

# **NE BIS IN IDEM E COISA JULGADA FRAUDULENTA. A POSIÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

---

***IBCCrim - Marcos Zilli, Fabíola Girão Monteconrado,  
Maria Thereza Rocha de Assis Moura***

**RESUMEN.** La prohibición del doble enjuiciamiento penal por los mismos hechos, representada por la expresión *ne bis in idem*, constituye uno de los principios fundamentales del Estado de derecho, cuya importancia también fue confirmada por los documentos internacionales sobre derechos humanos. Al abordar tal garantía, sin embargo, la CIDH, aunque reconoció la posibilidad de su flexibilización, no ha establecido criterios muy limitados para este fin. De hecho, los supuestos que caracterizan la configuración de la *cosa juzgada fraudulenta* no han sido bien definidos. En varias ocasiones la Corte simplemente se basó en la violación de la independencia, la imparcialidad y el debido proceso legal en los procesos nacionales, sin indicar claramente cuáles elementos configurarían este tipo de situaciones. Tampoco pudo definir con precisión los parámetros para reconocer *la falta de voluntad de las autoridades nacionales* en orden a establecer la responsabilidad penal de los autores de graves violaciones de los derechos humanos.

**Palabras clave:** cosa juzgada, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *ne bis in idem*, debido proceso legal, garantías constitucionales.

**ZUSAMMENFASSUNG.** Das Verbot der Doppelbestrafung für denselben Sachverhalt, wie es im Grundsatz *ne bis in idem* zum Ausdruck kommt, bildet eine der wesentlichen Grundlagen des Rechtsstaats und wurde sogar durch die internationalen Menschenrechtsdokumente bestätigt. Als er sich mit dieser Garantie befasste, hat der IGMR jedoch keine klar gefassten Kriterien aufgestellt, obwohl er die Möglichkeit ihrer Relativierung anerkannte. Tatsächlich wurden die Annahmen für das Vorliegen einer *falschen rechtskräftigen Entscheidung* nicht klar definiert. Bei verschiedenen Gelegenheiten hat sich der Gerichtshof lediglich auf die Verletzung der Unabhängigkeit, der Unparteilichkeit und des rechtmäßigen Verfahrens in den Prozessen auf nationaler Ebene berufen, ohne jedoch klar anzugeben, welche objektiven Gestaltungselemente für solche Situationen bestünden. Ebenso wenig de-

## SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

finierte er eindeutig die Parameter, um den *fehlenden Willen der nationalen Behörden*, die für schwerwiegende Menschenrechtsverletzungen verantwortlichen Täter strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen, erkennen zu können.

**Schlagwörter:** Rechtskräftige Entscheidung, Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte, *ne bis in idem*, rechtmäßiges Verfahren, von der Verfassung garantierte Freiheitsrechte.

**ABSTRACT.** The prohibition against double jeopardy for the same acts, also expressed as *ne bis in idem*, constitutes a fundamental principle of the rule of law; its importance has been confirmed by international human rights instruments. Nonetheless, the IACHR has admitted that a flexible approach to this guarantee is possible, although it has not defined the applicable criteria. In fact, the circumstances of fraudulent *res judicata* have not been spelled out adequately. On several occasions the Court has merely based its decision on the infringement of independence, impartiality and the due process of law in national proceedings, without clearly indicating the elements that constitute these situations. Nor has it provided a precise definition of the standards for determining *the unwillingness of national authorities* with regard to establishing the criminal responsibility of the perpetrators of serious human rights violations.

**Keywords:** *res judicata*, Inter-American Court of Human Rights, *ne bis in idem*, due process of law, constitutional guarantees.

## 1 • Introdução

A coisa julgada,<sup>1</sup> como se sabe, constitui uma qualidade da sentença que assegura a imutabilidade de seu comando. De fato, uma vez esgotados os meios de impugnação postos à disposição das partes, a sentença adquire uma nova qualidade e os seus efeitos se tornam imutáveis e indiscutíveis. Assume tanto uma projeção interna, representada pela impossibilidade de reabertura da discussão no âmbito da mesma relação processual (coisa julgada formal), assim como uma projeção externa e que é dada pela impossibilidade de instauração de novo processo pelos mesmos fatos (coisa julgada material). A coisa julgada atende, primordialmente – embora não exclusivamente – à expectativa de segurança e

<sup>1</sup> Sobre coisa julgada ver: Enrico Tullio Liebman: *Eficácia e autoridade da sentença*, tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981; Ada Pellegrini Grinover: "Eficácia e autoridade da sentença penal", São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1978; Andrés de la Oliva Santos: *Sobre la cosa juzgada*, Madri: Centro de Estudios Ramón Areces, 1991.

**IBCCRIM - M. ZILLI / F. GIRÃO MONTECONRADO / M. T. ROCHA DE ASSIS MOURA**

de estabilidad das relações jurídicas.<sup>2</sup> Impede, dessa forma, a perpetuação das demandas judiciais abrindo caminho para que as decisões se tornem efetivas e definitivas.

Há sistemas, contudo, que não conferem à coisa julgada um contorno absoluto, especialmente quando envolvida uma sentença condenatória fundada em premissas errôneas. Com efeito, por questões de política criminal, alguns sistemas dão prevalência aos valores ligados à liberdade e à justiça quando confrontados com a estabilidade das relações. Nesses casos, a manutenção de uma restrição à liberdade manifestamente injusta se mostra intolerável, de modo que a revisão do comando condenatório seria sempre possível desde que evidenciado o erro.

Já a proibição de dupla persecução penal,<sup>3</sup> representada pelo brocardo *ne bis in idem*, constitui um verdadeiro princípio que impede a repetição de ações persecutórias do Estado pelos mesmos fatos. Funda-se na premissa de que o exercício do poder-dever punitivo não é ilimitado,<sup>4</sup> de modo que não se admitem seguidas tentativas de se punir alguém por fatos que estão, ou que já foram, apreciados pelo Judiciário. Nessa perspectiva, o *ne bis in idem* é assegurado não só pela vedação da litispendência, mas também, pela proibição de reexame da coisa julgada.

Por sua vez, a identidade fática que assegura o impedimento de nova persecução não é a da classificação jurídica, mas aquela de natureza material. Ou seja: o freio ao exercício plural do poder-dever punitivo é dado pela narração fática e não por sua definição jurídica, até mesmo porque esta é passível de variação entre os diferentes sistemas jurídicos. Já a narração fática se mantém íntegra, independentemente de sua representação normativa por este ou por aquele ordenamento.

O fato é que a coisa julgada e a garantia do *ne bis in idem* se encontram em evidente inter-relação. Mais do que isto: estão consagradas em sociedades democráticas fundadas no ideal do Estado de Direito. No plano internacional, por sua vez, vários são os exemplos em que a garantia do *ne bis in idem* assume a condição de verdadeiro direito humano. É o caso da Convenção Interamericana de Direitos Humanos,<sup>5</sup> do

<sup>2</sup> Jean Pradel: *Droit penal*, T. II, 2. ed., Paris: Cujas, 1980, 2. ed., p. 654.

<sup>3</sup> Sobre o *ne bis in idem*, ver: Julio Maier: "Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple (ne bis in idem)", em *Doctrina penal*, n. 33, ano 9, Buenos Aires: Depalma, 1986, p. 415-461.

<sup>4</sup> Como bem assinala Manuel Garrido: "*Es razonable, entonces, que se brinde al Estado una sola oportunidad para hacer efectiva la aplicación de la ley penal. Una sola vez podrá realizar ese proceso y si no logra consolidar la acusación no podrá volver a hacerlo en el futuro*". Manuel Garrido: "La aplicación en el ámbito interno de la República Argentina de las decisiones de los órganos interamericanos de la aplicación de la Convención Americana sobre derechos humanos. La cuestión de la cosa juzgada", em *Revista Argentina de derechos humanos*, n. 0, ano 1, Buenos Aires, Ad-hoc, 2001, p. 163-164.

<sup>5</sup> Art 8.4. "El inculpaado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos".

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Pacto Internacional de Derechos Civiles e Políticos<sup>6</sup> e do Protocolo n. 7,<sup>7</sup> suscrito em Estrasburgo, em 1984.

No entanto, quando a questão é posta em face do Direito Penal Internacional, tanto a coisa julgada quanto a garantia do *ne bis in idem* são relativizadas. É que aqui, claramente, os ideais de segurança das relações jurídicas e da garantia de resguardo da liberdade individual frente ao poder punitivo cedem espaço em favor do chamado combate à impunidade. Esta opção é normalmente justificada em face da extrema gravidade e da dimensão dos crimes praticados. Com efeito, os crimes internacionais<sup>8</sup> possuem características muito próprias e que não estão restritas à gravidade e ao horror das condutas executadas. De fato, não se pode olvidar do comprometimento do próprio Estado que, via de regra, age por intermédio de seus agentes e órgãos. Em sua grande maioria, os crimes internacionais são executados graças a certo nível de tolerância e de comprometimento das autoridades nacionais. A impunidade, portanto, assume várias facetas e que vão desde a simples inércia persecutória até o arremedo de Justiça, que é representado pela instauração de investigações ou de processos absolutamente descomprometidos com a vontade de responsabilização dos verdadeiros culpados.

De qualquer modo, as relativizações da coisa julgada e do *ne bis in idem* não são automáticas. Ao contrário, devem atender a certos requisitos.<sup>9</sup> Ao tratar da garantia do *ne bis in idem*, o ER afastou a sua prevalência caso o julgamento anterior tivesse sido desenhado com o objetivo de subtrair o acusado de sua responsabilidade penal<sup>10</sup> ou quando não tivesse sido “conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional”<sup>11</sup> ou

<sup>6</sup> Art. 14.7. “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”.

<sup>7</sup> Art. 4. “Derecho a no ser juzgado o castigado dos veces.

1. Nadie podrá ser perseguido o castigado penalmente por los tribunales del mismo Estado en razón de una infracción por la que hubiera sido ya absuelto o condenado por sentencia firme conforme a la ley y al procedimiento penal de ese 1 Estado.

2. Lo dispuesto en el párrafo anterior no obsta a la reapertura del proceso, conforme a la ley y al procedimiento penal del Estado interesado, cuando hechos nuevos o revelaciones nuevas, o cuando un vicio esencial en el procedimiento anterior pudieran afectar a la sentencia dictada”.

<sup>8</sup> E que aqui são considerados como aqueles definidos nos arts. 5º a 8º do ER, vale dizer: genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra.

<sup>9</sup> Neste sentido é o artigo 12 do Projeto de Código de Crimes contra a Paz e a Segurança da Humanidade, da Comissão de Direito Internacional (Documento suplemento n.º 10 [A/51/10]), também o artigo 10.2. do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a ex Iugoslávia, o artigo 9.2 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda e o artigo 20.3 do Estatuto de Roma.

<sup>10</sup> Artigo 20.3 (a).

<sup>11</sup> Artigo 20.3 (b), primeira parte.

**IBCCRIM - M. ZILLI / F. GIRÃO MONTECONRADO / M. T. ROCHA DE ASSIS MOURA**

---

ainda quando o processo original tivesse sido “conduzido de maneira que, no caso concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à ação da justiça”.<sup>12</sup>

As fórmulas adotadas pelo ER são abertas e, portanto, dependentes da integração jurisprudencial. De qualquer forma, nesta busca por padrões de limitação do *ne bis in idem* o TPI poderá lançar o seu olhar para as decisões proferidas pelos tribunais de direitos humanos, dentre os quais a própria Corte IDH. Afinal, como se sabe, os direitos humanos internacionalmente reconhecidos são uma das bases jurídicas de apoio do TPI, de modo que o exame da jurisprudência das respectivas cortes regionais de direitos humanos pode trazer importantes paradigmas hermenêuticos para as futuras decisões.<sup>13</sup>

No presente trabalho se pretende examinar os vários casos enfrentados pela Corte IDH em que a problemática do *ne bis in idem* aflorou. A intenção é a de identificar a linha de raciocínio da Corte frente à vedação da dupla persecução. Mas, desde logo é importante observar ter a Corte reconhecido uma boa dose de relativização do princípio, uma vez configurada a coisa julgada “aparente” ou “fraudulenta”. A maioria dos casos analisados, note-se, se referem a crimes contra a humanidade ou a delitos graves que implicaram lesão à vida ou à integridade física e cujos supostos autores foram, em geral, favorecidos por leis de anistia, ou então absolvidos em procedimentos penais considerados fraudulentos.<sup>14</sup> Em todos os casos, enfim, a necessidade de se resguardar os direitos das vítimas e de assegurar a luta contra a impunidade<sup>15</sup> foi invocada como fator suficiente para que o princípio fosse relativizado.

---

<sup>12</sup> Artigo 20.3 (b), segunda parte.

<sup>13</sup> Artigo 21.3.

<sup>14</sup> Nestes casos, observa-se que a Corte constata a violação por parte do Estado ao artigo 8, que trata das garantias judiciais, ou ao artigo 25, sobre o direito à proteção judicial, ambos da Convenção Americana. Em regra, consta também vulneração dos artigos 1º e 2º do mesmo tratado, em virtude da inobservância, por parte do Estado, do dever de respeitar as regras da Convenção, bem como de tomar medidas efetivas para evitar violações aos direitos nela estabelecidos.

<sup>15</sup> Conforme assinala Silva Sanchez, o termo impunidade, no contexto das formulações dos tribunais internacionais, significa a falta de investigação, persecução, captura, processamento e condenação dos responsáveis por violações a direitos protegidos pelo Direito internacional dos direitos humanos. Jesús María Silva Sanchez: “Una crítica a las doctrinas penales de la ‘lucha contra la impunidad’ y del ‘derecho de la víctima al castigo del autor’”, em *Revista de estudios de la justicia*. n. 11, Centro de Estudios de la Justicia de la Universidad de Chile, Santiago, 2009, p. 37.

## 2. A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos

### 2.1. Conteúdo e alcance da garantia do ne bis in idem

#### 2.1.1. Caso *Loayza Tamayo contra Peru (17 de setembro de 1997)*<sup>16</sup>

No dia 6 de fevereiro de 1993, María Elena Loayza Tamayo, professora da Universidade de San Martín de Porres, foi presa, sem prévia ordem judicial, por membros da Divisão Nacional contra o Terrorismo (DINCOTE), no interior de um imóvel localizado no Distrito los Olivos, na cidade de Lima. À época de sua detenção vigorava na capital e na Província de Callao um estado de emergência e de suspensão das garantias fundamentais.<sup>17</sup> Nessas circunstâncias permaneceu detida por vinte dias nas dependências do DINCOTE, dez dos quais em condição de incomunicabilidade. Em razão da vigência dos Decretos-leis 25.475 e 25.659, não lhe foi permitida a impetração de ações impugnativas tais como o *habeas corpus*.

Acusada pelo cometimento do crime de traição à pátria,<sup>18</sup> Loayza Tamayo foi processada perante o Juizado Especial da Marinha, órgão da Justiça Militar formado por juízes sem rosto. Absolvida em primeiro grau, foi condenada, em sede recursal, pelo Conselho de Guerra Especial da Marinha. No dia 11 de agosto de 1993 foi absolvida pelo Tribunal Especial do Conselho Supremo da Justiça Militar, decisão que foi confirmada pela Sessão Plenária do Tribunal Supremo Militar Especial no dia 24 de

<sup>16</sup> Disponível em <www.corteidh.or.cr> (10.6.2010).

<sup>17</sup> Cf. § 46(b) da sentença proferida pela Corte IDH no dia 17.9.1997.

<sup>18</sup> Tipo penal diposto no Decreto-lei 25.659, de 12 de agosto de 1992: “**Artículo 1.** Constituye delito de traición a la Patria la comisión de los actos previstos en el artículo 2 del Decreto Ley N° 25475, cuando se emplean las modalidades siguientes:

a) Utilización de coches bomba o similares, artefactos explosivos, armas de guerra o similares, que causen la muerte de personas o lesionen su integridad física o su salud mental, o dañen la propiedad pública o privada, o cuando de cualquier otra manera se pueda generar grave peligro para la población.

b) Almacenamiento o posesión ilegal de materiales explosivos, nitrato de amonio o los elementos que sirven para la elaboración de este producto, o proporcionar voluntariamente insumos o elementos utilizables en la fabricación de explosivos, para su empleo en los actos previstos en el inciso anterior.

**Artículo 2.** Incurrir en delito de traición a la Patria:

a) El que pertenece al grupo dirigenal de una organización terrorista, sea en calidad de líder, cabecilla, jefe u otro equivalente;

b) El que integra grupos armados, bandas, pelotones de aniquilamiento o similares de una organización terrorista, encargados de la eliminación física de personas;

c) El que suministra, proporciona, divulga informes, datos, planes, proyectos y demás documentación o facilita el ingreso de terroristas en edificaciones y locales a su cargo o custodia, para favorecer el resultado dañoso previsto en los incisos a) y b) del artículo anterior”.

**IBCCRIM - M. ZILLI / F. GIRÃO MONTECONRADO / M. T. ROCHA DE ASSIS MOURA**

setembro do mesmo ano. Naquela mesma oportunidade, o Tribunal Supremo determinou a remessa de peças para o juízo comum a fim de que fosse apurada responsabilidade de Loayza relativamente ao crime de terrorismo, nos termos do Decreto-lei 25.475.<sup>19</sup> Perante o juízo comum, a defesa tentou, sem sucesso, o reconhecimento da coisa julgada mediante a oposição da respectiva exceção. Ao final, Loayza foi condenada à pena de 20 (vinte) anos de prisão, condenação que foi confirmada, posteriormente, pela Corte Suprema de Justiça.

Ao enfrentar a alegação de violação do *ne bis in idem*,<sup>20</sup> a Corte IDH inicialmente reconheceu a maior abrangência da fórmula adotada pelo sistema americano, se comparada com outros documentos internacionais de proteção dos direitos humanos. No seu entender, a proibição de dupla persecução “pelos mesmos fatos” seria mais eficaz do que o modelo que pressupõe a identidade de “delito”, tal como consignado pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.<sup>21</sup> De qualquer modo, ao contrapor os dois tipos penais atribuídos a Loayza – “traição à pátria”, de competência da Justiça Militar, e “terrorismo”, de competência da Justiça Comum –, a Corte IDH considerou presente uma estreita proximidade entre as figuras penais, de modo que a adequação típica entre uma ou outra fórmula ficaria circunscrita a adoção de critérios puramente subjetivos dos operadores do direito.<sup>22</sup>

Mas o ponto central do julgamento envolveu a interpretação do termo “absolvição”, o qual fora empregado pela justiça castrense peruana ao afastar a culpabilidade de Loayza Tamayo relativamente ao crime de traição à pátria. Para a Corte IDH, o uso daquela terminologia seria revelador de que a decisão tomada fora, realmente, uma decisão de mérito. Nesse ponto de nada adiantaram os argumentos apresentados pelo Estado peruano de que a expressão teria sido mal colocada e que a decisão, na verdade, indicava

<sup>19</sup> “Artículo 2. Descripción típica del delito. El que provoca, crea o mantiene un estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella, realiza actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad y seguridad personales o contra el patrimonio, contra la seguridad de los edificios públicos, vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole, torres de energía o transmisión, instalaciones motrices o cualquier otro bien o servicio, empleando armamentos, materias o artefactos explosivos o cualquier otro medio capaz de causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años”.

<sup>20</sup> Veja-se o artigo 8.4 da Convenção Americana.

<sup>21</sup> A comparação foi feita com o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, cuja garantia ali prevista impede a renovação do processo sempre que verificada a identidade de “delitos”. Na verdade, a expressão “delito” é carregada de uma conotação jurídico-normativa que conduz a uma identidade de elementos descritivos componentes do tipo penal. A expressão “fato”, por sua vez, se relaciona com o plano material e, nesse ponto, independe de sua classificação jurídica. Logo, havendo identidade fática, irrelevante a definição jurídica dada, pois a nova persecução penal será proibida.

<sup>22</sup> Veja-se o § 68 da sentença.

## SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

uma desclassificação cumulada com a declinatória competência em favor da Justiça comum diante da perspectiva de configuração do crime de terrorismo. Com efeito, para a maioria dos juízes da Corte IDH a Justiça Militar peruana teria conhecido da acusação, valorado as provas apresentadas, e, nessa perspectiva, feito uso de terminologia que não era compatível com uma simples decisão declinatória de competência. E, como reforço de sua conclusão, a Corte IDH fez referência a inúmeros exemplos de processos instaurados naquele país nos quais não houve emprego da expressão “absolvição” quando da declinação de competência de um juízo para outro.

A partir desse ponto a Corte IDH passou ao exame comparativo entre os termos das duas acusações proferidas contra Loayza Tamayo, concluindo pela existência de semelhanças entre aquela apresentada perante a Justiça Militar e a ofertada posteriormente em face do juízo comum. Dessa forma, segundo concluíram os juízes, a semelhança entre ambas reforçaria a tese de identidade fática de modo que a absolvição anunciada pela Justiça Militar já seria, por si só, causa impeditiva para a reiteração da tese acusatória perante o juízo comum.<sup>23</sup>

A solução, é certo, não foi unânime, posicionando-se contrariamente ao reconhecimento da violação da garantia do *ne bis in idem* o juiz Montiel Arguello. Na fundamentação de seu voto dissidente o juiz considerou que a expressão “absolvição”, empregada pela Justiça Militar peruana, deveria ser interpretada no contexto da decisão lá proferida, constituindo, na verdade, uma decisão de conteúdo desclassificatório – afastamento de um delito com a afirmação da possibilidade de configuração de outro crime de competência material de outro juízo. No mais, ao enfrentar a amplitude dos atos decisórios da Corte IDH, o mesmo juiz observou que o reconhecimento de vícios processuais nas jurisdições nacionais somente poderia ser resolvido pela Corte mediante a anulação do processo pelo tribunal peruano competente, sendo vedada à Corte IDH a adoção de soluções que, em última análise, resultassem em absolvição de quem fora processado e condenado pelo Estado-parte.

---

<sup>23</sup> De acordo com a acusação apresentada pelo juízo militar e transcrita, parcialmente, pela sentença proferida pela Corte IDH (conferir § 74), Loayza Tamayo era integrante “del Departamento de Socorro Popular del Partido Comunista del Perú-Sendero Luminoso, conformando la ‘Célula de Dirección’ y [era] responsable de la elaboración de los planes de acción para cada campaña o período determinado, así como de la dirección, supervisión, control y abastecimiento logístico de los destacamentos y milicias que ejecutan las diversas acciones terroristas”. Já perante a Justiça Comum, a Corte IDH destacou o seguinte trecho da acusação ali apresentada (cf. § 75) : “[...] existiendo evidencias de la comisión del delito de terrorismo contra los referidos encausados; a que se les atribuye a los denunciados formar parte del Partido Comunista del Perú —Sendero Luminoso— que para la consecución de sus fines utilizan medios terroristas...”.

**IBCCRIM - M. ZILLI / F. GIRÃO MONTECONRADO / M. T. ROCHA DE ASSIS MOURA**

---

Há, de fato, uma certa simplificação da Corte IDH ao enfatizar os aspectos formais das decisões proferidas pelo Estado peruano em detrimento de uma análise mais rigorosa quanto às dimensões substanciais dos atos decisórios, especialmente daquele proferido pela Justiça Militar. Afinal, as decisões desclassificadoras supõem certo grau de valoração das provas produzidas. Trata-se de etapa logicamente anterior ao procedimento de adequação penal típica que envolve a própria desclassificação. Mas, ainda que reconhecida a natureza absolutória da decisão proferida pela Justiça Militar, caberia à Corte IDH precisar o sentido e o alcance da expressão “mesmo fato”, prevista pelo artículo 8.4 da Convenção Americana, justamente por constituir este o pressuposto da garantia do *ne bis in idem*. Esta questão, contudo, não foi enfrentada com profundidade. Ao contrário, o raciocínio trilhado pela maioria traz dúvidas quanto ao sentido que se pretendeu dar à expressão “fato”. Afinal, durante a motivação da decisão os juízes, além de contraporem os tipos penais abstratos, examinaram as imputações acusatórias deixando a impressão de que os fatores seriam idênticos ou ao menos equiparáveis. Não há, portanto, uma delimitação clara do que se poderia entender por “fato material”, “fato processual” e “objeto do processo”.

## **2.2. Limites à garantia do *ne bis in idem* e à coisa julgada**

### **2.2.1. Caso *Carpio Nicolle contra Guatemala***

**(22 de novembro de 2004)<sup>24</sup>**

Em 03 de julho de 1993, Jorge Carpio Nicolle, jornalista e político, encontrava-se no departamento de El Quiche, acompanhado de sua comitiva política, quando foi assassinado em uma emboscada executada por mais de quinze homens, supostamente integrantes das Patrulhas de Autodefesa Civil (PAC), grupo paramilitar da Guatemala. No contexto histórico do ataque há que se destacar o conturbado momento político que atravessava a Guatemala, e no qual Jorge Carpio figurou como destacada personalidade da oposição ao auto-golpe promovido pelo então presidente Serrano Elias e às subsequentes tentativas de aprovação de leis de anistia.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> Disponível em <www.corteidh.or.cr> (10.6.2010).

<sup>25</sup> A sentença proferida pela Corte IDH (par. 76.1 a 76.14) apresenta interessante abordagem histórica dos acontecimentos que antecederam o assassinato de Jorge Carpio Nicolle. Em realidade, a história contemporânea da Guatemala é marcada por grande instabilidade política em razão de conflito armado entre os anos de 1962 a 1996. Estimativas apontam para mais de duzentas mil vítimas de execuções sumárias, torturas e desaparecimentos forçados. Foi nesse contexto que, na década de oitenta do século passado, nasceram as PAC, grupo paramilitar que tinha por objetivo organizar a população civil contra os movimentos de guerrilha. Na execução

## SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Após diversos incidentes verificados na investigação criminal, com o extravio de importantes provas, o processo-crime, inicialmente instaurado contra treze acusados, encerrou-se seis anos depois com a absolvição de todos os réus. Na sentença de primeiro grau, embora tenha sido reconhecida a responsabilidade de apenas um dos acusados – Juan Acabal –,<sup>26</sup> foram excluídas da valoração judicial as declarações prestadas pelas vítimas por terem sido consideradas parciais em razão do suposto interesse que aquelas pessoas teriam no deslinde da causa. Não se reconheceu, igualmente, a motivação política dos crimes e tampouco se determinou a apuração do desaparecimento de provas durante as investigações.<sup>27</sup> Também não foi acolhida a alegação de que Juan Acabal pertencia às patrulhas paramilitares, a despeito, segundo a avaliação feita pela Corte IDH, da existência de diversas provas de que ele seria o efetivo comandante daquele grupo.<sup>28</sup>

Da sentença foi interposto recurso de apelação, o qual foi julgado pela 3ª Câmara da Corte de Apelações. Esta, por sua vez, reformou a sentença e acabou absolvendo Juan Cabal por insuficiência de provas. Naquela oportunidade, a Corte de Apelações observou que a falta de identificação plena de todas as provas quando da investigação comprometia a realização dos exames periciais.<sup>29</sup> Por fim, o recurso de cassação interposto pelo Ministério Público sequer foi conhecido pela Corte Suprema de Justiça em razão do não cumprimento de certas formalidades.<sup>30</sup>

---

de seus objetivos, perpetraram inúmeras violações de direitos humanos tais como decretação unilateral de toque de recolher, sequestros e torturas. A partir de 1985, inicia-se um período de transição à democracia. Em 1990, por ocasião das eleições gerais, Serrano Elias ganha o pleito para a presidência da república, derrotando Jorge Carpio Nicolle, da União de Centro Nacional (UCN). O acordo político celebrado entre as principais forças rompe-se, o que leva ao isolamento político de Serrano Elias, que promove, então, um autogolpe, dissolvendo, para tanto, o Congresso, a Corte Suprema de Justiça e a Corte Constitucional, além de restringir os direitos e as liberdades fundamentais. Serrano, no entanto, é afastado do poder, refugiando-se em El Salvador. O vice-presidente, Gustavo Espina, embora se auto-proclame presidente, não vem a ser reconhecido pela Corte Constitucional, o que leva o Congresso a nomear Ramiro de Leon, primo-irmão de Jorge Carpio, presidente da República. Ainda durante os conturbados dias do golpe, alguns projetos de lei são informalmente apresentados ao Congresso visando a anistia de todos os envolvidos naquele ato, o que vem a ser alvo de forte oposição de Jorge Carpio na condição de editor do jornal *El Gráfico*.

<sup>26</sup> Conforme o § 76.53 da sentença proferida pela Corte IDH foi ele condenado à pena de 30 anos de prisão pela morte de Carpio Nicolle, enquanto Marcelino Tuy Taniel e Nazario Tuy Taniel foram condenados à pena, cada qual, de 5 anos pelo crime de fabricação e posse de explosivo.

<sup>27</sup> Conforme o f. § 76.54: “Asimismo, en dicha sentencia el juez consideró que el móvil político no tenía relevancia en cuanto a los hechos investigados. Además, dicho juez no investigó la desaparición de la prueba, ni el incendio de los archivos en donde se encontraba el expediente; no se refirió a la negativa del Ejército de citar a soldados para la evacuación de sus testimonios; dejó causa abierta contra algunos sindicados, en su mayoría patrulleros civiles, e indicó que el señor Juan Acabal Patzán no perteneció a dichas patrullas, pese a que existía prueba de que era comandante de las mismas. Ello evidencia la negligencia y falta de independencia y de imparcialidad que caracterizó a las autoridades judiciales intervinientes”.

<sup>28</sup> Idem *Ibidem*.

<sup>29</sup> Conferir § 76.59.

<sup>30</sup> Conferir § 76.61.

**IBCCRIM - M. ZILLI / F. GIRÃO MONTECONRADO / M. T. ROCHA DE ASSIS MOURA**

---

Ao enfrentar as alegações de violações de direitos humanos, a Corte IDH considerou que a persecução penal interna havia sido marcada por uma obstrução contínua das investigações por parte de agentes do Estado e de grupos paralelos de poder. Para tanto, apontou diversos fatos objetivos e que seriam reveladores do desvio de fontes de prova e dos empecilhos à realização de vários exames periciais.<sup>31</sup> Já no exame da condução do processo-crime, a Corte IDH considerou configuradas diversas irregularidades reveladoras da negligência com que as autoridades judiciais teriam agido o que, no seu entender, seria sintomático da ausência de imparcialidade e da independência dos juízes.<sup>32</sup>

Reconhecidas tais violações, a Corte IDH determinou que o Estado peruano investigasse os fatos visando à identificação, o julgamento e a punição dos autores materiais e intelectuais do crime. Nessa dimensão, invocando os precedentes dos casos *De los Hermanos Gómez Paquiyauri, Comerciantes e Molina Theissen*,<sup>33</sup> os juízes proferiram claro aviso às autoridades nacionais declarando, desde logo, inadmissíveis a anistia, as regras de prescrição e de exclusão de responsabilidade relativamente aos crimes de tortura, de execução sumária e de desaparecimentos forçados de pessoas por representarem todos estes graves atos violações de direitos humanos.<sup>34</sup> E, com amparo na legislação internacional,<sup>35</sup> a Corte IDH também deixou assentado o dever do Estado de reexaminar a coisa julgada fraudulenta, e que seria aquela resultante de um processo marcado pelo desrespeito das regras do devido processo ou mesmo pela atuação de juízes que não fossem independentes ou imparciais.<sup>36</sup>

---

<sup>31</sup> Conferir § 78.

<sup>32</sup> Conferir § 132.

<sup>33</sup> Nenhuma das decisões da Corte IDH trata diretamente da coisa julgada ou do princípio *ne bis in idem*. No entanto, os três casos têm em comum a prática de crimes contra a humanidade e a condenação dos Estados, por violação aos artigos 1 e 2 da Convenção Americana, em razão da omissão na investigação e na punição dos responsáveis por aqueles crimes. Ou seja, todas as situações envolvem o chamado combate a uma intolerável impunidade que passa pelo reconhecimento da violação das obrigações assumidas pelos Estados partes de adotarem medidas efetivas para que as violações aos direitos previstos pela Convenção não ocorressem e não permanecessem impunes.

<sup>34</sup> Conferir § 130.

<sup>35</sup> Foram invocados os Estatutos de Roma e os Estatutos dos Tribunais Penais Internacionais de Ruanda e da Ex-Iugoslávia. Veja-se o § 132, nota 137.

<sup>36</sup> A sentença de fundo determinou o seguinte: “el Estado debe investigar efectivamente los hechos del presente caso con el fin de identificar, juzgar y sancionar a los autores materiales e intelectuales de la ejecución extrajudicial de los señores Carpio Nicolle, Villacorta Fajardo, Ávila Guzmán y Rivas González, así como de las lesiones graves de Sydney Shaw Díaz. El resultado del proceso deberá ser públicamente divulgado, para que la sociedad guatemalteca conozca la verdad” (cf. § 120).

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

2.2.2. Caso Gutiérrez Soler contra Colômbia  
(12 de setembro de 2005)<sup>37</sup>

No dia 24 de agosto de 1994, Wilson Gutiérrez Soler foi detido pelo coronel da Polícia Nacional, Luiz Gonzaga Enciso Barón, e seu primo, o ex-tenente coronel do Exército, Ricardo Dalel Barón, sendo conduzido às dependências da Unidade Nacional Anti-extorsão e Sequestro (UNASE), onde foi submetido à tortura e a tratamentos cruéis a fim de que confessasse o envolvimento em um crime de extorsão. Além das sevícias, a admissão de culpa não contou com o acompanhamento de assistência jurídica. No dia seguinte à detenção, Gutiérrez denunciou as torturas a que foi submetido à Procuradoria Regional, o que levou à instauração de dois processos: um no juízo comum contra Dalel Barón, e o outro na jurisdição penal militar e disciplinar, contra o Coronel Enciso Barón.<sup>38</sup>

Relativamente ao coronel, o processo instaurado perante a Justiça Militar foi encerrado pelo Tribunal Superior Militar após reconhecer-se a inconsistência de provas e a falta de credibilidade de que gozaria o próprio denunciante. Já o procedimento disciplinar, não teve solução diferente, tendo sido arquivado pela Procuradoria Geral da Nação com base no princípio *ne bis in idem* diante da decisão anterior proferida pelo diretor da Polícia Judicial, que havia isentado o coronel de qualquer responsabilidade pelos fatos denunciados. Já o procedimento investigatório aberto contra Dalel Barón, foi arquivado pela Procuradoria Geral da Nação após esta reconhecer a falta de credibilidade das testemunhas que foram consideradas suspeitas em razão de vínculos mantidos com as vítimas. O arquivamento foi ainda confirmado e mantido pelo Tribunal Superior do Distrito Judicial de Bogotá.<sup>39</sup>

Ao examinar o caso, a Corte IDH considerou evidenciada a impunidade diante da ausência de qualquer condenação dos responsáveis pelos crimes, passados onze anos desde os fatos.<sup>40</sup> Nessa perspectiva de intolerância à impunidade e de busca pela maior efetividade do sistema protetivo dos direitos humanos, a Corte apontou para a existência

<sup>37</sup> Disponível em <www.corteidh.or.cr> (10.6.2010).

<sup>38</sup> Segundo a sentença, tais fatos foram considerados incontestados diante do reconhecimento da responsabilidade do Estado colombiano no processo perante a própria Corte IDH. Para tanto, ver o § 48.1 a 48.12.

<sup>39</sup> Fatos igualmente reputados incontestados pela Corte IDH.

<sup>40</sup> Ao definir a *impunidade*, a Corte IDH fez referência aos precedentes fixados pelos casos *Comunidad Moiwana*, *Las Hermanas Serrano Cruz* e *Los Hermanos Gómez Paquiyauri*, de modo que a impunidade corresponderia à ausência “en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana” (Conferir § 95).

**IBCCRIM - M. ZILLI / F. GIRÃO MONTECONRADO / M. T. ROCHA DE ASSIS MOURA**

de um regime jurídico punitivo mais rigoroso, o qual estaria fundado no dever de todos os Estados de implementarem mecanismos que de um lado assegurassem a punição dos responsáveis pelas violações àqueles direitos<sup>41</sup> e, de outro, que proscrevessem a anistia, o indulto, a prescrição ou quaisquer outras medidas que impedissem a persecução penal ou que suprimissem os efeitos de uma sentença condenatória.<sup>42</sup>

Por sua vez, a Corte IDH, fundada na premissa dos “fatos incontrovertidos” e recorrendo ao precedente do caso *Carpio Nicolle*, reconheceu o desrespeito à cláusula do devido processo legal nos processos conduzidos perante as autoridades judiciárias colombianas, o que levaria à configuração da chamada “coisa julgada fraudulenta”. A Corte, contudo, não foi clara em precisar o sentido desta expressão e tampouco indicou os vícios ao devido processo que teriam sido cometidos.<sup>43</sup>

Provavelmente foram tais imprecisões que levaram o juiz Sergio Garcia Ramirez a discorrer, em declaração separada, sobre a problemática relacionada com a coisa julgada fraudulenta e a relativização da garantia do *ne bis in idem*. Para ele, a fraude processual estaria relacionada com a comprovada distorção do exercício das funções persecutórias e judiciais de modo que a sentença se prestaria a outros objetivos que não o de promover a Justiça.

Segundo o juiz Sergio Garcia, a desconsideração da coisa julgada das decisões proferidas pelas jurisdições nacionais pode vir fundada em diferentes motivos, a saber: constatação de erro do julgamento sem que houvesse qualquer motivo razoável para tal injustiça; atuação ilegal ou ilegítima do julgador na condução do processo ou ainda na apresentação de fundamentos materiais falsos quando do julgamento. Em todas as situações, concluiu o mesmo juiz, a decisão final não atenderia aos fins da Justiça, servindo-a apenas na aparência.<sup>44</sup> De qualquer modo, o juiz Sergio Garcia lembrou a necessidade de

<sup>41</sup> Conferir o § 95 a 97.

<sup>42</sup> Nesse ponto, invocou os precedentes dos casos da *Comunidad Moiwana, Huilca Tecse* e de *Las Hermanas Serrano Cruz* (parágrafo 97, nota 43).

<sup>43</sup> É o que se infere do seguinte trecho da decisão: “Este Tribunal ya se ha referido a la llamada ‘cosa juzgada fraudulenta’ que resulta de un juicio en el que no se han respetado las reglas del debido proceso. A la luz del reconocimiento de responsabilidad de Colombia y los hechos probados, se desprende que los procesos del presente caso, ante los tribunales nacionales, estuvieron contaminados por tales vicios”. (Conferir o § 98).

<sup>44</sup> Foi o que assentou: “Es notoria la decadencia de la autoridad absoluta de la cosa juzgada inherente a la sentencia definitiva y firme, entendida en el sentido tradicional de la expresión. Difícilmente podrían actuar con eficacia, y quizás no siquiera existirían, la jurisdicción internacional de derechos humanos y la jurisdicción internacional penal si se considera que las resoluciones últimas de los órganos jurisdiccionales nacionales son inatacables en todos los casos. La improcedencia o impertinencia de la resolución judicial interna que pone fin a una contienda puede advertirse a partir de diversos datos: error en el que incurre quien la emite, sin que se añada otro motivo de injusticia; o bien, ilegalidad o ilegitimidad con las que actúan el juzgador, sea en actos del enjuiciamiento (violaciones procesales que destruyen el debido proceso), sea en la presentación (falseada) de

## SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

que tais considerações fossem sempre precedidas de uma análise criteriosa e que fossem calçadas em apreciações objetivas e não subjetivas.<sup>45</sup>

### 2.2.3. Caso Almonacid Arellano contra Chile (26 de setembro de 2006)<sup>46</sup>

No dia 16 de setembro de 1973, poucos dias após o golpe de estado que derrubou o então Presidente Salvador Allende e que levou à instauração de um regime militar, Almonacid Arellano, professor e militante do Partido Comunista, foi alvejado, por policiais, defronte a sua residência e na presença de seus familiares, vindo a falecer no dia seguinte em decorrência dos ferimentos.<sup>47</sup> Em 03 de outubro do mesmo ano foi aberta investigação perante o 1º Juízo Criminal de Rancagua. A tramitação, contudo, foi turbulenta, com sucessivas suspensões e retomadas, até que em 04 de setembro de 1974, a Corte de Apelações determinou a suspensão temporária das investigações.

Após o término do governo militar, em 10 de março de 1990, a viúva de Almonacid, Elvira del Rosario Gómez Olivares, apresentou requerimento para a reabertura das investigações. Após longa discussão a respeito da delimitação da competência jurisdicional, a Corte Suprema decidiu, em 16 de dezembro de 1996, pela afirmação da competência da Justiça Militar, ordenando, por consequência, o encaminhamento dos autos ao 2º Juízo Militar de Santiago. Este, por sua vez, determinou o arquivamento definitivo do procedimento após reconhecer válido o Decreto-lei 2.191 de 1978 que concedera anistia aos responsáveis por crimes cometidos durante a vigência do Estado de Sítio – de 11 de setembro de 1973 a 10 de março de 1978.<sup>48</sup>

---

los hechos conducentes a la sentencia. En ambos casos se arribará a una sentencia que no sirve a la justicia y solo en apariencia —formalmente— atiende a la seguridad jurídica". (Conferir o § 19 do voto em separado).

<sup>45</sup> Conferir o § 22 do voto em separado.

<sup>46</sup> Disponível em <www.corteidh.or.cr> (10.6.2010).

<sup>47</sup> As referências históricas foram tomadas pela Corte IDH com base, sobretudo, nos informes das Comissões Nacionais de Verdade e de Reconciliação e de Prisão Política e Tortura. Em 11 de setembro de 1973, iniciou-se o regime militar no Chile, que vigorou até o dia 10 de março de 1990. O longo período foi marcado por diferentes graus de repressão política. No entanto, a grande maioria das execuções e dos desaparecimentos forçados ficaram concentrados em 1973, no primeiro ano do regime de exceção (Conferir os § 82.3 a 82.7).

<sup>48</sup> "Artículo 1º - Concédese amnistía a todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores hayan incurrido en hechos delictuosos, durante la vigencia de la situación de Estado de Sitio, comprendida entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, siempre que no se encuentren actualmente sometidas a proceso o condenadas. Artículo 2º - Amnistíase, asimismo, a las personas que a la fecha de vigencia del presente decreto ley se encuentren condenadas por tribunales militares, con posterioridad al 11 de septiembre de 1973. Artículo 3º - No quedarán comprendidas en la amnistía a que se refiere el artículo 1º, las personas respecto de las cuales hubiere acción penal vigente en su contra por los delitos de parricidio, infanticidio, robo con fuerza en las cosas, o con violencia o intimidación en las personas, elaboración o tráfico de estupefacientes, sustracción

**IBCCRIM - M. ZILLI / F. GIRÃO MONTECONRADO / M. T. ROCHA DE ASSIS MOURA**

A decisão foi confirmada pela Corte Marcial em 25 de março de 1998 que, expresamente, afastou a possibilidade de aplicação dos documentos internacionais de direitos humanos por força do princípio da irretroatividade da lei mais prejudicial. De acordo com a maioria, a punibilidade já tinha sido extinta em virtude da anistia, de modo que não poderia renascer com base na aplicação de dispositivos mais prejudiciais.<sup>49</sup> O recurso de cassação interposto contra tal decisão não foi conhecido pela Corte Suprema que o declarou intempestivo.

Ao analisar o caso, a Corte IDH afastou a questão preliminar relativa à incompetência *ratione temporis* e que tinha sido fundada na alegação de que os fatos tinham sido cometidos anteriormente à vigência da Convenção Americana, ocorrida em 21 de agosto de 1990. Nesse passo, a Corte reconheceu a prática de diversas violações cometidas posteriormente à entrada em vigor de tal documento e que, portanto, autorizavam o conhecimento da causa.<sup>50</sup>

No mérito, a Corte IDH julgou procedente a causa, reconhecendo: a) a natureza de crime contra a humanidade do homicídio de Almonacid, porquanto cometido em um contexto de ataques sistemáticos, os quais seriam expressivos de uma política de perseguição promovida pelo Estado chileno;<sup>51</sup> b) a impossibilidade de anistia dos crimes contra a humanidade diante da especial gravidade de tal criminalidade e de sua incompatibilidade com atos de perdão e de impedimento do exercício da persecução penal;<sup>52</sup> c) a invalidade do Decreto-lei 2.191 que concedeu anistia; d) o descumprimento de

---

de menores de edad, corrupción de menores, incendios y otros estragos; violación, estupro, incesto, manejo en estado de ebriedad, malversación de caudales o efectos públicos, fraudes y exacciones ilegales, estafas y otros engaños, abusos deshonestos, delitos contemplados en el decreto ley número 280, de 1974, y sus posteriores modificaciones; cohecho, fraude y contrabando aduanero y delitos previstos en el Código Tributario. Artículo 4° - Tampoco serán favorecidas con la aplicación del artículo 1°, las personas que aparecieren responsables, sea en calidad de autores, cómplices o encubridores, de los hechos que se investigan en proceso rol n° 192-78 del Juzgado Militar de Santiago, Fiscalía Ad Hoc. Artículo 5° - Las personas favorecidas por el presente decreto ley, que se encuentren fuera del territorio de la República, deberán someterse a lo dispuesto en el artículo 3° del decreto ley n° 81, de 1973, para reingresar al país”.

<sup>49</sup> É interessante pontuar o voto dissidente proferido pela Ministra Morales que considerou o assassinato de Almonacid praticado em um contexto de guerra, de modo que aquele crime constituía uma violação ao artigo 3° da Convenção de Genebra e, portanto, seria imprescritível e insuscetível de anistia (Conferir o p. 82.21).

<sup>50</sup> Mais especificamente: a) reconhecimento da competência da Justiça Militar nacional para investigação e processamento do homicídio de Almonacid; b) validade do Decreto-lei 2191/1978 que concedera anistia aos responsáveis por crimes contra a humanidade e c) aplicação da anistia para o caso, o que levou ao encerramento da persecução (Conferir os § 46 a 48).

<sup>51</sup> Nesse ponto, a sentença faz interessante abordagem histórico-evolutiva a respeito da construção da categoria dos crimes contra a humanidade (Conferir os § 93 a 104).

<sup>52</sup> Como pressupostos de seu raciocínio, a Corte IDH buscou apoio no precedente do caso *Erdemovic*, julgado pelo Tribunal Internacional para ex-Iugoslávia, nas Resoluções da ONU e nos próprios precedentes julgados pela Corte IDH como no caso *Barrios Altos* (Conferir os § 115-114).

## SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

obrigações relacionadas com a adequação do ordenamento nacional à normativa internacional, mais especificamente a revogação do Decreto-lei 2.191<sup>53</sup> e f) a impossibilidade de descumprimento das disposições internacionais em face das disposições de direito interno diante da imposição decorrente do artigo 27 da Convenção de Viena.

E foi justamente nessa perspectiva de supremacia das normas internacionais de direitos humanos que a Corte IDH afirmou caber ao Poder Judiciário um “controle de convencionalidade” consistente na estrita obediência às garantias impostas pela Convenção Americana, bem como da jurisprudência emanada da própria Corte IDH.<sup>54</sup> Nesse ponto, de nada valeram os argumentos do Estado chileno dando conta de que a validade do Decreto-lei 2.191 já era alvo de discussões em nível legislativo, ou mesmo de que a sua aplicação já não era reconhecida pelo Poder Judiciário em muitos casos.<sup>55</sup> A Corte IDH foi categórica. Enquanto não houvesse reforma legislativa persistiriam as violações ao artigo 2º da Convenção o qual impõe aos Estados o dever de implementação de todas as medidas – legislativas ou não – para adequação de seu ordenamento ao sistema interamericano de direitos humanos.

Foram estes, portanto, os fundamentos que levaram à condenação do Estado chileno e à imposição do dever de declarar sem efeito as decisões e as sentenças proferidas relativamente à investigação do homicídio de Almonacid. Mas, para além da condenação, a Corte IDH proibiu ainda o Estado chileno de aplicar o Decreto-lei 2.191 ou mesmo de invocar argumentos relacionados com a prescritibilidade, a irretroatividade da lei penal e o princípio *ne bis in idem*.<sup>56</sup>

No campo específico da garantia de proibição da dupla persecução, a Corte IDH, embora tivesse reconhecido a sua condição de direito internacional dos direitos humanos, afirmou a sua relatividade, de modo que não prevaleceria quando: a) a absolvição do

<sup>53</sup> Nesse passo, a Corte IDH afirmou que o artigo 2º da Convenção impõe a adoção de medidas em duas vertentes para a adequação do ordenamento nacional. Pela primeira, deveriam ser suprimidas todas as normas e práticas que violem as garantias previstas na Convenção. Já pela segunda, cabe ao Estado promulgar normas que levem ao desenvolvimento de práticas que respeitem de forma efetiva as garantias internacionais de direitos humanos (Conferir o § 118).

<sup>54</sup> Como se infere do seguinte trecho: “la descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. [...] cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por los efectos de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”. (Conferir o § 123-124).

<sup>55</sup> Conferir os parágrafos 82.24 e 82.25.

<sup>56</sup> Conferir o § 151.

**IBCCRIM - M. ZILLI / F. GIRÃO MONTECONRADO / M. T. ROCHA DE ASSIS MOURA**

agente responsável pela violação de direitos humanos ou a extinção do processo contra ele instaurado tivessem sido realizados com o propósito de subtraírem o agente de sua verdadeira responsabilidade; b) o processo nacional não tivesse sido conduzido de forma independente, imparcial ou em conformidade com as garantias do devido processo; c) quando não estivesse configurada a intenção real de submeter o responsável à ação da Justiça.<sup>57</sup> Nessas circunstâncias, e invocando o precedente do caso *Carpio Nicolle*, a Corte IDH retomou a noção de coisa julgada aparente ou fraudulenta.

Trazendo as premissas para o caso, a Corte IDH considerou que a perseguição no âmbito nacional foi conduzida por tribunais que não respeitavam as garantias da competência, da independência e da imparcialidade.<sup>58</sup> Dessa forma, concluiu que em caso de surgimento de novas provas, além de ser possível a reabertura de novas investigações, novos processos poderiam ser apresentados, mesmo no caso de sentenças absolutórias já transitadas em julgado. Segundo a Corte IDH, os direitos das vítimas, a letra e o espírito da Convenção se sobrepõem ao princípio do *ne bis in idem*.<sup>59</sup>

2.2.4. Caso La Cantuta contra Peru (29 de novembro de 2006)<sup>60</sup>

No dia 22 de maio de 1991, em meio a um contexto de luta do Estado peruano contra organizações subversivas,<sup>61</sup> o Exército fixou um destacamento militar da Divisão de Forças Especiais (DIFE) no campus da Universidade Nacional de Educação Enrique Gúzman y Valle, La Cantuta, o qual, além de impor um toque de recolher, estabeleceu um controle de entrada e de saída de pessoas.<sup>62</sup> Foi nesse cenário que, em 18 de julho de

<sup>57</sup> Conferir o § 154.

<sup>58</sup> Em referência específica ao processamento perante a Justiça Militar, que para a Corte IDH deveria ter uma atuação restrita e excepcional voltada à proteção de interesses jurídicos especiais e vinculados com as funções que a lei prevê às forças militares. Logo, somente poderiam ser da competência da Justiça Militar as condutas cometidas por militares que atentassem contra bens jurídicos próprios da ordem militar. Nesse sentido, a Corte IDH invocou o precedente do caso *Palamara Iribarne*, afirmando: “cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia”. (Cf. § 131).

<sup>59</sup> Cf. § 154.

<sup>60</sup> Disponível em <www.corteidh.or.cr> (10.6.2010).

<sup>61</sup> Os dados históricos referidos tomam por base os fatos assumidos como provados pela Corte IDH, vale dizer, aqueles reconhecidos pelo próprio Estado peruano, como também o relatório final produzido pela Comissão de Verdade e de Reconciliação, além das cópias dos processos instaurados pela jurisdição doméstica (ver nota 17 da sentença). Conforme afirmado pela Corte IDH, nos anos de 1983 a 1984 e 1989 a 1992, o desaparecimento forçado de pessoas, as torturas e as execuções sumárias constituíram uma prática recorrente no Peru como marco da luta do Estado contra grupos extremistas.

<sup>62</sup> Conferir o § 80.10. O ingresso e a ocupação nas universidades pelas forças armadas foi estabelecido pelo Decreto-lei 726/1991, que alterou a letra do artigo 8º da Lei 23.733, para dar-lhe a seguinte redação:

## SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

1992, durante a madrugada, membros do Exército e agentes do que posteriormente se descobriu serem integrantes do denominado Grupo Colina,<sup>63</sup> armados e encapuzados, ingressaram no campus e dali levaram nove estudantes<sup>64</sup> e um professor.<sup>65</sup> De todos, apenas dois corpos foram localizados e identificados anos depois em fossas clandestinas localizadas em Cieneguilla e Huachipa.<sup>66</sup>

Em 06 de agosto de 1992, após provocação feita pelos familiares das vítimas, foi instaurada, perante a 8ª Promotoria da Província de Lima, investigação criminal que ali tramitou até o dia 09 de agosto de 1993, quando os autos foram avocados pela Sala de Guerra do Conselho Superior da Justiça Militar (CSJM). Na Justiça Militar foi ofertada denúncia (autos n. 157-V-93) que foi alvo de aditamento após a descoberta dos restos mortais nas valas clandestinas. Paralelamente, foi apresentada denúncia perante o juízo comum contra alguns militares aos quais foram imputados os crimes de sequestro, desaparecimento forçado de pessoas e assassinato. Por consequência, estabeleceu-se um conflito positivo de competência entre a justiça militar e a comum até que, no dia 11 de fevereiro de 1994, a Sala Penal da Corte Suprema fixou a competência da justiça castrense.<sup>67</sup>

Uma vez na Justiça Militar, no dia 21 de fevereiro de 1994, a Sala de Guerra do CSJM proferiu sentença condenando alguns dos militares denunciados.<sup>68</sup> Relativamente

---

“Artículo 8: El recinto y los locales universitarios solo son utilizados para el cumplimiento de sus fines propios y dependen exclusivamente de la respectiva autoridad universitaria. Previa autorización, el Ministro de Defensa, o del Interior, o de los Comandos Militares o Policiales en su caso, las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional de Perú, podrán ingresar a los locales universitarios, cuando tomen conocimiento que elementos o grupos terroristas perturben la paz y el orden interno; respetando la autonomía Académica y Administrativa de dichos Centros de Estudios”.

<sup>63</sup> De acordo com os dados obtidos pela Corte IDH junto ao informe da Comissão da Verdade, o Grupo Colina estava vinculado ao Serviço de Inteligência Nacional (SIN) e operava com o conhecimento do Presidente da República e do Comando do Exército. Tinha por política de Estado a identificação, o controle e a eliminação dos suspeitos de integrarem grupos insurgentes contrários ao regime do ex-presidente Alberto Fujimori, mediante ações sistemáticas de execuções extrajudiciais indiscriminadas, assassinatos seletivos, desaparecimento forçados de pessoas e torturas (Cf. § 80.18).

<sup>64</sup> Bertilla Lozano Torres, Dora Oyague Fierro, Luis Enrique Ortiz Peria, Armando Richard Amaro Condor, Robert Edgar Teodoro Espinoza, Heráclides Pablo Meza, Felipe Flores Chipana, Marcelino Rosales Cardenas e Juan Gabriel Mariños Figueroa (Cf. § 80.13).

<sup>65</sup> Hugo Muñoz Sánchez (Cf. § 80.14).

<sup>66</sup> Em julho de 1993 foram descobertos os restos mortais que depois foram identificados como sendo de Bertilla Lozano Torres e Luis Enrique Ortiz Peria (Conferir o § 80.16).

<sup>67</sup> Conferir o § 80.52.

<sup>68</sup> O General Juan Rivero Lazo foi condenado à pena de 5 anos pelo crime de negligência; o coronel Federico Augusto Navarro Pérez foi condenado à pena de 4 anos pelo crime de negligência; o capitão José Adolfo Velarde Astete foi condenado à pena de 1 ano de reclusão militar; os majores de engenharia Santiago Enrique Martín Rivas e Carlos Eliseo Pichilingue Guevara foram condenados pelos crimes de abuso de autoridade, sequestro, desaparecimento forçado de pessoas e homicídio, cada qual à pena de 20 anos de prisão, e Nelson Rogelio Carbajal García, Julio Chuqui Aguirre e Jesus Antonio Sosa Saavedra foram condenados pelos crimes de abuso

**IBCCRIM - M. ZILLI / F. GIRÃO MONTECONRADO / M. T. ROCHA DE ASSIS MOURA**

à autoria intelectual, os mesmos juízes abriram procedimento apuratório (227-V-94-A) contra o general Nicolas de Barri Hermoza Rios, Luis Peres Documet e o capitão de Exército Vladimiro Montesinos. O procedimento, no entanto, foi suspenso no dia 15 de agosto do mesmo ano.

Com a promulgação da Lei de Anistia – Lei 26.479/1995 – todos os envolvidos em violações de direitos humanos cometidas desde maio de 1980 foram por ela alcançados,<sup>69</sup> razão pela qual todos os réus que tinham sido condenados pela CSJM foram contemplados com o perdão.<sup>70</sup> Nova lei foi promulgada pelo Congresso – Lei 26.492/1995 – que, ao interpretar a Lei de Anistia, impôs a sua imediata aplicação a todos os fatos relacionados com a luta contra o terrorismo independentemente da existência ou não de investigação instaurada ou mesmo de processo em curso.<sup>71</sup> A incompatibilidade das sobreditas leis, afirmadas pela Corte IDH quando do julgamento do caso Barrios Altos,<sup>72</sup> levou a CSJM a declarar, no dia 16 de outubro de 2001, nula a decisão que aplicara a anistia, determinando o retorno do processo ao estágio em que se encontrava.

---

de autoridade, sequestro, desaparecimento forçado de pessoas, contra a administração da justiça, assassinato, cada qual à pena de 15 anos de prisão (Conferir o § 80.54).

<sup>69</sup> “Artículo 1°. Concédase amnistía general al personal Militar, Policial o Civil, cualquiera que fuere su situación Militar o Policial o Funcional correspondiente, que se encuentre denunciado, investigado, encausado, procesado o condenado por delitos comunes y militares en los fueros Común o Privativo Militar, respectivamente, por todos los hechos derivados u originados con ocasión o como consecuencia de la lucha contra el terrorismo que pudieran haber sido cometidos en forma individual o en grupo desde mayo de 1980 hasta la fecha de la promulgación de la presente Ley”.

<sup>70</sup> Conferir os § 80.58 a 80.66.

<sup>71</sup> “Artículo 3°. Interpretese el Artículo 1° de la Ley nº 26479 en el sentido que la amnistía general que se concede es de obligatoria aplicación por los Órganos Jurisdiccionales y alcanza a todos los hechos derivados u originados con ocasión o como consecuencia de la lucha contra el terrorismo cometidos en forma individual o en grupo desde el mes de mayo de 1980 hasta el 14 de Junio de 1995, sin importar que el personal militar, policial o civil involucrado se encuentre o no denunciado, investigado, sujeto a proceso penal o condenado; quedando todos los casos judiciales en trámite o en ejecución archivados definitivamente de conformidad con el Artículo 6° de la Ley precitada”.

<sup>72</sup> Conforme o parágrafo 41 da sentença de fundo, no caso *Barrios Altos*, a Corte IDH declarou que “son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. No parágrafo 47 de dita sentença, decidiu a Corte IDH que “las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente”.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

A Corte IDH, após reconhecer o período de exceção enfrentado pela sociedade peruana, quando diversas arbitrariedades teriam sido cometidas por agentes de Estado, apontou para a violação de vários dispositivos da Convenção Americana relativamente aos fatos ocorridos na Universidade *La Cantuta*.<sup>73</sup> Nesse aspecto, ao tratar das garantias judiciais, considerou que a concentração dos processos criminais pela Justiça Militar teria violado as exigências do juízo competente, independente e imparcial. Isso porque, além de estar subordinada ao Poder Executivo, a Justiça Militar era composta por juízes que ainda integravam, ativamente, as Forças Armadas, o que afastaria a capacidade para proferirem um julgamento independente e imparcial.<sup>74</sup> Lembrando ainda o precedente do caso *Almonacid*, a Corte IDH afirmou a natureza excepcional da competência da Justiça Militar especialmente em um Estado de Direito. Dessa forma, a ampliação de uma competência que, por natureza deveria ser restritiva, importaria, além da violação da garantia do juiz natural, o descumprimento da cláusula do devido processo.<sup>75</sup>

Ao enfrentar diretamente a problemática relacionada com a coisa julgada, a Corte IDH, invocando uma vez mais o precedente do caso *Almonacid*, afastou a aplicabilidade do princípio *ne bis in idem* em duas situações: a) quando o processo, conduzido no plano doméstico, tiver subtraído o acusado de sua responsabilidade penal ou b) quando o processo não tiver sido conduzido por um juízo independente e imparcial. Em circunstâncias que tais, prosseguiu a Corte IDH, a sentença proferida produz a chamada “coisa julgada aparente” ou a “coisa julgada fraudulenta”.<sup>76</sup>

Dessa forma, dentre as várias obrigações impostas pela Corte IDH ao Estado Peruano restaram a determinação de investigação dos fatos criminosos, a identificação dos responsáveis e o julgamento de todos os envolvidos nos crimes cometidos em La Cantuta. Desde logo, a Corte IDH impediu qualquer possibilidade de que as autoridades peruanas invocassem a prescrição, a irretroatividade da lei penal e o princípio *ne bis in idem*<sup>77</sup> como obstáculos às punições. Determinou, por fim, a abertura de investigações contra quem foi investigado, condenado ou mesmo absolvido nos processos militares.

---

<sup>73</sup> Partindo dessa premissa, a Corte IDH considerou que da obrigação geral de proteção dos direitos humanos (art. 1.1) advém ao Estado a obrigação de investigar todos os casos de violações, o que gera a obrigação de promoção de persecuções que tramitem sem dilações indevidas e que sejam conduzidas de maneira efetiva e de forma imparcial (Cf. § 110).

<sup>74</sup> Conferir o § 141.

<sup>75</sup> Conferir o § 142.

<sup>76</sup> Conferir o § 153.

<sup>77</sup> Conferir o § 226.

**IBCCRIM - M. ZILLI / F. GIRÃO MONTECONRADO / M. T. ROCHA DE ASSIS MOURA**

---

Em realidade, foi a declaração de voto do juiz Sergio Garcia Ramírez que melhor expôs o raciocínio da Corte quanto à relativização da coisa julgada e do princípio do *ne bis in idem*. De fato, para o juiz, muito embora tais valores sejam importantes para a perspectiva da segurança e da estabilidade das relações jurídicas, não podem prosperar nas situações em que o julgamento for resultante de um processo marcado pelo desrespeito ao devido processo. Nesse aspecto, lembrou o repúdio expressado pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos e pelo Direito Penal Internacional aos processos cujo propósito ou resultado tenha sido o de consagrar a injustiça.<sup>78</sup>

2.2.5. Caso Escher e outros contra Brasil (6 de julho de 2009)<sup>79</sup>

A violação do direito à privacidade das comunicações telefônicas e o sigilo do material colhido no âmbito de investigações criminais constituíram o cerne da discussão do presente caso.

Sob argumento de que interceptações telefônicas seriam necessárias para apurar os desvios de recursos financeiros do Programa Nacional de Agricultura Familiar (PRONAF) por parte de representantes da Cooperativa Agrícola de Conciliação Avante Ltda. (COANA) e da Associação Comunitária de Trabalhadores Rurais (ADECON), a Polícia Militar do estado do Paraná formulou o respectivo pedido perante o juízo da Vara de Loanda, no mesmo estado. A medida foi deferida sem qualquer fundamentação e independentemente de notificação do Ministério Público.

Mesmo sob o amparo do sigilo judicial, fragmentos dos diálogos interceptados foram reproduzidos em noticiário televisivo de grande audiência e de alcance nacional. Não obstante, no dia seguinte, o ex-secretário da Segurança Pública do estado do Paraná, em uma entrevista coletiva, além de oferecer explicações sobre as medidas adotadas, reproduziu o áudio de algumas conversas interceptadas e, por meio de sua assessoria

---

<sup>78</sup> “El derecho internacional de los derechos humanos en la hora actual, así como el Derecho penal internacional, reprueban la simulación de enjuiciamientos cuyo propósito o resultado se distancia de la justicia y pretende un objetivo contrario al fin para el que han sido dispuestos: injusticia, oculta entre los pliegos de un proceso ‘a modo’, celebrado bajo el signo del prejuicio y comprometido con la impunidad o el atropello. De ahí que la justicia internacional sobre derechos humanos no se conforme necesariamente con la última decisión interna que analiza la violación de un derecho (y autoriza o permite que subsista la violación y persista el daño hecho a la víctima), y de ahí que la justicia penal internacional se rehúse a convalidar las decisiones de instancias penales domésticas que no pueden o no quieren hacer justicia)” (Conferir o § 12 das razões do voto).

<sup>79</sup> Disponível em <www.corteidh.or.cr> (10.6.2010).

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

de imprensa, entregou aos jornalistas material com trechos transcritos dos diálogos interceptados.<sup>80</sup>

Em 19 de agosto de 1999, o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST) e a Comissão Pastoral da Terra (CPT) apresentaram ao Ministério Público uma representação criminal contra o ex-secretário de Segurança Pública, a juíza da comarca de Loanda e os policiais militares responsáveis pela formulação do pedido de interceptação telefônica objetivando a apuração dos crimes de usurpação de função pública, interceptação telefônica ilegal e abuso de autoridade. Por força da competência por prerrogativa de função de que gozava a autoridade judiciária, o requerimento foi encaminhado ao TJ/PR, onde foi instaurada investigação criminal (n. 82.516-5).

Por acórdão datado de 06 de outubro de 2000 foi ordenado o arquivamento da investigação contra a juíza e os demais policiais apontados. Dessa forma, rompido o elo que fixava a competência originária do TJ/PR, os autos foram encaminhados ao primeiro grau de jurisdição onde foi apresentada denúncia contra o ex-secretário de Segurança Pública perante a 2ª Vara Criminal da Comarca de Curitiba.<sup>81</sup> Ao final do processo, foi ele condenado à pena de multa além da pena de dois anos e quatro meses de reclusão a qual foi substituída pela prestação de serviços à comunidade. Inconformado, o ex-secretário interpôs recurso de apelação que foi julgado pelo TJ/PR em 14 de outubro de 2004 quando o réu foi absolvido sob fundamento de que o “apelante não quebrou o sigilo dos dados obtidos pela interceptação telefônica, uma vez que não se pode quebrar [...] o sigilo de dados que já haviam sido divulgados no dia anterior em rede de televisão”.<sup>82</sup>

Ao examinar o mérito do caso, a Corte IDH reconheceu, à luz da legislação brasileira, que caberia exclusivamente à Polícia Civil, e não à Polícia Militar, a apresentação de pedido de interceptação telefônica, dada a natureza dos crimes investigados.<sup>83</sup> Ademais, a Corte IDH reconheceu a carência de suficiente motivação na decisão judicial que autorizou a medida, o que não seria admissível em razão da restrição de direitos humanos que o ato implicou.<sup>84</sup>

Relativamente à divulgação do conteúdo das conversas interceptadas e gravadas, a Corte IDH concluiu que o ex-secretário não teria se limitado a comentar a matéria que teria sido divulgada no noticiário televisivo, mas teria levado ao conhecimento da

<sup>80</sup> Conferir o § 95.

<sup>81</sup> Conferir o § 105.

<sup>82</sup> Conferir o § 106.

<sup>83</sup> Conferir o § 136.

<sup>84</sup> Conferir o § 139.

**IBCCRIM - M. ZILLI / F. GIRÃO MONTECONRADO / M. T. ROCHA DE ASSIS MOURA**

---

imprensa trechos de gravações que, por sua vez, alimentaram novas matérias jornalísticas.<sup>85</sup> Nesse aspecto, a Corte considerou configurada a violação da vida privada e da honra dos interlocutores, uma vez que o segredo de justiça que orbitava sobre as conversas telefônicas impunha o dever de respeito por parte dos agentes de Estado.<sup>86</sup>

Ao examinar as medidas judiciais adotadas pelo Estado brasileiro para apuração das responsabilidades, a Corte IDH reputou insuficientes os fundamentos adotados pelo TJ/PR quando da absolvição do ex-secretário de segurança sem que tivesse à disposição as fitas com as reportagens exibidas pelo noticiário televisivo que permitissem estabelecer uma comparação entre o material divulgado pela imprensa e aquele apresentado pelo secretário a fim de se concluir pela violação ou não do sigilo. Dessa forma, a Corte IDH determinou que o Estado realizasse novas investigações para a apuração das responsabilidades penais o que, na prática, levaria à reabertura de novas persecuções a despeito da absolvição já transitada em julgado.

Relativamente à conduta da juíza estadual que, imotivadamente, decretara a interceptação das comunicações telefônicas, a Corte IDH também reconheceu a responsabilidade do Estado brasileiro, por violação aos arts. 8 e 25 da Convenção, quando do arquivamento imotivado do procedimento apuratório de sua responsabilidade funcional. No entanto, considerou que a publicação da decisão da Corte e a condenação à indenização dos danos imateriais já seriam reparações suficientes e que prescindiriam da adoção de outras medidas.

### **3. Exame crítico da jurisprudência da Corte IDH**

A Convenção Americana, como se sabe, abraça a regra do *ne bis in idem*, assegurando, dessa forma, a intangibilidade dos efeitos da sentença penal absolutória passada em julgado.<sup>87</sup> O princípio, que se reveste de verdadeira garantia na gramática da Convenção, impede a instauração de sucessivas persecuções penais nas hipóteses em que o Estado fracassa na tentativa de delimitar a culpabilidade de alguém. A garantia representa, portanto, vigoroso aceno em favor da liberdade pessoal. É justamente o

---

<sup>85</sup> Conferir o § 156.

<sup>86</sup> Conferir o § 158.

<sup>87</sup> Artigo 8.4.

## SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

valor liberdade que permite, a *contrario sensu*, a revisão dos comandos condenatórios transitados em julgado. Aqui os interesses da justiça e da liberdade prevalecem sobre os valores ligados à segurança das relações jurídicas. Trata-se de uma concepção moderna e que está presente na maioria dos sistemas jurídicos.<sup>88</sup>

Ao interpretar o sentido e o alcance da garantia, a Corte IDH reconheceu a maior abrangência da fórmula prevista pelo sistema americano, sobretudo quando comparada com previsões análogas em outros documentos internacionais. Isso porque a proibição de dupla persecução estaria fundada na identidade fática e não na identidade jurídica, de modo que qualquer análise sobre a questão deveria passar necessariamente pelo confronto das narrativas acusatórias, ao invés de se fundar em uma comparação dos tipos penais imputados. Dessa forma, segundo a Corte IDH o modelo americano seria mais eficaz na perspectiva de tutela dos direitos humanos, o que seria revelador da ideologia de consagração da supremacia das liberdades individuais frente ao poder-dever punitivo estatal.

Tomando tais premissas, soa lógica, em certa medida, a solução dada ao caso *Loayza Tamayo*. Como órgão jurisdicional voltado à consagração dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos, natural que a Corte IDH busque o caminho e a solução que levem à maior efetividade dos direitos e garantias previstos na Convenção Americana. Seguramente foram estas as premissas ideológicas que justificaram a importância dada à expressão “absolvição” que tinha sido empregada pelas autoridades judiciais peruanas.

A garantia, contudo, não tem um fundamento absoluto. E é a própria Corte IDH quem passa tal mensagem. É curioso observar, no entanto, que os casos em que a garantia foi restringida foram consideravelmente mais numerosos do que aqueles em que se pretendeu conferir-lhe maior efetividade. De fato, à exceção do caso *Loayza Tamayo*, em todos os demais a preocupação da Corte IDH voltou-se para o estabelecimento de restrições à regra da proibição da dupla persecução. A constatação é no mínimo instigante. Afinal, em um continente cuja cultura jurídica é marcada pela presença de sistemas processuais penais fortes a expectativa poderia ser justamente a inversa, ou seja, de maior procura pela responsabilização dos Estados pelo descumprimento da regra do *ne bis in idem*.

Ocorre que na grande maioria dos casos a restrição da regra do *ne bis in idem* foi um dos mecanismos encontrados para viabilizar a punição de agentes responsáveis pela

---

<sup>88</sup> Juan Carlos Hitters: *Revisión de la cosa juzgada*, La Plata: Librería Platense, 1977. O PIDCP estende a regra, também, às sentenças condenatórias. Veja-se, a propósito, o disposto no artigo 14.7: “Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e com os procedimentos de cada país”.

**IBCCRIM - M. ZILLI / F. GIRÃO MONTECONRADO / M. T. ROCHA DE ASSIS MOURA**

---

prática de crimes contra a humanidade, tais como a tortura, o desaparecimento forçado de pessoas e as execuções sumárias. Nesse aspecto, há um claro alinhamento da jurisprudência da Corte IDH com os princípios do Direito Penal Internacional, de modo que os obstáculos à obtenção da Justiça devem ser superados, sob pena de se sacramentar uma intolerável impunidade.

Dir-se-á que a restrição da regra do *ne bis in idem* é informada, então, pela defesa de valores superiores, o que nos remete à aplicação do princípio da proporcionalidade. Este, contudo, não foi referido pela Corte IDH, ao menos expressamente. Mas o raciocínio claramente pressupõe um confronto de valores com a escolha por aquele que se mostra preponderante. Dito de outra forma: os ataques aos direitos humanos legitimam a restrição de outros direitos humanos como forma de se assegurar o respeito aos primeiros e que, portanto, estariam em uma relação de superioridade frente aos últimos.

É fato incontroverso, no entanto, que qualquer restrição de direitos humanos haveria de ser feita mediante o atendimento de rigorosas premissas de modo que a situação não extrapolasse o limite da mais absoluta excepcionalidade. Daí a necessidade de uma clara delimitação das hipóteses em que a restrição se afiguraria, em tese, legítima. A gravidade da situação que se pretende resguardar, por exemplo, poderia representar uma premissa admissível, desde que claramente definidos os seus pressupostos e as suas características. A ausência de uma sistematização com a delimitação de todas as condições deixaria o campo permeável a subjetivismos e a relativismos, os quais seriam preenchidos com uma considerável dose de autoritarismo.

Dos casos examinados é possível reconhecer, à exceção do caso *Escher contra Brasil*, que todos tiveram como pano de fundo um contexto relacionado com a prática de condutas criminosas graves na perspectiva do Direito Penal Internacional. De fato, foram as execuções sumárias nos casos *Carpio Nicolle* e *Almonacid Arellano*, o desaparecimento forçado de pessoas e novamente as execuções sumárias no caso *La Cantuta*, e o emprego de tortura e os tratamentos cruéis de presos no caso *Gutiérrez Soler*. Este último, é certo, não estava inserido em um contexto de práticas sistemáticas e maciças de violações de direitos humanos, o qual, como se sabe, constitui elemento descritivo do tipo penal dos crimes contra a humanidade.<sup>89</sup>

---

<sup>89</sup> Ao definir os crimes contra a humanidade, o ER, prevê uma série de condutas, tais como o homicídio, o extermínio, a escravidão, a tortura, a agressão sexual, entre outras, desde que inseridas em um contexto de ataque generalizado ou sistemático contra qualquer população civil (artigo 7.1). Lembrando a jurisprudência construída pelos Tribunais Ad-hoc, Kai Ambos aponta para a existência de uma política previamente construída de perseguição e de extermínio como o critério genuíno de interpretação do "ataque sistemático". Já o critério da generalidade, relaciona-se com a dimensão dos ataques, o que levaria a questão para a quantidade de vítimas.

---

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

---

De qualquer modo, em todas as situações mencionadas é possível delinear uma preocupação com o resguardo de valores essenciais da existência humana, tais como a vida, a liberdade e a integridade física. Já no caso *Escher*, contudo, a restrição da garantia do *ne bis in idem* teve como ponto de partida a punição dos agentes responsáveis pela divulgação de dados sigilosos obtidos no curso de uma interceptação telefônica. O valor, portanto, era outro: o resguardo do direito à privacidade e à intimidade. Nesse cenário, o caso *Escher* rompe com certa lógica que até então era seguida pelos casos anteriores. De fato, com ele se abriu o caminho para que a violação de outros direitos humanos justificasse a adoção de um regime jurídico punitivo mais rigoroso, em que a relativização da regra do *ne bis in idem* seria, em princípio, admissível. Há aqui uma clara ampliação do que deveria ser, em princípio, uma situação excepcional.

Mas quais são os requisitos para que se admita a relativização da garantia do *ne bis in idem*? A resposta não é tão simples, ao menos quando se examina a jurisprudência da Corte IDH.

No primeiro caso julgado, *Carpio Nicolle*, a Corte, embora tenha feito referência à “coisa julgada fraudulenta”, limitou-se a associá-la ao desrespeito das regras do devido processo legal e da violação da independência e da imparcialidade dos juízes. Tais aspectos, contudo, são consideravelmente abertos e exigiriam uma maior delimitação. Por sorte, naquele caso restaram mais do que evidentes os obstáculos ao sucesso das investigações conduzidas pelas autoridades nacionais, diante dos reiterados extravios de meios de prova ocorridos durante as investigações conduzidas no plano interno.

As mesmas referências genéricas de desrespeito ao devido processo legal como padrão configurador da “coisa julgada fraudulenta” foram repetidas no ano seguinte quando do julgamento do caso *Gutiérrez*. A diferença é que neste último o juiz Sergio Garcia, em voto separado, delineou as situações que levariam à desconsideração da coisa julgada, o que trouxe um pouco mais de objetividade à questão. Daí a referência aos erros no julgamento, quando ausentes razões plausíveis para tanto, ou mesmo à atuação ilegal ou ilegítima do julgador na condução do processo.

Entretanto, a inclusão do chamado “erro no julgamento” como um suposto parâmetro legitimador da desconsideração da coisa julgada e, por consequência, da garantia do *ne bis in idem*, necessariamente pressupõe uma valoração do próprio julgamento realizado pelas autoridades judiciárias nacionais. Ocorre que este tipo de valoração quanto

---

Kai Ambos: *Los crímenes del nuevo derecho penal internaciona*, Bogotá: Gustavo Ibáñez, 2004, pp. 132-136. Em sentido semelhante, ver: Antonio Cassese: *International criminal law*, New York: Oxford, 2003, p. 64-66.

**IBCCRIM - M. ZILLI / F. GIRÃO MONTECONRADO / M. T. ROCHA DE ASSIS MOURA**

---

ao acerto ou desacerto de decisões judiciais internas se mostra estranha à atuação de uma corte internacional de direitos, até mesmo porque não desempenha ela a função integrante do duplo grau de jurisdição.<sup>90</sup>

Já quando do julgamento do caso *Almonacid*, embora a Corte tenha indicado os parâmetros necessários para a relativização da garantia do *ne bis in idem*, não avançou muito em termos de precisão das situações, limitando-se, novamente, a fixar linhas orientadoras que na verdade simplesmente repetem aquelas já conhecidas no Direito Penal Internacional, isto é: a absolvição ou a extinção do processo como expressões da vontade de subtrair os agentes de sua responsabilidade penal; a ausência de independência e imparcialidade na condução do processo; o desrespeito à cláusula do devido processo legal, e, finalmente, quando configurada a vontade de não submeter os responsáveis à ação da Justiça.<sup>91</sup>

Da leitura do julgamento proferido no caso *Almonacid*, percebe-se que a violação da garantia do juiz natural, representada pelo processamento das ações penais no âmbito da Justiça Militar chilena, foi considerada suficiente pela Corte para reconhecer a violação do devido processo legal e dos pressupostos de imparcialidade e independência do julgador. A não ser, contudo, em relação à problemática da competência de jurisdição, o fato é que a Corte não indicou dados concretos que levassem às graves presunções de violação da imparcialidade e da independência dos julgadores nacionais. Aliás, a Corte sequer levou em consideração as discussões estabelecidas no seio da jurisdição chilena e no contexto de plena vigência de regime democrático, quanto à delimitação da competência para o processamento e julgamento dos casos. Em realidade, ao discordar dos critérios estabelecidos pelo Estado chileno para a delimitação da competência de sua Justiça Militar, a Corte IDH não só fixou um parâmetro de competência jurisdicional para vigência interna, mas também desqualificou os atos processuais realizados ao reconhecer presente a violação da independência e da imparcialidade. No entanto, além de confundir os atributos da jurisdição com a medida de seu exercício, a Corte sequer

---

<sup>90</sup> O duplo grau de jurisdição prende-se ao ideal de aperfeiçoamento do exercício da atividade jurisdicional propiciado pela perspectiva de revisão de decisões por parte de órgãos superiores de jurisdição e que, em tese, seriam mais experientes. Salvatore Satta: *Diritto processuale civile*, 7. ed., Padova: Cedam, 1967, p. 367. Há, portanto, uma razão de utilidade prática que é dada pela busca de uma boa decisão da causa. Marco Tullio Zanzucchi: *Diritto processuale civile*, v. 1, 5. ed., Milão: Giuffrè, 1955, p. 214.

<sup>91</sup> Nesse sentido, ver o artigo 17. 2 do ER.

## SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

procurou fixar as distinções entre a independência e a imparcialidade, tratando-as como atributos equiparáveis.<sup>92</sup>

Em realidade, foi no caso *La Cantuta* que a Corte IDH fez um paralelo mais estreito entre a atuação da Justiça Militar e a violação das exigências da independência e da imparcialidade dos julgadores. Aqui, no entanto, a questão prevalente não passou pelo exame da incompetência. De fato, a Corte pautou-se por uma maior objetividade ao apontar a existência de uma subordinação entre a Justiça Militar e o Poder Executivo peruano, bem como o fato de aquela ser constituída por juízes que ainda integravam ativamente as Forças Armadas. Tais aspectos foram apontados pela Corte IDH como determinantes do afastamento da independência e da imparcialidade dos julgadores, o que permitiria a superação da coisa julgada e da garantia do *ne bis in idem*.

Mas, é o caso *Escher vs Brasil* que melhor ilustra a ausência de limites mais estreitos na relativização da garantia do *ne bis in idem* por parte da Corte IDH. De um lado, porque o interesse que se procurou resguardar estava ligado à preservação da privacidade e da intimidade. Não envolvia, portanto, a exemplo dos casos anteriores, um confronto com os direitos à vida, à liberdade e à integridade física. Afinal, a questão central relacionava-se com a divulgação, por autoridade pública, de conversas telefônicas que estavam acobertadas pelo sigilo em razão de investigação de natureza criminal. Na hipótese, a Corte manifestamente valorou a decisão absolutória proferida pelo TJ/PR, afirmando que a convicção dos julgadores teria sido construída sem que fosse realizada prova que foi reputada essencial pela própria Corte. Nessa dimensão, a Corte extrapolou os limites do exercício de sua função. Não se limitou a apontar as violações aos direitos humanos consagrados na Convenção. Foi mais além: valorou o contexto probatório obtido e colhido em processo penal interno, considerando insuficientes aquelas provas de que se teriam valido os juízes nacionais.

A despeito das imprecisões e deficiências de fundo e de forma, encontradas nas decisões analisadas neste trabalho, é especialmente preocupante a constatação de dois

---

<sup>92</sup> São mais do que conhecidas as distinções entre independência e imparcialidade. A independência compreende um conjunto de premissas e de garantias que resguardam o Poder Judiciário das pressões externas, sobretudo aquelas de natureza política. Tomam por base a própria premissa de separação e de divisão de poderes do Estado. A imparcialidade, por seu turno, pressupõe um desinteresse subjetivo do julgador. Juan Montero Aroca: *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Valença: Tirant lo Blanch, 1999, p. 186 e Arturo Hoyo: *El debido proceso*, Bogotá: Temis, 1998, p. 68. Ou seja, deve o juiz atuar como um sujeito equidistante e desapaixonado. Piero Calamandrei: *Estudios sobre el proceso civil*, Trad. Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires: Bibliografica Argentina, 1945, p. 27. Há certo consenso em se considerar a imparcialidade como um atributo presumível. Ou seja, a equidistância seria presumida até o momento em que fossem configuradas causas objetivas que a colocassem em dúvida.

**IBCCRIM - M. ZILLI / F. GIRÃO MONTECONRADO / M. T. ROCHA DE ASSIS MOURA**

---

factores: por um lado, a declaração da Corte IDH, no caso *Almonacid*, de que uma sentença absolutória genuína, ou seja, promulgada em condições normais de um Estado parte, perde o atributo da coisa julgada quando presentes novos fatos ou provas contra o liberado.<sup>93</sup> Por outro, que a relativização da regra da coisa julgada e da garantia do *ne bis in idem* extrapolaram o âmbito cerrado dos crimes contra a humanidade e que, via de regra, são praticados em um contexto de suspensão do Estado de Direito e posteriormente acobertados por autoanistias ou por processos conduzidos por juízos de exceção. De fato, aqui a relativização daquelas garantias alcançou situação em que os delitos foram cometidos em pleno contexto democrático, sem que o fato sequer pudesse ser equiparado a um crime contra a humanidade. É, reitere-se, o ocorrido no caso *Escher*. A relativização, que deveria estar circunscrita a um campo estreito de excepcionalidade, alça voos mais distantes, colocando em xeque a atuação de instituições nacionais que funcionam em pleno vigor democrático.

## 4 • Conclusões

1. A proibição da dupla persecução penal, consagrada pela expressão *ne bis in idem*, constitui princípio de maior grandeza e que informa todos os sistemas jurídicos alimentados pelos valores do Estado de Direito. Ou seja, o espaço irreduzível da liberdade não se harmoniza com um estado de insegurança representado pela mera possibilidade de instauração de sucessivas ações penais contra a mesma pessoa e pelos mesmos fatos.

2. A efetividade do princípio é assegurada com a proibição da litispendência e também com a previsão da coisa julgada. Pela primeira, impede-se a instauração de novas ações quando ainda pendente de julgamento uma ação pelos mesmos fatos. Já a segunda é a grande expressão do resguardo da estabilidade das relações jurídicas. A atividade jurisdicional há de ter um fim. Nessa perspectiva, a coisa julgada confere a qualidade de imutabilidade das sentenças proferidas.

3. Há sistemas, contudo, que reconhecem a coisa julgada tão somente das sentenças absolutórias, permitindo a constante revisão das sentenças condenatórias quando evidenciado o erro e, portanto, a injustiça do julgamento. São, portanto, sistemas que assumem a primazia dos valores da liberdade e da justiça frente à estabilidade das decisões

---

<sup>93</sup> Também perplexo, Silva Sanchez chama a atenção para a aplicação de semelhante posicionamento de cortes superiores nacionais, em que se superam os limites constitucionais da garantia da coisa julgada, bem como do princípio *ne bis in idem*. Jesús María Silva Sanchez, o. cit. n. 15, p. 39.

## SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

judiciais. Nessa perspectiva, a manutenção de uma absolvição errônea seria mais tolerável do que a de uma condenação injusta. Foi esta a opção feita pela própria Convenção Americana de Direitos Humanos.

4. Ao ser provocada para decidir importantes questões relacionadas com o desrespeito de direitos humanos, a Corte IDH manifestou incongruências no tratamento dado à garantia do *ne bis in idem*. De fato, os casos em que tal garantia foi relativizada foram consideravelmente superiores, se comparados com aqueles em que a Corte afirmou a sua aplicação. E, por mais que se tenha reconhecido o valor da garantia, as relativizações feitas foram pautadas por subjetivismos, que não se harmonizam com a condição da excepcionalidade.

5. Realmente, na maioria dos casos examinados, os fatos que serviram de pano de fundo para a relativização do *ne bis in idem* estavam relacionados com graves violações de direitos humanos que tinham sido praticadas em um contexto de abusos sistemáticos das liberdades individuais. Foram, portanto, situações de emprego de tortura, desaparecimento forçado de pessoas e execuções sumárias. Todas as situações configurariam graves crimes na perspectiva do Direito Penal Internacional e, portanto, poderiam admitir uma relativização daquela garantia.

6. A coerência, contudo, é rompida no caso *Escher*. Com efeito, ao determinar a reabertura de investigações sobre fato que já tinha sido definitivamente julgado, a Corte IDH não manteve a mesma lógica, pois tomou por base uma situação de desrespeito à privacidade. Ou seja, a hipótese não se subsumiria a qualquer um dos *core crimes* reconhecidos pelo Direito Penal Internacional.

7. A falta de cuidado no tratamento das relativizações feitas pela Corte IDH também é constatada quando são examinadas as circunstâncias geralmente invocadas pela Corte. A alusão à violação da independência, da imparcialidade e do devido processo legal e a constatação da falta de vontade das autoridades nacionais em responsabilizarem os agentes, na grande maioria dos casos estudados, permaneceram abertas e, portanto, suscetíveis a subjetivismos. Salvo algumas exceções em que o comprometimento da independência judicial foi reconhecido em bases mais objetivas (*La Cantuta*) e a negligência na preservação do material probatório foi escancarada (*Carpio Nicolle*), nos demais casos prevaleceu uma boa dose de subjetivismo a qual não se harmoniza com a importância do princípio do *ne bis in idem*. Afinal, impedir as sucessivas perseguições penais sobre os mesmos fatos é, inegavelmente, um dos elementos nucleares do resguardo da dignidade humana.

## 5. Bibliografía

- AMBOS, Kai: *Los crímenes del nuevo derecho penal internacional*, Bogotá: Gustavo Ibáñez, 2004.
- AROCA, Juan Montero: *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Valença: Tirant lo Blanch, 1999.
- CALAMANDREI, Piero: *Estudios sobre el proceso civil*, Trad. Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1945.
- CASSESE, Antonio: *International criminal law*, Oxford: Nova York, 2003.
- GARRIDO, Manuel: “La aplicación en el ámbito interno de la República Argentina de las decisiones de los órganos interamericanos de la aplicación de la Convención Americana sobre derechos humanos. La cuestión de la cosa juzgada”, em *Revista Argentina de derechos humanos*, Buenos Aires: Ad-hoc, ano 1, n. 0, 2001, p. 153-174.
- GRINOVER, Ada Pellegrini: “Eficácia e autoridade da sentença penal”, São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1978.
- HITTERS, Juan Carlos: *Revisión de la cosa juzgada*, La Plata: Librería Platense, 1977.
- HOYOS, Arturo: *El debido proceso*, Bogotá: Temis, 1998.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*, 2. ed., Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- MAIER, Julio: “Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple (ne bis in idem)”, em *Doctrina penal*, ano 9, n. 33, Buenos Aires: Depalma, , 1986, p.415-461.
- PRADEL, Jean: *Droit penal*, T. II, 2 ed., Paris: Cujas, 1980
- SANTOS, Andrés de la Oliva: *Sobre la cosa juzgada*, Madri: Centro de Estudios Ramón Areces, 1991.
- SATTA, Salvatore: *Diritto processuale civile*. 7. ed., Padova: Cedam, 1967.
- SILVA SANCHEZ, Jesús Maria: “Una crítica a las doctrinas penales de la ‘lucha contra la impunidad’ y del ‘derecho de la víctima al castigo del autor’”, em *Revista de estudios de la justicia*. n. 11, Centro de Estudios de la Justicia de la Universidad de Chile, Santiago, 2009, p. 35-56.
- ZANZUCCHI, Marco Tullio: *Diritto processuale civile*, v. 1, 5. ed., Milão: Giuffrè, 1955.