormente, uma etapa processual acusatória⁴⁴, com a devida repartição das funções, publicidade, oralidade e efetivação do contraditório⁴⁵.

35 EYMERICH, 1993, pp. 113-209.

36 KHALED JR., 2010, p. 295.

37 Assim, em termos gerais: BADARÓ, 2013, p. 28; LOPES JR., 2012, pp. 121-122; DIAS, 2004, p. 62.

38 “Trata-se, sem dúvida, do maior engenho jurídico que o mundo conheceu; e conhece.” (COUTINHO, 2001, p. 18).

39 BACHMAIER WINTER, 2008, p. 19.

40 Em profunda análise histórica acerca da tortura empreendida na justiça criminal no período entre os séculos XVI e XVIII, ver: SABADELL, 2006. Sustentando que a tortura também ocorria no processo acusatório inglês: VOGLER, 2008, p. 183. Contudo, Jacinto Coutinho esclarece: “A inquisição, enfim, não inventou a tortura, mas o meio quase perfeito para justifica-la: os mecanismos do sistema inquisitório” (COUTINHO, 2001, p. 30). Em análises históricas acerca da tortura no processo penal, ver: LANGBEIN, 1977; DAMAŠKA, 1978.

41 Antes disso, aponta-se que com a Revolução Francesa houve uma opção pelo retorno ao modelo acusatório, especialmente a partir da valorização do julgamento popular pelo Tribunal do Júri, o que, entretanto, não prolongou por muito tempo. Ver: CASARA; MELCHIOR, 2013, p. 94; FERRAJOLI, 2014, p. 521.

42 BADARÓ, 2013, p. 29; ARMENTA DEU, 2012, p. 25; SILVEIRA FILHO, 2013, pp. 52-60.

43 BORGES, 2013, p. 149.

44 FERRAJOLI, 2014, pp. 521-522; FAIREN GUILLEN, 1970, p. 237.

45 CASARA; MELCHIOR, 2013, p. 85.

3.2. O sistema acusatório imposto pela Constituição brasileira de 1988 e as controvérsias acerca de suas consequências

Embora a imposição normativa prevista na Constituição brasileira – a qual estrutura um modelo com feições quase que pacificamente descritas pela doutrina como aderentes a um sistema acusatório⁴⁶ –, os contornos das consequências dessa opção são conflitantes nos estudos pátrios. Majoritariamente, sustenta-se que a acusatoriedade se caracteriza pela separação formal entre as funções de acusar, julgar e defender, que devem ser atribuídas a órgãos distintos⁴⁷. Conforme Ada Grinover, três são os corolários de tal afirmação: 1) em regra, os atos praticados em investigação preliminar não podem ser considerados provas; 2) a jurisdição não pode ser iniciada de ofício; e, 3) o processo deve transcorrer em contraditório pleno diante de juiz natural⁴⁸. Entretanto, tal corrente doutrinária afasta a proibição de iniciativa probatória ao julgador, aceitando tal atuação subsidiariamente, sem acarretar qualquer violação à imparcialidade do juiz⁴⁹. Em âmbito estrangeiro, posição semelhante é descrita por Figueiredo Dias ao denominar a estrutura do processo português como “basicamente acusatória, integrada por um princípio subsidiário e supletivo de investigação oficial”⁵⁰, pois, conforme o autor, embora caracterize-se pela inexistência de partes, afasta-se por completo a rotulação total ou parcialmente inquisitória⁵¹.

Por outro lado, intensos são os questionamentos a essa construção clássica, os quais partem da necessidade de busca de um princípio reitor do sistema processual, inviabilizando a descrição de um modelo misto em

46 MARINHO MARQUES, 2009, p. 148; RANGEL, 2008, p. 51; BADARÓ, 2013, p. 30.

47 BADARÓ, 2003, pp. 102-109; GRINOVER, 2000, p. 78.

48 GRINOVER, 2000, p. 78.

49 BADARÓ, 2008, pp. 38-39; GRINOVER, 2000, pp. 78-81.

50 DIAS, 2011, p. 14; DIAS, 2004, p. 71. De modo semelhante, se referindo ao processo penal brasileiro como “acusatório com laivos de inquisitivo”: TOURINHO FILHO, 2012, p. 118.

51 “Tudo quanto fica apontado servirá para convencer que a estrutura fundamental do processo penal português é, tipicamente e em princípio, a de um processo sem partes. Do nosso ponto de vista porém, e como já atrás pusemos suficientemente em relevo, grave erro cometeria quem se servisse dessa conclusão para aparentar o nosso processo penal com as notas constitutivas de um modelo inquisitório, ou mesmo com as de um modelo misto que comungasse de notas acusatórias e inquisitórias. O nosso processo penal é basicamente acusatório e simplesmente integrado por um princípio de investigação; tanto a conformação dinâmica que possui como a dialéctica própria que nele vive o afastam por completo de uma estrutura processual total ou parcialmente inquisitória.” (DIAS, 2004, p. 254).

sua essência⁵². A partir da percepção de que, em verdade, tratam-se de produtos culturais, e não fenômenos da natureza, configura-se a imprescindibilidade da determinação de um núcleo fundante como opção teórica para o enfrentamento do tema⁵³. Contudo, não se trata de um regresso à pretensão de esquematização de modelos puros⁵⁴, mas o desvelamento da falácia do denominado sistema misto, que, em seus termos, oculta sua real propensão inquisitiva, a qual resta clarificada com a determinação do seu núcleo⁵⁵.

Conforme a doutrina que questiona a referida visão clássica, com base no reconhecimento da função do processo penal de buscar a reconstituição de um fato histórico, afirma-se que o princípio reitor do sistema processual é determinado pelo regramento acerca da produção probatória⁵⁶, notadamente pela atuação dos atores do campo jurídico-penal que guiam o desenrolar da instrução a partir da iniciativa para sua formação⁵⁷. Portanto, o núcleo fundante para a diferenciação da dicotomia acusatório/inquisitivo seria a gestão da prova⁵⁸, de um lado restringindo-se tal poder às partes e solidificando-se o papel de espectador do julgador, e de outro depositando nas mãos do juiz (ator/inquisidor) a gestão do lastro probatório, o que autoriza a sua iniciativa para produção dos elementos que fundamentarão sua futura decisão⁵⁹. Desse modo, não existe a possibilidade de um núcleo

52 CASARA; MELCHIOR, 2013, p. 86.

53 GLOECKNER, 2013, p. 140.

54 "Não se trata de argumentar pela consolidação de um 'sistema puro', mas de fixar um núcleo que permita qualificar um processo penal como democrático, isto é, um sistema penal construído a partir do princípio acusatório, a considerar, como disse Rui Cunha Martins, que a acusatoriedade é o modo instrumental de garantir a democraticidade do sistema." (CASARA; MELCHIOR, 2013, p. 69). Nesse sentido, também: GLOECKNER; AMARAL, 2013, p. 340. Além disso, ver: MARTINS, 2011, pp. 92-96.

55 COUTINHO, 2001a, pp. 17-18.

56 LOPES JR., 2012, p. 134; COUTINHO, 2001a; p. 28.

57 Ressaltando a insuficiência de outros critérios distintivos, Giulio Illuminati aponta: "É preciso destacar neste ponto que a ausência de acusação privada e a consequente iniciativa do processo de ofício pelo juiz já não vão constituir elemento que caracterize o sistema. O exercício da ação vem atribuído a um órgão distinto do juiz – o ministério público – sem que isso por si só exclua que se trate de um processo de tipo inquisitivo. Mais adequadamente começa a surgir o significado mais atual da antítese, representado pelo modo de prática da prova." (ILLUMINATI, 2008, p. 141, tradução livre).

58 COUTINHO, 2001a, p. 28; COUTINHO, 2001b, p. 24; COUTINHO, 2010, p. 27; LOPES JR., 2012, p. 134; SILVEIRA FILHO, 2013, p. 11; GLOECKNER, 2013, p. 177; CARVALHO, 2010, p. 87-88; ROSA, 2014, p. 51; MELCHIOR, 2013, p. 142.

59 "Aqui entra a questão da gestão da prova como expressão estrutural do princípio unificador. A análise da gestão da prova é o que permite identificar um processo penal de partes, tanto do ponto de vista estático/formal quanto do ponto de vista dinâmico/material. A depender de quem exerça a gestão da prova, o

fundante misto⁶⁰; há, na verdade, modelos com traços de ambos sistemas, mas que se regem por um determinado princípio reitor, seja acusatório ou inquisitivo, conforme o critério da gestão da prova⁶¹. Tal hipotético sistema misto seria caracterizado pela existência de duas fases, uma investigatória preliminar inquisitiva e outra processual acusatória, em regra denominada júízo oral⁶². Entretanto, é exatamente aí que reside o ponto ensejador de diversas críticas, ao passo que a primeira etapa determinaria todo o desenvolvimento do processo, ou seja, configura-se um “simulacro de processo acusatório”⁶³, um “monstro de duas cabeças” em que a segunda etapa se torna “mera repetição ou encenação da primeira fase”⁶⁴.

Por certo, a questão de maior controvérsia no debate doutrinário brasileiro acerca dos sistemas processuais penais é a possibilidade de iniciativa probatória do julgador e sua relação com a configuração do sistema acusatório. Conforme o posicionamento aqui intitulado clássico, os poderes instrutórios conferidos ao juiz não se relacionam com a essência do modelo processual⁶⁵, mas com o caráter público e com a função social do processo⁶⁶. Justificada por uma pretensa busca pela verdade que permitiria uma

princípio unificador será inquisitivo (gestão das provas nas mãos do juiz) ou acusatório (gestão das provas nas mãos das partes).” (CASARA; MELCHIOR, 2013, p. 69). Também nesse sentido: LOPES JR., 2012, pp. 134-136; COUTINHO, 2001a, pp. 28-29. Sobre as perspectivas estática e dinâmica, ver: PRADO, 2006, pp. 102-153.

60 “A ausência de um princípio unificador que seja capaz de reger os componentes do sistema permite concluir que o chamado sistema misto é uma falácia do ponto de vista de uma teoria dos sistemas.” (CASARA; MELCHIOR, 2013, p. 84). Assim, também: GLOECKNER, 2013, p. 142; THUMS, 2006, p. 213.

61 “O dito sistema misto, reformado ou napoleônico é a conjunção dos outros dois, mas não tem um princípio unificador próprio, sendo certo que ou é essencialmente inquisitório (como o nosso), com algo (características secundárias) proveniente do sistema acusatório, ou é essencialmente acusatório, com alguns elementos característicos (novamente secundários) recolhidos do sistema inquisitório.” (COUTINHO, 2001b, pp. 17-18). Nesse sentido, ver: GLOECKNER, 2013, pp. 176-177.

62 FERRAJOLI, 2014, p. 521.

63 ILLUMINATI, 2008, p. 145.

64 FERRAJOLI, 2014, pp. 521-522. Nesse sentido, também: BOVINO, 1998, p. 06.

65 “(...) havendo separação de funções, sendo a acusação conferida a uma pessoa distinta do julgador, que terá a missão exclusiva de julgar, sendo-lhe vedado exercer conjuntamente a acusação, ter ou não este juiz poderes instrutórios é algo que não diz respeito com a essência do sistema.” (BADARÓ, 2003, pp. 112-113). Assim também em: BADARÓ, 2008, pp. 38-39. Conforme Marcos Zilli: “(...) não haveria qualquer incompatibilidade no estabelecimento de poderes instrutórios ao juiz em uma forma processual penal que se adequasse ao padrão acusatório, desde que as atividades de acusar e julgar permanecessem em mãos distintas. Em suma: o enfrentamento da questão não passaria pela análise detida das características inerentes ao sistema acusatório.” (ZILLI, 2003, p. 26).

66 GRINOVER, 2000, pp. 79-80.

postura ativa do julgador⁶⁷, tal autorização não violaria a imparcialidade decisória⁶⁸, sendo limitada a casos subsidiários⁶⁹. Entretanto, pensa-se que esses argumentos são problematizáveis⁷⁰: por um lado, o caráter público do processo penal não legitima a atuação instrutória do juiz, ao passo que tal justificativa era adequada em um modelo em que a acusação fosse de iniciativa privada, mas não com um órgão oficial (Ministério Público) encarregado de realizar a persecução penal e legitimado a resguardar os interesses públicos⁷¹, além de que, conforme Alberto Bovino, tal caráter não afasta o interesse acusatório na iniciativa probatória persecutória⁷². Além disso, a pretensa busca pela verdade autorizadora da ação ativa para fundamentação da decisão penal é criticada e restringida em um processo penal democrático, não tendo o condão de corroborar essa usurpação da atividade pelo julgador⁷³.

67 "(...) independentemente de provocação das partes, movido pela necessidade de descobrir a verdade, o juiz pode determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir a sentença, portanto, durante o andamento da ação penal, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante." (BARROS, 2013, p. 164).

68 GRINOVER, 2000, p. 81; BADARÓ, 2003, p. 119; ARMENTA DEU, 2012, p. 50; ZILLI, 2003, pp. 143-145.

69 "Partindo da distinção entre fontes de provas e meios de prova, percebe-se, facilmente, que perigo para a imparcialidade está no juiz que é um pesquisador, um 'buscador' de fontes de provas. Já o juiz que, diante da notícia de uma fonte de prova, como a informação de que uma certa pessoa presenciou os fatos, determina a produção do meio de prova necessário – o testemunho – para incorporar ao processo as informações contidas na fonte de prova, não está comprometido com uma hipótese prévia, não colocando em risco a sua posição de imparcialidade." (BADARÓ, 2003, pp. 119-120). Sustentando a legitimação do poder instrutório do julgador em uma suposta limitação pelas regras do devido processo penal: ZILLI, 2003, pp. 133-134.

70 "Pela análise que se propõem os defensores de um sistema acusatório (ou inquisitório) reformado, não é difícil perceber que as degenerações permitidas pela amplitude de tais poderes instrutórios têm o mesmo efeito de sedante psíquico da posição assumida pelo inquisidor nos sistemas inquisitivos maximizados." (GLOECKNER, 2013, p. 182).

71 THUMS, 2006, p. 252.

72 "As faculdades inquisitivas reconhecidas aos juízes costumam ser justificadas apelando à existência de interesse público na persecução dos fatos puníveis – e à sua consequência natural, o princípio da legalidade processual –. Entretanto, o caráter público desse interesse não exclui, nem pode excluir, o caráter interessado da persecução penal. O interesse persecutório, por outro lado, se opõe ao interesse do imputado em resistir a persecução, ou seja, em defender-se da imputação formulada contra ele." (BOVINO, 2005, p. 47, tradução livre).

73 "No sistema inquisitório, nasce a (inalcançável e mitológica) verdade real, em que o imputado nada mais é do que um mero objeto de investigação 'detentor da verdade de um crime', e, portanto, submetido a um inquisidor que está autorizado a extrai-la a qualquer custo. Recordemos que a intolerância vai fundar a inquisição. A verdade absoluta é sempre intolerante, sob pena de perder seu caráter 'absoluto'." (LOPES JR., 2012, p. 136). Sobre isso, ver: KHALED JR., 2013; MOREIRA, 2005, pp. 66-67.

Outro motivo para a referida permissão ao juiz é uma suposta tentativa de equilíbrio entre as partes, visando à igualdade de armas⁷⁴, o que, em regra, une-se à crença de que a prova produzida pode beneficiar o acusado, pois não se saberia o seu resultado no momento da proposição⁷⁵. Por certo, não se pode concordar com esses argumentos: na dúvida, deveria vigorar o *in dubio pro reo*⁷⁶, o que atesta o caráter inevitavelmente prejudicial ao acusado da iniciativa judicial, de modo que o desejo de agir do juiz resta contaminado⁷⁷. Nesse sentido, também não se pode limitar a busca probatória pelo julgador a elementos que somente favoreçam o acusado⁷⁸, pois, conforme Ricardo Gloeckner, aqui também deveria ter se colocado anteriormente a absolvição do acusado em razão da dúvida, ou seja, tal argumento ingenuamente legítima a opção autoritária⁷⁹. Embora não se possa negar a tendência normativa internacional em favor da autorização da postura ativa do julgador⁸⁰ e, até certo ponto, uma preferência contemporânea nesse sentido⁸¹, conclui-se pela imprescindibilidade do afastamento do juiz da disputa entre as partes, o que proíbe sua iniciativa probatória, ainda que subsidiária, visto que tal autorização, mesmo que limitada, abre brechas para potencialidades autoritárias e violações à imparcialidade da decisão⁸². Ou seja, embora aqui tenha-se como cristalina a incompatibilidade da produção de provas pelo julgador em um processo penal democrático, àqueles que restam em dúvida em relação à potencialidade violadora de tal autori-

74 GRINOVER, 2000, p. 81.

75 BADARÓ, 2003, p. 120; GRINOVER, 2000, p. 81; ZILLI, 2003, p. 151.

76 MARINHO MARQUES, 2009, p. 149.

77 “Ora, não importa se o juiz sabe (tem a consciência) de que parte processual a sua atuação ativa irá beneficiar ou o que resultará de sua iniciativa (objeto extraído); o importante é o que antecede este momento, o que precede e prescinde ao seu discurso, qual seja o desejo que move o ato de se comportar ativamente. Isto é particularmente problemático na contemporaneidade, a teor do que esta investigação tem demonstrado quanto à postura tendencialmente persecutória de alguns julgadores, desdobramento da *persona* de secretário de segurança pública incorporada.” (CASARA; MELCHIOR, 2013, p. 75, nota 40). Sobre tal crítica, ver também: MELCHIOR, 2013, p. 162, notas 552 e 553.

78 Essa é a proposta de Rômulo Andrade, aceitar excepcionalmente a iniciativa judicial probatória quando provar a inocência do acusado (MOREIRA, 2005, p. 68).

79 GLOECKNER, 2013, p. 175.

80 ILLUMINATI, 2008, p. 157.

81 Sobre os motivos de tal preferência, ver: GLOECKNER, 2013, pp. 187-190.

82 THUMS, 2006, p. 240. Aqui impõe-se comparação com o período em que o processo romano ordinário era acusatório, mas admitindo-se certas exceções em que o juiz poderia iniciá-lo de ofício. Conforme Giulio Illuminati, progressivamente tais poderes foram sendo ampliados em razão de tal espaço de abertura. (ILLUMINATI, 2008, p. 140)

zação, dever-se-ia impor a seguinte conclusão: na dúvida, tanto em relação a um caso concreto, quanto em face a uma construção doutrinária, deve-se escolher a opção que limite o poder estatal.

Ainda nessa discussão, há quem, embora critique tal poder instrutório ao julgador, preveja exceção ao autorizar que ele realize perguntas durante um interrogatório ou um depoimento de testemunha⁸³. Essa possibilidade é aceita inclusive em ordenamentos jurídicos vistos como acusatórios (ou ao menos com essa pretensão), como os Estados Unidos e Itália, que apresentam previsão que possibilita a atividade do juiz no questionamento⁸⁴, além de que assim também dispõe o projeto de novo Código de Processo Penal (PLS 156/2009)⁸⁵. Tal cenário é ainda mais proeminente para o fortalecimento do julgador na Alemanha, em que todo o poder instrutório nele se concentra, restando às partes a possibilidade de intervenções supletivas⁸⁶.

Para averiguar as consequências desse panorama, Bernd Schünemann desenvolveu pesquisa empírica com juízes e promotores, almejando determinar os benefícios ou prejuízos da postura ativa do julgador, na qual se concluiu que a possibilidade de questionamento às testemunhas aprimora o julgamento ao aumentar a atenção dispensada pelo juiz à produção da prova⁸⁷. Pensa-se, entretanto, que tal afirmação desfoca o cerne do problema, que, nesse caso, é a desatenção do julgador, o que deve ser resolvido por meio da mudança de postura dos atores do campo jurídico-penal. Ou seja, a possibilidade de questionamento não tem relação direta com a atenção dispensada pelo juiz, mas indireta, ao passo que acarreta, na verdade, sua intromissão na disputa das partes pelo convencimento na decisão. Além disso, pode-se dizer que a gestão das provas pelas partes é decorrência do modelo acusatório, pois nesse o juiz não tem contato com elementos investigatórios em momento anterior à produção probatória no juízo oral⁸⁸. Assim, o julgador não tem conhecimento dos fatos em discussão para ser capaz de guiar um interrogatório ou um depoimento de testemunha, por

83 MARINHO MARQUES, 2009, p. 151; ILLUMINATI, 2008, p. 157.

84 PIZZI; MONTAGNA, 2004, pp. 447-448.

85 MARINHO MARQUES, 2009, p. 151.

86 SCHÜNEMANN, 2013, p. 225.

87 SCHÜNEMANN, 2013, p. 212.

88 DAMAŠKA, 1997, pp. 850-851.

exemplo, pois quem tem o contato com o caso e com suas possíveis teses são as partes, que devem ficar encarregadas da produção de provas⁸⁹.

Ademais, outro argumento em favor da possibilidade de iniciativa probatória pelo julgador relaciona-se com o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, apontado majoritariamente pela doutrina brasileira como reitor do sistema pátrio⁹⁰. Conforme descrito por Geraldo Prado, há quem sustente que, para assegurar a efetividade do referido preceito – o qual, em breves termos, impõe dever ao acusador público de propor a denúncia sempre que tiver informações suficientes do cometimento de um crime – deve-se possibilitar a atitude ativa do juiz, para suprir eventual deficiência na instrução do processo, já que não há como obrigar o representante do Ministério Público a produzir as provas necessárias⁹¹. Contudo, pensa-se que tal pretensa relação não se justifica, visto que, além dos possíveis questionamentos ao princípio da obrigatoriedade da ação⁹², a estruturação democrática da instituição do Ministério Público, cujos representantes devem pautar suas posturas em respeito à legalidade e ao interesse público, afasta qualquer ilusória pretensão de que eventual falha possa ser suprida pelo magistrado, já que tal controle deveria ser interno no âmbito do próprio órgão ministerial⁹³. Além disso, os riscos à imparcialidade do julgador trazidos pela autorização de sua atuação probatória no processo não justificam a ilusória busca pela concretização da obrigatoriedade⁹⁴.

89 Conforme pesquisa empírica desenvolvida acerca da eficácia dos sistemas inquisitivo e acusatório para a produção do lastro probatório que possibilite uma decisão adequada, concluiu-se que, em um cenário onde ambas partes têm acesso à informação (descrição que parece ser caracterizada com o inquérito policial brasileiro documentado), o processo de partes se mostrou apto (e até melhor que o inquisitorial) para o fornecimento de provas ao julgador (BLOCK; PARKER; VYBORNA; DUSEK, 2000, pp. 172-189).

90 JARDIM, 1998, pp. 92-99.

91 “O sistema do Código de Processo Penal pretende fechar as possibilidades de manipulação da obrigatoriedade da ação penal pública ao interditar ao Ministério Público a faculdade de desistir da ação penal proposta. O fechamento, porém, não seria eficaz se também não se pudesse contemplar a «obrigatoriedade» da produção da prova. Com efeito, em um regime jurídico de obrigatoriedade da ação penal pública, por consideração de uma «razão de estado», como será visto, o sistema do Código necessitou atribuir poderes de instrução ao juiz para compensar eventuais déficits na atuação probatória do Ministério Público.” (PRADO, 2014, p. 22).

92 Em crítica ao princípio da obrigatoriedade, ver por exemplo: BINDER, 2005, pp. 205-217.

93 Sobre a consolidação da instituição do Ministério Público no processo penal democrático, ver: JARDIM; AMORIM, 2013, p. 48; CARVALHO, 2009, p. 173.

94 Diversos são os autores que apontam o caráter ilusório da crença no princípio da obrigatoriedade diante da complexidade das cifras ocultas e dos mecanismos de seleção na justiça criminal. Ver, exemplificativamente: BOVINO, 2005, pp. 19-20.

4. Considerações Finais

A partir da análise empreendida acerca dos posicionamentos recentes do Supremo Tribunal Federal conclui-se que, na visão do julgador máximo brasileiro, os contornos do modelo acusatório estão intimamente relacionados com a efetivação do contraditório e da ampla defesa. Além disso, pode-se apontar que, nos termos expostos nas decisões referidas, o núcleo da acusatoriedade diz respeito à separação das funções de acusar, julgar e defender a atores diferentes do campo jurídico-penal⁹⁵. Contudo, percebe-se tendência restritiva a tal diretriz, limitando sua plena incidência somente à fase pré-processual da persecução penal, de investigação preliminar, em que se afirma cristalinamente a posição passiva do julgador na função de garante de direitos fundamentais. Assim, enfraquecendo a separação das funções de acusar e julgar, aceitou-se, inclusive, a iniciativa instrutória do julgador, em casos subsidiários, arrolando testemunhas de ofício e realizando questionamentos durante oitiva.

Desse modo, pode-se afirmar que tais julgados se pautaram pela busca de conformidade constitucional, consolidando o mandamento da implementação de um processo penal acusatório, em que o Ministério Público é o órgão oficial encarregado da acusação pública, dentro das regras do devido processo legal. Contudo, a relativização à separação das funções, que autoriza a atuação do julgador na formação do lastro probatório que irá embasar sua própria decisão posterior, deve ser questionada a partir dos apontamentos críticos desenvolvidos no segundo tópico do estudo.

Portanto, pensa-se que a concretização da acusatoriedade, base de um processo penal democrático constitucionalmente e convencionalmente orientado, carece da elucidação do núcleo fundante que determina a dicotomia acusatório/inquisitivo⁹⁶. Ou seja, a efetiva separação das funções de acusar e julgar, a qual é pressuposto para a imparcialidade do julgador⁹⁷,

95 Nesse sentido: "Em suma, o núcleo ou essência do modelo acusatório é a separação das funções de acusar, defender e julgar em sujeitos distintos, com partes em igualdade de condições e um juiz imparcial para julgar." (BADARÓ, 2003, p. 112).

96 Sobre isso, ver: VASCONCELLOS, 2014, pp. 91-165.

97 Frisa-se que a imparcialidade é essencial para que a tese defensiva seja considerada, pois em uma situação de aderência anterior do julgador à acusação não há qualquer possibilidade de defesa efetiva. Conforme Antonio Melchior, a imparcialidade é "condição epistemológica estratégica à tomada de decisões num processo penal democrático (MELCHIOR, 2013, p. 165). Sobre imparcialidade do julgador e seus contornos contemporâneos ver: MAYA, 2011; GIACOMOLLI, 2014, pp. 231-256.

depende de sua realização material, além da previsão normativa/formal, o que impõe a caracterização de um julgador garante das regras do devido processo em respeito aos direitos fundamentais, afastado da arena de disputa entre as partes no jogo processual.

Referências Bibliográficas

- ARMENTA DEU, Teresa. *Sistemas procesales penales*. La justicia penal em Europa y América. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- BACHMAIER WINTER, Lorena. Acusatorio versus inquisitivo, Reflexiones acerca del proceso penal. In: BECHMAIER WINTER, Lorena (coord.). *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: RT, 2003.
- _____. *Direito Processual Penal*. Tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- _____. *Correlação entre acusação e sentença*. 3ª edição. São Paulo: RT, 2013.
- BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. 4ª edição. São Paulo: RT, 2013.
- BINDER, Alberto M.. Legalidad y oportunidad. In: BAIGÚN, David et al.. *Estudios sobre justicia penal: homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005. pp. 205-217.
- BLOCK, Michael K.; PARKER, Jeffery S.; VYBORNA, Olga; DUSEK, Libor. An experimental comparison of adversarial versus inquisitorial procedural regimes. In: *American Law and Economics Review*, v. 2, n. 1, pp. 170-194, 2000.
- BOFF, Leonardo. Inquisição: um espírito que continua a existir (prefácio). In: EYMERICH, Nicolau. *Manual dos Inquisidores*. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1993.
- BORGES, Clara Maria Roman. Um olhar para além dos sistemas processuais penais. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 104, pp. 147-171, ano 21, set.-out./2013.
- BOVINO, Alberto. *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*. Buenos Aires: Del Puerto, 1998.
- _____. *Principios políticos del procedimiento penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

- CARVALHO, Luís Gustavo G. C.. *Processo Penal e Constituição*. Princípios Constitucionais do Processo Penal. 5ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- CARVALHO, Salo. *Antimanual de criminologia*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do Processo Penal Brasileiro*. Dogmática e Crítica: conceitos fundamentais. Vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. Vol. 1. Santa Fe de Bogotá: Temis, 2000.
- COUTINHO, Jacinto Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. In: *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, n. 01, p. 26-51, 2001a.
- _____. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Miranda (coord.). *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001b.
- _____. *Temas de Direito Penal & Processo Penal*. (Por Prefácios Seleccionados). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- DAMAŠKA, Mirjan. The death of legal torture. In: *The Yale Law Journal*, vol. 87, pp. 860-884, 1978.
- _____. The uncertain fate of evidentiary transplants: anglo-american and continental experiments. In: *The American Journal of Comparative Law*, vol. 45, p. 839-852, 1997.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. 1ª edição. reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- _____. *Acordos sobre a sentença em processo penal*. O “fim” do Estado de Direito ou um novo “princípio”? Porto: Conselho Distrital do Porto, 2011.
- EYMERICH, Nicolau. *Manual dos Inquisidores*. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1993.
- FAIREN GUILLEN, Victor. La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema procesal acusatorio español (La conformidad del acusado). In: *Revista de la Facultad de Derecho de México*, n. 77-78, p. 125-164, jan./jun. 1970.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Teoria do Garantismo Penal. 4ª edição. São Paulo: RT, 2014.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *O Devido Processo Penal*. Abordagem conforme

- a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no Processo Penal*. Introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. Salvador: JusPodivm, 2013.
- _____; AMARAL, Augusto Jobim do. *Criminologia e(m) crítica*. Curitiba: Champagnat, 2013.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- ILLUMINATI, Giulio. El sistema acusatorio en Italia. In: BECHMAIER WINTER, Lorena (coord.). *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. 3ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- _____; AMORIM, Pierre Souto. *Direito Processual Penal*. Estudos e pareceres. 12ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- KHALED JR., Salah Hassan. O Sistema Processual Penal Brasileiro: acusatório, misto ou inquisitório? In: *Civitas*, Porto Alegre, v. 10, n. 02, pp. 293-308, mai./ago. 2010.
- _____. *A Busca da Verdade no Processo Penal: para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: Atlas, 2013
- LANGER, Máximo. La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado. In: MAIER, Julio B. J.; BOVINO, Alberto (comps.). *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.
- LANGBEIN, John. *Torture and Law of Proof*. Chicago: University of Chicago Press, 1977.
- LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. (Re)pensando os sistemas processuais em democracia: a estafa do tradicional problema inquisitório x acusatório. In: *Boletim Informativo IBRASPP*, São Paulo, ano 03, n. 05, pp. 34-36, 2013/02.
- MARINHO MARQUES, Leonardo Augusto. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do juiz. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 183, p. 141-153, ano 46, jul.-set./2009.
- _____. Inquisitório versus acusatório: não vamos superar a duali-

- dade sem demarcá-la. In: *Boletim IBRASPP*, São Paulo, ano 3, n. 04, p. 15/17, 2013/01.
- MARTINS, Rui Cunha. *O Ponto Cego do Direito. The brazilian lessons*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- MAYA, André Machado. *Imparcialidade e Processo Penal da Prevenção: da competência ao juiz das garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- MELCHIOR, Antonio Pedro. *O Juiz e a Prova: o sintoma político do processo penal*. Curitiba: Juruá, 2013.
- MOREIRA, Rômulo de Andrade. O processo penal como instrumento de democracia. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, n. 17, pp. 63-76, jan./mar. 2005.
- PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 16ª edição. São Paulo: Atlas, 2012.
- PIZZI, William T.; MONTAGNA, Mariangela. The battle to establish an adversarial trial system in Italy. In: *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, pp. 429-466, 2004.
- PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- _____. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 15ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- ROSA, Alexandre Morais da. *Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- SAAD, Marta; MALAN, Diogo Rudge. Origens históricas dos sistemas acusatório e inquisitivo. In: *Revista dos Tribunais*, v. 842, pp. 413-435, 2005.
- SABADELL, Ana Lucia. *Tormenta juris permissione. Tortura e Processo Penal na Península Ibérica (séculos XVI – XVIII)*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- THUMS, Gilberto. *Sistemas Processuais Penais. Tempo, tecnologia, dromologia, garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. vol. 1. 34ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.
- VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. 2014. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.
- VOGLER, Richard. El sistema acusatorio en los procesos penales en Inglaterra y en Europa continental. In: BECHMAIER WINTER, Lorena (coord.). *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal*. São Paulo: RT, 2003.

Recebido em 25 de julho de 2015

Aceito em 11 de janeiro de 2016