



A incompreendida proibição do bis in idem na perspectiva americana



No presente momento, retornamos ao tema cuja discussão iniciamos em

estudo anterior, acerca de caso no qual delegado de Polícia Civil fora condenado por ato de improbidade administrativa por ter se recusado a lavrar auto de prisão. Tratava-se de mulher flagrada tentando adentrar em estabelecimento prisional com pequena quantidade de droga, sem prova cabal de sua participação em organização criminosa e, ainda, mãe de criança de tenra idade. Em tal caso, procuramos demonstrar, por diversas perspectivas, que aludida condenação significava, antes de mais nada, tentativa de normalização de uma ideologia punitivista e violadora de direitos que se gesta no ambiente jurídico pátrio[1].

Ademais, além desta questão em específico, observa-se que, no caso em comento, referido delegado de polícia havia sido processado pelos mesmos fatos na seara criminal por suposta prática de prevaricação. No entanto, ele restou absolvido tanto em primeiro quanto em segundo grau de jurisdição. Mesmo assim, porém, o magistrado do caso, invocando o artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa[2] (LIA) — que dispõe sobre a independência de instância criminal e a cível sancionadora — entendeu que “nada obstante absolvido do crime de prevaricação, o réu pode[ria] responder por improbidade administrativa”[3].

Diante deste panorama, apesar da situação de cariz sociológico já abordada, resta uma análise a partir de uma perspectiva de violação do Pacto de San José a, de igual modo, tornar insubsistente referida situação.

Pois bem.

Inicialmente apontamos nosso entendimento pelo qual *todas as normas nacionais* — inclusive aquelas decorrentes do *constituente originário* — devem se submeter às disposições de referido tratado internacional. Este, aliás, é o *posicionamento pacífico da Corte Interamericana de Direitos Humanos*[4] (Corte IDH). Por outro lado, prevalece, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que referido tratado possuiria natureza apenas “*supralegal*”[5].

Assim, ainda que tomemos a interpretação — a nosso ver equivocada — do STF e ainda que a Constituição preveja, em tese, a possibilidade de punição na seara de improbidade administrativa daquele criminalmente absolvido[6], toda normativa infraconstitucional que regule aludida situação resta esvaziada, impossibilitando a referida condenação nestes moldes. A respeito, conforme o próprio entendimento de nossa Corte Constitucional ao lidar com a prisão civil do depositário infiel, em que pese



haver norma constitucional autorizativa[7], esta se mostrava de impossível aplicabilidade ante a invalidade do Código Civil e do Código de Processo Civil vigentes à época, por afrontarem disposição do Pacto de San José[8].

Neste sentido, sob qualquer prisma que se analise a questão, as disposições da LIA não podem afrontar aquilo trazido pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Esta, por sua vez, dispõe, em seu artigo 8.4[9], que o acusado não poderá ser processado mais de uma vez pelos mesmos fatos. Veda-se, portanto, *a dupla punição sob uma perspectiva ampla*, proibindo que o acusado seja sancionado/processado mais de uma vez em relação à mesma situação fática.

Este tema, registra-se, já foi analisado no âmbito da Corte IDH no caso Loayza Tomayo vs. Peru. Em aludido julgado, o Tribunal Internacional entendeu que o Peru, ao absolver Loayza Tomayo pelo crime de traição à pátria, não poderia tê-la condenado posteriormente pelo crime de terrorismo, uma vez que ambas as acusações se relacionavam aos mesmos fatos, e o dispositivo do tratado internacional em análise interditava qualquer possibilidade de nova condenação.

Aponta-se que a Corte IDH ressaltou que, diferentemente de outros diplomas internacionais — como Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos[10] e da Convenção Europeia de Direitos Humanos[11] —, a proteção americana é muito mais ampla[12]. Logo, impede-se que os estados signatários da convenção americana tomem novas medidas com viés sancionador contra qualquer pessoa que tenha sido anteriormente processada em relação aos mesmos fatos.

Assim, em que pese respeitável entendimento neste sentido[13], não impressiona sequer o argumento de que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos já admitiu ser compatível com a normativa europeia de Direitos Humanos a dupla punição na seara administrativa e criminal de sonegador de imposto em território norueguês[14].

A corroborar nosso entendimento, o próprio Tribunal Europeu de Direitos Humanos no caso Sergey Zolotukhin vs. Rússia, analisando tanto o alcance do Pacto de San José, quanto de seu congêneres europeu, ressaltou a amplitude do primeiro, afirmando que:

Uma análise dos instrumentos internacionais que preveem o princípio do *no bis in idem* revela uma variedade de termos pelos quais ele é expressado. Assim, o art. 4 do Protocolo 7 da Convenção [Europeia de Direitos Humanos], o art. 14.7 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e do art. 50 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia referem-se à “mesma infração”, já a Convenção Americana de Direitos Humanos fala de “mesmos fatos” [...]. A diferença entra os termos [...] “mesmos fatos” de um lado, e do termo “mesma infração” de outro, foi analisada pela Corte de Justiça da União Europeia e pela Corte IDH. Entendeu-se que *a diferença de termos era um importante elemento em prol da adoção de uma abordagem baseada estritamente na identidade de fatos materiais, tornando a classificação legal de tais irrelevantes*. Com tal conclusão, as duas cortes entenderam que esta abordagem favorecia o indivíduo, o qual teria a certeza que, *uma vez condenado, cumprido sua punição, ou absolvido, ele não teria mais que temer nenhum novo processo pelos mesmos fatos*.¹⁵

Resta claro que ao submeter indivíduo já processado na seara criminal — tendo sido este condenado,



cumprido pena ou absolvido — à nova ação sancionadora resta violada garantia americana que proíbe aos Estados reiteradamente processar os indivíduos sob sua jurisdição pelos mesmos fatos. Isto se dá principalmente se considerarmos que, em nosso ordenamento jurídico, uma *condenação por improbidade administrativa pode significar um prejuízo individual ainda mais intenso que a própria reprimenda criminal* como, por exemplo: o pagamento de altas multas; a impossibilidade de contratação com a Administração Pública; a suspensão de direitos políticos; ou, até mesmo, perda de cargo ou função pública.

Finalmente, lembramos que o mesmo STF que entende ser possível a dupla punição, tanto na seara da improbidade administrativa quanto no âmbito penal, igualmente reconhece o nítido conteúdo sancionador das punições previstas na LIA[16]. Por outro lado, como já dito, tal interpretação, se, em tese, compatível com nossa Constituição, mostra-se afrontosa ao Pacto de San Jose. Por isso, resta *inválida a disposição constitucional que autoriza a punição por improbidade administrativa “sem prejuízo da ação penal cabível”*[17], ou, caso se adote a equivocada interpretação do caráter “supralegal” do Pacto de San José, ao menos haverá o esvaziamento do artigo 12 da LIA ou de outros dispositivos infralegais que permitiriam este duplo sancionamento[18].

Conclui-se, portanto, e por qualquer perspectiva, que no caso aqui analisado, ademais da clara patrulha ideológica que representa, a condenação do delegado de polícia aos moldes narrados significa clara violação à Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

[1] PASSADORE, Bruno de Almeida, *Improbidade e Inconformidade de Delegado com Prisão Ilegal*. In Revista Eletrônica **Consultor Jurídico**, disponibilizado em 25/07/2017 no endereço: <http://www.conjur.com.br/2017-jul-25/improbidade-nao-conformacao-delegado-prisao-ilegal>, acesso em 14/08/2017.

[2] “Art. 12. *Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, [...]*” – grifos adicionados.

[3] Processo 1008253-56.2014.8.26.0361, Vara da Fazenda Pública de Mogi das Cruzes, juiz de direito Bruno Machado Miano, decisão de 18/05/2017.

[4] A Corte IDH no caso Olmedo Bustos vs. Chile (caso “A Última Tentação de Cristo”), entendeu que a censura prévia do filme “A Última Tentação de Cristo” realizada com base no art. 19 da redação original de Constituição Chilena – “*La ley establecerá un sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica y fijará las normas generales que regirán la expresión pública de otras actividades artísticas*” – violava o Pacto de San José, especificamente o direito à liberdade de expressão e consciência previsto nos arts. 12 e 13 da Convenção. Assim, além de reconhecer a violação ao Pacto de San José, determinou-se que o Chile reformasse sua Constituição, o que efetivamente ocorreu. Para maiores detalhes ver: RAMOS, André de Carvalho, *Curso de Direitos Humanos*. 3ª edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2016, p. 428; e PAIVA, Caio; e ARAGON HEEMANN, Thimote, *Jurisprudência Internacional dos Direitos Humanos*



. 2ª edição, Belo Horizonte: Ed. CEI, 2017 p. 142/149.

[5] Neste sentido: “O *status normativo supralegal* dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão” (STF, RE 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, voto do Min Gilmar Mendes, j. 03/08/2008 – grifos adicionados).

[6] De acordo com o artigo 37, §4º da CF: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, *sem prejuízo da ação penal cabível*” – grifos adicionados.

[7] Segundo o art. 5º, LXVII da CF: “Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do *depositário infiel*” – grifos adicionados.

[8] Neste sentido: “Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (artigo 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (artigo 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna [...]. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil” (STF, RE 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, voto do ministro Gilmar Mendes, j. 03/08/2008 – grifos adicionados). Este entendimento deu azo, inclusive, à edição da Súmula Vinculante n. 25, a qual dispõe: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”.

[9] art. 8.4: “O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos *mesmos fatos*” – grifos adicionados.

[10] Segundo o art. 14.7 da Convenção Internacional de Direitos Civis e Políticos: “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 os procedimentos penais de cada país” – grifos adicionados.

[11] Segundo o art. 4.1 do Protocolo 7 à Convenção Europeia de Direitos Humanos: “Ninguém pode ser *penalmente* julgado ou punido pelas jurisdições do mesmo Estado por motivo de uma *infração* pela qual já foi absolvido ou condenado por sentença definitiva, em conformidade com a lei e o processo penal desse Estado” – grifos adicionados.



[12] Segundo a Corte IDH: “Este principio [do no bis in ídem, previsto no art. 8.4 do Pacto de San José] busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos. A diferencia de la fórmula utilizada por otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos (por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, artículo 14.7, que se refiere al mismo “delito”), la Convención Americana utiliza la expresión “los mismos hechos”, que es un término más amplio en beneficio de la víctima” (Corte IDH, Caso Loayza Tamayo vs. Peru, sentencia de 17/09/1997, §66).

[13] PAIVA, Caio; e ARAGON HEEMANN, Thimote, *Jurisprudência Internacional dos Direitos Humanos*. 2ª edição, Belo Horizonte: Ed. CEI, 2017 p. 81.

[14] Caso A e B vs. Noruega.

[15] Tradução livre de: “An analysis of the international instruments incorporating the non bis in idem principle in one or another form reveals the variety of terms in which it is couched. Thus, Article 4 of Protocol No. 7 to the Convention, Article 14 § 7 of the United Nations Covenant on Civil and Political Rights and Article 50 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union refer to the “[same] offence” (“[même] infraction”), the American Convention on Human Rights speaks of the “same cause” (“mêmes faits”) [...]. The difference between the terms [...] “same cause” (“mêmes faits”) on the one hand and the term “[same] offence” (“[même] infraction”) on the other was held by the Court of Justice of the European Union and the Inter-American Court of Human Rights to be an important element in favour of adopting the approach based strictly on the identity of the material acts and rejecting the legal classification of such acts as irrelevant. In so finding, both tribunals emphasised that such an approach would favour the perpetrator, who would know that, once he had been found guilty and served his sentence or had been acquitted, he need not fear further prosecution for the same act” (Tribunal Europeu de Direitos Humanos, caso Sergey Zolotukhin vs. Russia, sentença de 10/02/2009, §79).

[16] Neste sentido: STF, ADI n. 2.797/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 15/09/2005.

[17] Art. 37, §4º, da CF.

[18] Em sentido próximo: LUZ, Denise, *Os Múltiplos Processos Punitivos Brasileiros e a Convenção Americana de Direitos Humanos*. In Revista do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal, ano 2, n. 3, 2012, p. 9/11.

Date Created

15/08/2017