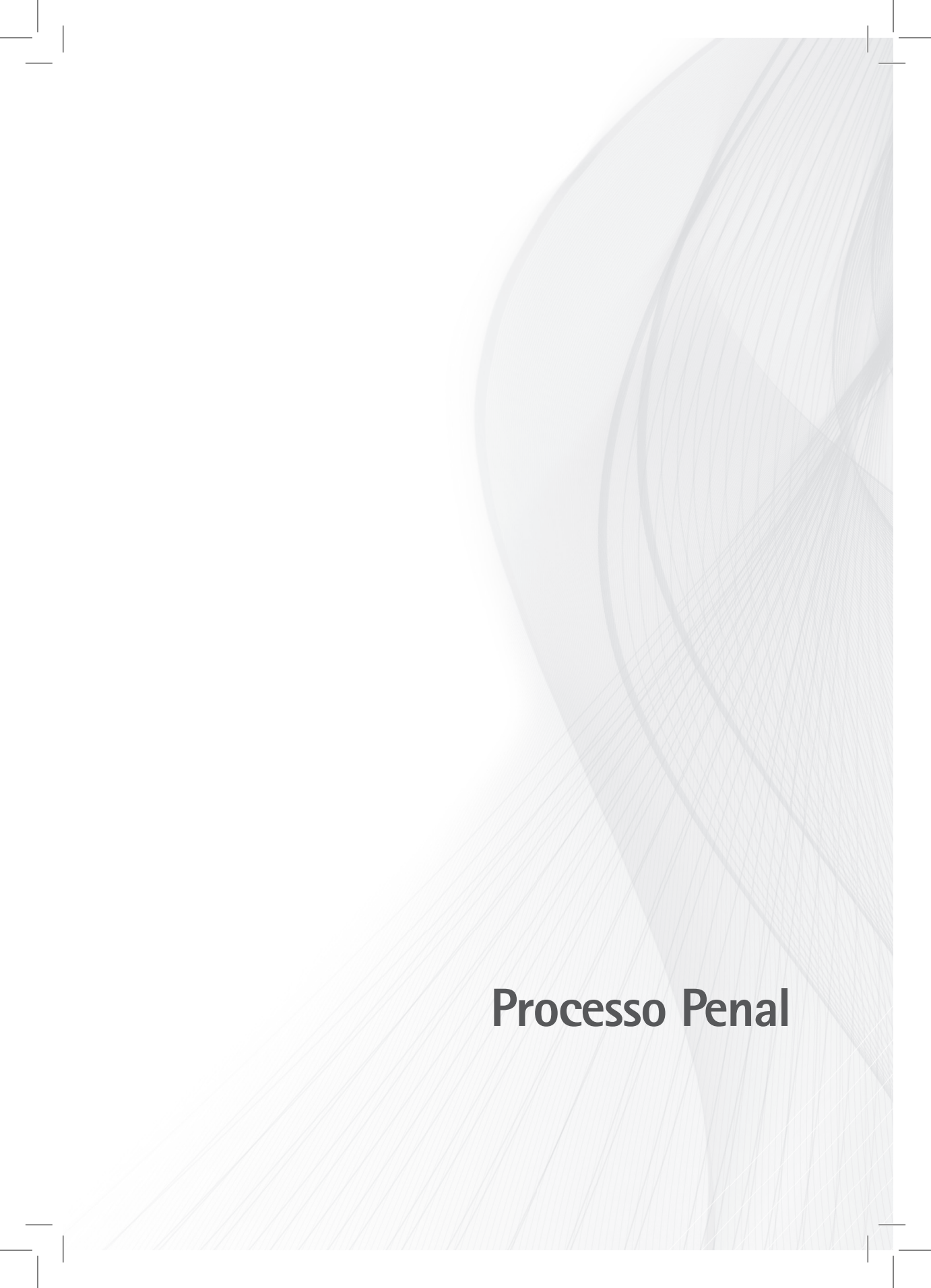
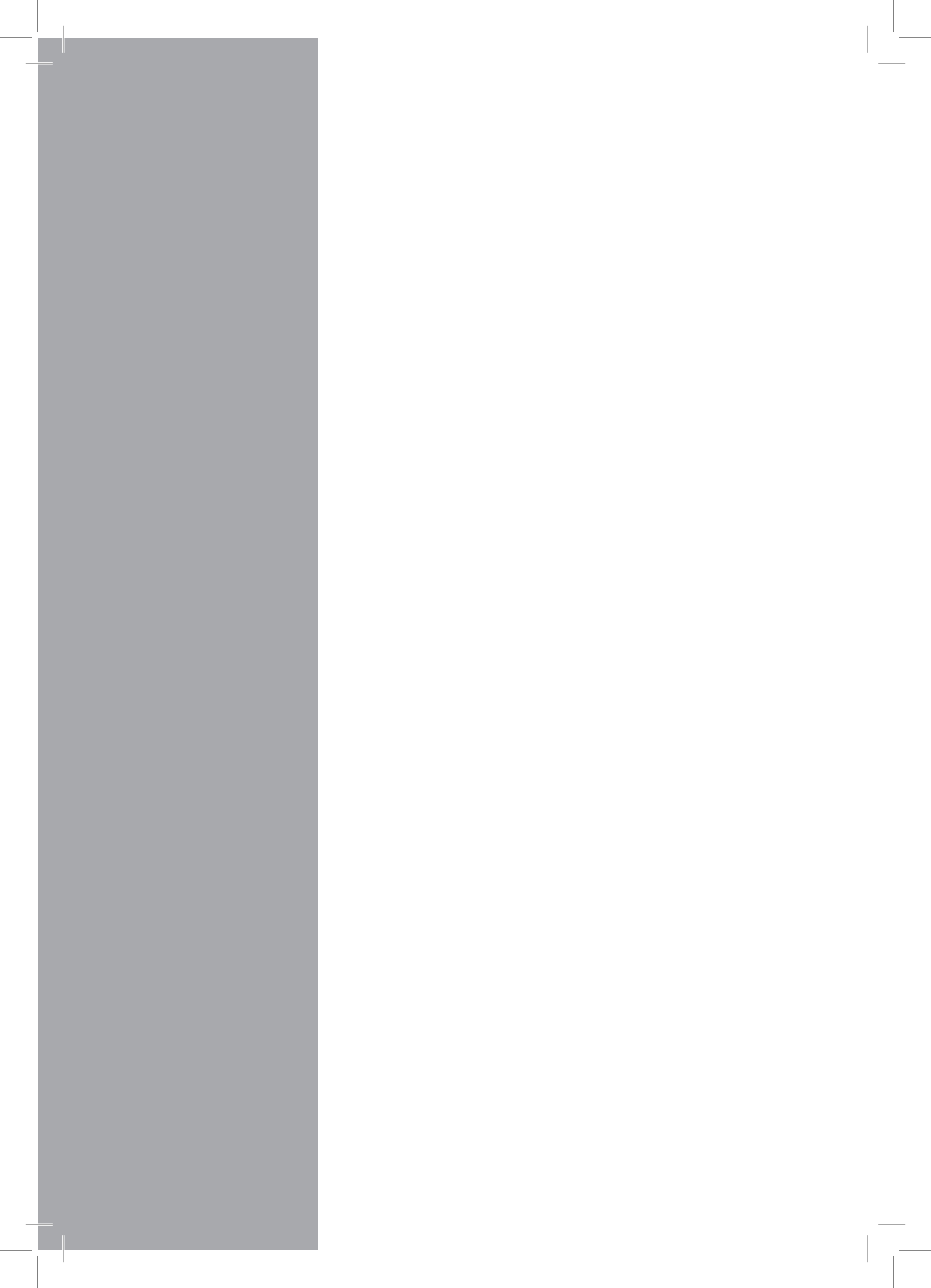


The background of the slide features a complex, abstract design. It consists of several overlapping, semi-transparent circles and a dense network of thin, curved lines that create a sense of depth and movement. The colors are primarily light grays and whites, with some darker gray accents. The overall effect is modern and sophisticated.

Processo Penal



A GARANTIA DO *NE BIS IN IDEM* E A PROIBIÇÃO DE RECURSO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO OU ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO CONTRA A ABSOLVIÇÃO: O PRECEDENTE "ALVARADO/SANDOVAL"

THE "ALVARADO/SANDOVAL" PRECEDENT OF THE SUPREME COURT, DOUBLE JEOPARDY AND THE PROHIBITION OF APPEALS AGAINST ACQUITTAL

ANDRÉS HARFUCH

Doctor en Derecho (UBA). Profesor de derecho penal y procesal penal (UBA). Director del área de juicio por jurados del INECIP. Vicepresidente de la Asociación Argentina de Juicio por Jurados (AAJJ).
ORCID: [orcid.org/0009-0002-8258-4320].
harfuchan@yahoo.com.ar

MATÍAS DEANE

Juez de Tribunal en lo Criminal de la provincia de Buenos Aires. Abogado (UBA) Master en magistratura y especialista en derecho penal (Universidad Austral). Docente universitario. Capacitador del INECIP. Miembro de la Asociación Argentina de Juicio por Jurados (AAJJ).
ORCID: [orcid.org/0009-0000-0945-6811].
matiasdeane@yahoo.com.ar

ALEJANDRO CASCIO

Juez de Cámara de Apelaciones y Garantías de la provincia de Buenos Aires. Abogado (UCA). Magister en derecho penal (Universidad Austral). Docente universitario. Capacitador del INECIP. Miembro de la Asociación Argentina de Juicio por Jurados (AAJJ).
ORCID: [orcid.org/0009-0002-3788-5538].
cascioalejandro@hotmail.com

CRISTIAN PENNA

Defensor oficial en lo Criminal y Correccional de la provincia de Buenos Aires. Abogado (UBA). Docente universitario (UBA, UCALP, UMSA). Director de capacitación del INECIP. Miembro de la Asociación Argentina de Juicio por Jurados (AAJJ).
ORCID: [orcid.org/0009-0009-1207-9469].
cristianpenna@gmail.com

TRADUÇÃO DE:

LISANDRA PANZOLDO

Graduada em Direito pela Universidade São Judas Tadeu (USJT).
Estagiária na Defensoria Pública de São Paulo – Unidade Júri (DPESP). Autora do livro "O Tribunal do Júri no Brasil e na Argentina. Estudo Comparado" (também publicado na Argentina).
Lattes: [lattes.cnpq.br/0547310665693155].
ORCID: [orcid.org/0000-0003-2747-5041].
lipanzoldo@gmail.com

DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.569].

Autores convidados

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Processual; Internacional

RESUMO: O *leading case* Ramos vs. Louisiana (Suprema Corte dos Estados Unidos, 2020) restabeleceu a unanimidade do veredicto do júri e realçou a importância de respeitar a estabilidade dos precedentes da Corte (*stare decisis*). A Argentina tem um precedente atual ("Alvarado/Sandoval", 2010) da Suprema Corte sobre o *double jeopardy* e a proibição de recurso contra a absolvição. Este *stare decisis* nunca foi expressamente revogado, apesar da sobrevivência de leis processuais que ainda concedem recurso para a acusação em casos de julgamentos por juízes togados. Na Argentina, no entanto, as leis de júri popular proibem esta possibilidade. Só o acusado pode recorrer frente a um veredicto de culpabilidade, porque esta é uma garantia constitucional da CADH para proteger a cláusula da dupla incriminação (*double jeopardy*). O artigo ressalta como as leis de tribunal do júri clássico na Argentina são as únicas que correspondem perfeitamente aos requisitos convencionais, uma vez que adotam a firmeza dos veredictos absolutórios no júri.

PALAVRAS-CHAVE: Tribunal do Júri – Unanimidade – *Double jeopardy* – Precedente – Veredicto – Firmeza.

ABSTRACT: The *leading case* Ramos vs. Louisiana (US Supreme Court 2020) restored the unanimity of the jury's verdict and stress the importance of respecting the stability of the Court's precedents (*stare decisis*). Argentina has an actual precedent ("Alvarado/Sandoval", 2010) from the Supreme Court on double jeopardy and the prohibition of appeal against the acquittal. This *stare decisis* was never expressly revoked, despite the survival of procedural laws which still grant an appeal for the prosecution in cases of bench trials. But the jury bills in Argentina ban this possibility. Only the defendant can appeal a guilty verdict, because it is a constitutional guarantee in the ACHR to protect the double jeopardy clause. The paper points out the way in which the Argentine laws on classic jury trials are the only ones that perfectly match the conventional requirements, since they adopt the finality of the jury's acquittal verdicts.

KEYWORDS: Trial by jury – Unanimity – Double Jeopardy – *Stare decisis* – Verdict – Finality.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Os fatos. 3. As consequências: juízes e jüris. 4. *A Day in court* ou uma etapa?. 5. Os problemas da CSJN com o caráter definitivo das absolvições. 6. O que é um precedente? O *stare decisis*. 7. Estrutura do precedente. 8. A ruptura de um precedente: previsibilidade e flexibilidade. A recente decisão "*Ramos vs. Louisiana*" sobre veredictos unânimes no júri. 9. A mudança gradual do precedente: correções. 10. Os dois primeiros casos da CSJN: "Arce" e "Alvarado". 11. A recepção da doutrina pela maioria da Suprema Corte: "Alvarado/Sandoval". 12. O descaso com o precedente "Alvarado/Sandoval". 13. Final. 14. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A¹ doutrina jurídica atual da *Corte Suprema de Justicia de la Nación* proíbe qualquer espécie de recurso do promotor ou do assistente de acusação contra a absolvição, seja ela proveniente de um tribunal técnico ou de um júri popular, com o fundamento de que ele viola a garantia constitucional *ne bis in idem* e a garantia constitucional do direito ao recurso (CN, 75 inc. 22°).

Foi o professor Alberto Binder, em seu Tratado de Direito Processual Penal v. V, que "*descobriu*" que a jurisprudência estabelecida pela CSJN em duas decisões cruciais, quais sejam, "*Alvarado*" (1998) e "*Sandoval*" (2010), proíbe o recurso da acusação ou do assistente de acusação contra a absolvição, *sendo que dita jurisprudência não foi derogada por qualquer outro acórdão da Corte até então*. Daí o nome "*Alvarado/Sandoval*" que Binder propõe para nomear esse precedente (*stare decisis*).²

A questão não é nova e não é que Binder tenha *descoberto* esse precedente. Outros autores foram capazes de decifrá-lo antes e de uma forma muito trabalhosa, apesar do sucesso das manobras distrativas do sistema judicial como um todo para que passasse despercebido.³

1. Artigo traduzido por Lisandra Panzoldo. Destaques mantidos do artigo original em espanhol: HARFUCH, Andrés; DEANE, Matías M.; CASCIO, Alejandro; PENNA, Cristian D. La garantía del *ne bis in idem* y la prohibición del recurso del acusador público o privado contra la sentencia absolutoria. *LA LEY*, Suplemento Penal y Procesal Penal, n. 5, agosto 2020.
2. BINDER, Alberto. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc, 2020. t. V. p. 856, no prelo.
3. GOMARA, Juan Pablo: "La tensión entre el derecho a la revisión del fallo condenatorio y el recurso del acusador. Comentarios al fallo "Colman" de Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia". *Pensamiento Penal*, 2020. Disponível em: [www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/48942-tension-entre-derecho-revision-del-fallo-condenatorio-y-recurso-del-acusador].

H., A.; D., M.; C., A.; P., C.. Tradução de: P., L. A garantia do *ne bis in idem* e a proibição de recurso pelo Ministério Público ou Assistente de Acusação contra a absolvição: o precedente "Alvarado/Sandoval". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 185-210. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.569].

Tão exitoso foi esse esforço para esconder o precedente que alguns dos que melhor escreveram na Argentina sobre o *non bis in idem* e o recurso como garantia dos condenados – Alejandro Carrió e Julio Maier – nunca puderam, sequer, mencioná-lo.⁴

O que Binder *descobriu*, ao contrário do que todos supõem, ou humildemente assumem, e/ou se resignam a assumir sem grandes discussões críticas, é que esse precedente até agora nunca foi revogado expressamente (*como deve ser*), embora a CSJN tenha admitido três recursos subsequentes contra a absolvição. Dois pelo promotor e o outro pelo assistente de acusação.

O cerne desse trabalho, então, é demonstrar que a CSJN não revogou *expressamente* o precedente “Alvarado/Sandoval”, porque não cumpriu as regras mínimas e elementares relativas ao direito dos precedentes que a autorizaria a revogar sua própria jurisprudência horizontal. Por conseguinte, é irrelevante que haja três casos subsequentes contraditórios ao dito precedente.⁵

A CSJN deve – de uma vez por todas – assumir plenamente suas próprias decisões e fazer cumprir seus próprios precedentes. O *stare decisis* da CSJN é fundamental para a República Argentina e, por isso, a Corte deve estabelecer regras claras para modificá-los, tal como acontece nos países mais desenvolvidos.⁶

A CSJN admitiu esses três recursos posteriores sem falar de forma alguma do *ne bis in idem*, nem de Alvarado/Sandoval, nem do direito de recorrer como garantia exclusiva do condenado. Limitou-se a admitir os recursos do Ministério Público e do assistente de acusação contra a absolvição, aderindo ao parecer do Procurador. *Sem mais. Sem qualquer desenvolvimento. Como se os anteriores nunca tivessem existido.*

Este é o ponto exato em que Binder situa a discussão que nós trataremos neste artigo: que essa maneira tão leviana de proceder com os precedentes da Corte Suprema de Justiça é inadmissível em uma República.

“O *stare decisis* é, em outras palavras, um bem público.”⁷

4. CARRIÓ, Alejandro. *Garantías constitucionales en el proceso penal*. 6. ed. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2020. No caso de Julio Maier – onde o recurso como garantia, a dupla jurisdição e o *ne bis in idem* são a coluna vertebral de seu pensamento – a questão é diferente, já que seu famoso Tratado foi originalmente escrito em 1988 e ampliado em 2006. Ou seja, antes do precedente “Alvarado/Sandoval”.

5. BRENNER, Saul; e SPAETH, Harold J. “*Stare indecisis*. Las alteraciones del precedente en la Corte Suprema, 1946-1992”. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2017. p. 16: “A *stare decisis* horizontal diz respeito ao dever de concordância de um tribunal com os seus próprios precedentes [...] é dever dos juízes da Corte respeitar seus próprios precedentes”.

6. Por exemplo, na Inglaterra e no País de Gales, a Câmara dos Lordes serviu durante séculos como Suprema Corte de Justiça. Nunca em sua história eles revogaram um precedente. Os tempos mudaram e eles decidiram flexibilizar essa rigidez em 1966. A própria *House of Lords* estabeleceu um regulamento muito rigoroso para modificá-los “e, assim, proporcionar justiça ao Reino”. Ver *The Practice Statement* [1966] 3 All ER 77.

7. BRENNER, Saul; e SPAETH, Harold J. Op. cit., p. 18.

2. OS FATOS

A Argentina alterou sua Constituição Nacional em 1994 e incorporou a ela todos os Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos. Portanto, a partir de 1995, a CSJN começou a ditar precedentes para adequar os regulamentos internos do país às novas disposições dos tratados.

Um dos pontos centrais que ela teve que abordar foi se as leis de processo penal da Argentina, que permitem que promotores e assistentes de acusação recorram das absolvições de juízes técnicos, eram constitucionais à luz da Convenção. A consequência óbvia era a obtenção de condenações diretas *sem julgamento* em instâncias superiores, ou o reenvio do caso para novo julgamento (*bis in idem*) que terminam em condenações. Em outras palavras, se a Argentina deveria abandonar o lastro feudal herdado da Inquisição: a bilateralidade do recurso como método autoritário e hierárquico de controle da decisão por parte das castas superiores da organização judiciária.

A dicotomia não admitia meias medidas: ou o recurso era admitido *como garantia do indivíduo* (*common law*) ou o recurso continuava como *método de controle do Poder Estatal* (*civil law*).

Todos os Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos na Europa, América e Oceania escolheram a primeira opção e *baniram a segunda. Sem exceção.* Eles impedem qualquer recurso do acusador contra a absolvição porque reconhecem que o direito de recorrer é *exclusivamente* do condenado e essa é uma garantia constitucional de primeira ordem. Garantia que, por sua vez, decorre diretamente de outra garantia constitucional básica de qualquer República civilizada, que é o *ne bis in idem*. A sentença absolutória obtida após um julgamento público é final, definitiva, e adquire força de coisa julgada material, uma vez que apenas o acusado pode recorrer.⁸

A CSJN começou a fazer essa tarefa de adequação jurisprudencial em 1997. Este artigo analisa a linha de seis casos em que ela abordou explicitamente em sua *ratio decidendi* (*princípio do caso* ou *holding*) a proibição de recurso da acusação contra a sentença absolutória, por violação das garantias constitucionais e convencionais do *ne bis in idem* e do direito de recurso. Esta linha de casos começa com a decisão “Arce” (1997), e continua nos casos

8. BINDER, Alberto. Op. cit., p. 320, grifos do original: “Acontece que por trás de tudo está a matriz teórica da bilateralidade dos recursos, típica do sistema francês e sempre foi adotada como dogma pela doutrina processual: onde um recorre, o outro recorre. *No entanto, essa matriz não existe mais. Ela foi quebrada pelos Pactos Internacionais em todo o mundo.* Precisamente o fracasso da legislação processual em cumprir este mandato claro da Convenção, deve-se ao molde intelectual que muitos intérpretes e doutrinadores ainda possuem. Hoje não existe essa bilateralidade nem nos Pactos, nem mesmo na legislação infra processual. Já há muitos códigos que diferenciam os motivos de um e outro assunto. Portanto, o paradigma atual é completamente o oposto. Os recursos são pensados a partir da disparidade, em função das especificidades de cada interesse. É por isso que, inclusive, não há sequer equivalência entre os recursos do Ministério Público e os do assistente de acusação na legislação.”

H., A.; D., M.; C., A.; P., C.. Tradução de: P., L. A garantia do *ne bis in idem* e a proibição de recurso pelo Ministério Público ou Assistente de Acusação contra a absolvição: o precedente “Alvarado/Sandoval”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 185-210. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.569].

“Alvarado” (1998), “Kang I” (2007) e “Lagos Rodas” (2007); “Sandoval” (2010), e termina com a decisão “Kang II” (2011).

A saga é assim: em “Arce” admite-se ainda recurso do promotor contra a absolvição. Em “Alvarado” também, mas inclui um impecável voto minoritário conjunto de Petracchi e Bossert que, anos mais tarde, tornar-se-ia a doutrina do precedente que permanece até hoje.

A CSJN mudou seus integrantes em 2003 e houve uma reviravolta fundamental. “Kang I” e “Lagos Rodas” em 2007 proibem pela primeira vez o recurso do Ministério Público contra a absolvição, mas são duas decisões redundantes e confusas – repletas de exasperantes *obiter dictum* – em que a Corte devolve o processo sem resolver o caso.⁹

Mas, em 2010, chega “Sandoval” e, aí sim, a CSJN, por larga maioria refere-se aos votos de 1998 de Petracchi e Bossert em “Alvarado”, rejeita o recurso do promotor por violação aos Pactos e confirma a absolvição. No ano seguinte, a Corte resolveu definitivamente a decisão “Kang II” da mesma forma: o recurso do promotor contra a absolvição viola a garantia do *ne bis in idem* e do recurso.

Como se nada disso tivesse acontecido, e sem fazer qualquer referência à sua própria doutrina estabelecida em *Alvarado/Sandoval*, a CSJN dita as decisões “Piana” (2014), “Luna” (2014) e “G., J.C.” (2015).¹⁰ Nelas, nem sequer é analisada a importantíssima questão constitucional aqui debatida, limitando-se a aderir ao parecer do promotor e, em meia página, ordena a revisão das absolvições nos três casos a pedido da acusação. Para piorar a situação, em “Luna” a CSJN validou a sentença condenatória obtida após a anulação de uma absolvição em um julgamento.¹¹

Isso significa que o precedente *Alvarado/Sandoval* foi revogado? Para a grande maioria da nossa anômica cultura jurídica, *Piana*, *Luna* e *G., J.C.* têm efeito derogatório.¹² Opomomo-nos veementemente a essa visão. Sustentamos que este não é o caso, e que em nenhum lugar do Ocidente desenvolvido tal coisa seria admitida.

“Enquanto Harris foi lei por 11 anos, o precedente *Apprendi* foi a lei por ainda mais tempo; e penso que chegou o momento de pôr fim a esta anomalia na aplicação de *Apprendi*. Consequentemente, voto para revogar Harris.” *Quando um precedente é revogado, o fato é*

9. CARRIÓ, Alexandre. Op. cit., p. 657: “[...] a sua *holding* deve ser buscada naquilo que, por menor que seja, a maioria dos juízes realmente concorde.”

10. “*Piana, Enrique José y otros s/ causa 7668 infracción a la ley 22.415*” (20/8/2014). CSJN, “*Luna*” L.712. XLIX, 27 de novembro de 2014. “*G., C.J. S / P.S.A. abuso sexual agravado*” (22/12/2015), CSJ 647/2013 (49-G)/CS1.

11. GOMARA, Juan Pablo. Op. Cit., p. 4.

12. Para todos, GOMARA, João Paulo. Op. Cit., p. 4: “A Corte Suprema de *Justicia de la Nación* não manteve a sua doutrina sobre o *bis in idem* com base nas decisões ‘*Sandoval*’ e ‘*Kang*’ que se referiam à minoria em ‘*Alvarado*’. Infelizmente, a Corte abandonou essa linha de jurisprudência e validou a emissão de condenações que anulavam uma absolvição decorrente de um julgamento.”

*expressamente anunciado na decisão para que toda a comunidade jurídica tenha conhecimento.*¹³

Outro caminho é impossível, como o de esconder a lei e fingir que ela não existe. Tomemos como exemplo o precedente mais famoso do mundo. Ele foi estabelecido pela Suprema Corte dos EUA em “*Roe v. Wade*” (1973). Essa decisão definiu o direito da mulher de optar pelo aborto como um direito constitucional fundamental. Apesar da polêmica desencadeada por essa decisão e do constante repúdio por parte da sociedade, durante esses 47 anos de vigência, a maioria dos juízes da suprema Corte – incluindo alguns juízes republicanos ultraconservadores que teriam decidido o caso negando às mulheres o direito ao aborto – invocaram repetidamente o precedente *Roe vs. Wade* para validar todos os casos subsequentes de aborto que chegaram à Corte. *Tal é a força e a autoridade que um precedente dela tem sobre a sociedade. É como uma rocha sólida.*

Comparemos esse respeito quase devocional pelo precedente com o manejo negligente de *Alvarado/Sandoval*. É injustificável argumentar que isso acontece porque a Argentina não pertence ao *common law*. O problema continua a ser a nossa fraca institucionalidade.

É por isso que, contra tudo o que se possa supor, incluindo o descuido da própria CSJN – que veremos por quais razões tentou esconder, diluir, evitar e borrar sua própria doutrina jurídica e não estar sujeita a nenhum precedente – “*Alvarado/Sandoval*” permanece absolutamente válido até hoje, tanto para a nossa surpresa quanto de outros, *porque não foi expressamente revogado com novos argumentos em sentido contrário.*

Se assim o fosse, teria havido uma grande onda de críticas e argumentos a favor ou contra. Ou seja, um debate saudável em uma audiência pública, transparente e aberta, que é o que acontece nos países de *common law* nas raras ocasiões em que seus Tribunais decidem revogar um precedente.

O precedente *Alvarado/Sandoval*, aliás, é consubstancial a outro *stare decisis* fundamental e indiscutível da CSJN – e anterior aos Pactos – como “*Mattei*” (1968), que impede que o julgamento volte a etapas preclusas já superadas. Especialmente no processo penal, a garantia do *ne bis in idem* deve ser rigorosamente respeitada em caso de absolvição, com o mesmo alcance que lhe foi dada pela Suprema Corte de Justiça dos Estados Unidos na memorável decisão “*Green vs US*” (1957).¹⁴ A única possibilidade de repetir um julgamento pelos mesmos fatos (*bis in idem*) é pela vontade da pessoa condenada e de mais ninguém.

13. Voto do juiz Breyer em “*Allyne v. Estados Unidos*” 570 U.S. 99 (2013). Breyer sempre foi contra Apprendi, mas seu respeito por um precedente consolidado é tal que, daí seu voto. Isso é comum na jurisprudência do *common law*.

14. Ver tradução integral da decisão *Green vs US* em espanhol em BINDER, Alberto & HARFUCH, Andrés (Dir.). “El juicio por jurados en la jurisprudencia nacional e internacional. Sentencias comentadas y opiniones académicas del common law, del civil law y de la Corte Europea de Derechos Humanos”. *Colección Juicio por Jurados y Participación Ciudadana*, n. 5, Tomo A, p. 293 y ss., Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2016.

H., A.; D., M.; C., A.; P., C. Tradução de: P., L. A garantia do *ne bis in idem* e a proibição de recurso pelo Ministério Público ou Assistente de Acusação contra a absolvição: o precedente “*Alvarado/Sandoval*”. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. vol. 198. ano 31. p. 185-210. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.569].

3. AS CONSEQUÊNCIAS: JUÍZES E JÚRIS

À Suprema Corte de Justiça, nos Estados Unidos e na Argentina, reserva-se a interpretação *final* da constitucionalidade das leis. A consequência lógica para a República Argentina é que todas as leis processuais que permitem que promotores ou assistentes de acusação recorram de absolvições provenientes de *tribunais técnicos* devem ser imediatamente revogadas como inconstitucionais.

Damos ênfase nos tribunais técnicos porque, em contrapartida, todas as leis de *júri popular* no país respeitam os Pactos, a Constituição e o precedente “*Alvarado/Sandoval*”. Todas elas proíbem o recurso do promotor ou assistente de acusação contra o veredicto de não culpabilidade, *exceto em casos universalmente admitidos (mesmo no common law) de coisa julgada fraudulenta*. Os tribunais superiores provinciais como um todo reafirmaram a constitucionalidade das regras que impedem o promotor ou assistente de acusação de recorrer da absolvição no júri.¹⁵

As leis de tribunal do júri na Argentina são, atualmente, as únicas que respeitam as disposições expressas nos Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos e o precedente *Alvarado/Sandoval*, sem que isso provoque alarme ou cerceamento algum dos direitos dos promotores ou das vítimas de obterem uma decisão favorável após um *fair trial*, em *única instância dos fatos*.¹⁶ Ou seja, durante o curso do único julgamento realizado em igualdade de condições, que é um direito (e não garantia) convencional que os promotores e assistentes têm em processos penais (CADH, 8.1).

O Tribunal de Casación da Província de Buenos Aires estabeleceu dois magníficos precedentes que encerraram a discussão e confirmaram a convencionalidade das normas que proíbem o recurso do promotor e da vítima contra o veredicto de não culpabilidade no júri. Na decisão “*López*” (2016) o recurso foi interposto pelo promotor, porém ele foi rejeitado.¹⁷

15. Além disso, as leis relativas ao tribunal do júri na Argentina são as únicas a regular a coisa julgada fraudulenta. A única exceção admissível para um recurso da acusação é quando não há risco para o acusado, por ter sido ele quem causou a absolvição por meio de suborno, corrupção, propina ou extorsão. Qualquer outra hipótese é inadmissível. Assim, o artigo 89 da Lei 10.746 da Província de Entre Ríos: “*Contra el veredicto de no culpabilidad y la sentencia absolutoria correspondiente no se admite recurso alguno, salvo que el acusador demuestre fehacientemente que el veredicto de no culpabilidad fue producto del soborno, o de los delitos de coacción agravados, o secuestros extorsivos u otras graves intimidaciones que ejercieron una coacción sobre el o los jurados, que hubiesen determinado el veredicto absolutorio.*”

16. “Tutela judicial efetiva” não é o mesmo que “condenação”, mas implica dar todas as possibilidades ao Ministério Público ou ao assistente de acusação para buscar resultados em um julgamento oral, público, contínuo e contraditório (julgamento constitucional). Mas nenhum deles tem o direito de recorrer contra a absolvição.

17. “*López, Mauro Gabriel s/ Recurso de Queja interpuesto por Agente Fiscal*”, Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, causa 71.912 (2016): “Esta é uma decisão legislativa que se baseia na natureza que ostenta um julgamento por júri popular. O júri, politicamente, nada mais é do que a exigência – para tornar possível a coerção estatal (a pena) – de alcançar a aquiescência de um

Já em “Bray Paredes” (2017), o representante da vítima o interpôs e foi rejeitado.¹⁸ *O importante desses dois precedentes é mostrar que essa questão nunca mais voltou a ser levantada. Os promotores e assistentes de acusação na província de Buenos Aires entenderam a mensagem.*

A conclusão deste trabalho não é outra coisa senão reabilitar este precedente da Corte Suprema, erradicar a desídia na sua aplicação, colocar – mais uma vez – a questão na mesa de uma discussão pública e admitir de uma vez por todas a nível infraprocessual as consequências da adesão da Argentina aos Pactos Internacionais de Direitos Humanos. Eles impedem expressamente o recurso de qualquer promotor ou assistente contra a sentença absolutória, por violação da garantia *ne bis in idem* e pela nova concepção de recurso como garantia individual da pessoa condenada (CADH, 8.2.h). A única exceção é a coisa julgada fraudulenta, embora voltaremos a este ponto ao final.

Dessa forma, o julgamento público é a única instância decisiva e final para dirimir um pleito e pôr um fim mensurável no tempo a um litígio. Todos os recursos posteriores que forem admitidos serão *exclusivamente* contra a sentença de condenação ou contra a imposição de medida de segurança.

4. A DAY IN COURT OU UMA ETAPA?

Dois professores franceses, Antoine Garapon e Ionannis Papadopoulos, resumem nesta inesquecível frase o divisor de águas entre as culturas do *common law* e *civil law* em torno do problema central deste artigo: quando começa e quando termina o risco de condenação de

número mínimo de cidadãos, o que simboliza, da melhor maneira possível em nossa sociedade de massas, política e não estatisticamente, a opinião popular (cf. MAIER, DPP cit., v. I, 2004. P. 787); razão pela qual, a absolvição em um júri impede a utilização do instrumento recursivo, qualquer que seja a valoração do veredicto: justo ou injusto perante a lei (cf. MAIER, DPP cit., t. I, p. 634). Em outras palavras: o júri é a expressão da soberania do povo, cuja vontade não pode ser cerceada por nenhum dos poderes do Estado; logo, seria o mesmo se houvesse algum mecanismo legislativo que buscasse distorcer o resultado de uma eleição de autoridades, o que é inadmissível.”

18. *Cámara de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala V, proceso 78.302, 2017, intitulado “Bray, J.P. y Paredes J. M.” s/ Recurso de reclamación (Art. 433 CPP) interposto pelo representante do ofendido: “A análise da alegação de inconstitucionalidade das regras que determinam a irrecorribilidade da sentença absolutória proferida pelo Tribunal do Júri deve ser levada a cabo tendo em conta dois eixos: a) o direito da acusação – promotor ou assistente – de recorrer da absolvição do acusado não é constitucionalmente reconhecido; e b) o carácter soberano da decisão do júri popular, que é a razão de ser da irrecorribilidade de seu veredicto, como tem sido pacificamente reconhecido há séculos nas democracias ocidentais mais sólidas do common law. [...] A compatibilidade convencional e constitucional das normas que regem a instância recursal no tribunal do júri na nossa província é confirmada se levarmos em conta que o carácter irrecorrível do tribunal do júri não é apenas imposto à vítima ou a qualquer parte em particular, mas é uma característica da própria decisão, que vem sendo regulada desta forma há séculos por todas as democracias que adoptaram este sistema de julgamento, a maioria das quais são signatárias dos mesmos instrumentos internacionais, e em nenhum momento a sua compatibilidade com os direitos e garantias neles consagrados foi posta em discussão.”*

H., A.; D., M.; C., A.; P., C.. Tradução de: P., L. A garantia do *ne bis in idem* e a proibição de recurso pelo Ministério Público ou Assistente de Acusação contra a absolvição: o precedente “Alvarado/Sandoval”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 185-210. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.569].

uma pessoa acusada de um crime? Quando transita em julgado a absolvição e condenação? O *ne bis in idem* é muito diferente na sua concepção como garantia individual e não significa o mesmo – infelizmente – para as duas grandes culturas do Ocidente.¹⁹

O livro desses pesquisadores “*Julgar nos Estados Unidos e na França*” – de leitura imprescindível – tem trechos antológicos que destacam melhor do que ninguém o que é para uma cultura a garantia fundamental da liberdade individual e, para a outra, *um mero direito desvalorizado de segunda categoria*.

“Nos procedimentos de *common law*, o julgamento é o momentum da justiça. Nem antes nem depois de sua realização se pode falar em processo. Nos sistemas inquisitoriais o processo começa muito antes – não se sabe ao certo quando: nos primeiros rumores de uma incriminação? No momento da notificação? No encaminhamento ao tribunal correccional? – e termina muito depois do processo: com a decisão do juiz de execução? Não é possível saber com precisão [...]. O procedimento inquisitorial faz regredir o centro de gravidade do processo penal em direção ao início: por isso uma pessoa – um político, por exemplo – pode permanecer muitos anos em investigação.

Como o teatro clássico, o julgamento no *common law* responde à regra de três unidades: de tempo, de lugar e de ação, à qual se acrescenta o princípio de contestação em todas as etapas e o do imediatismo da prova.

A divergência mais marcante entre as duas culturas vem do fato de que, no *common law*, o *trial* não é nem mais nem menos que o paradigma central da justiça, *enquanto, para um juiz francês, a audiência é apenas uma etapa em um longo processo*. O francês espera justiça não de um juiz, mas de toda uma instituição, ou seja, de um conjunto complicado de vias de recursos, misturando algumas fases secretas e outras públicas.

Há uma clara diferença entre a temporalidade do direito francês e do americano. O processo francês é sempre propenso a ser adiado de alguma forma, é um elo de uma longa cadeia do estabelecimento da verdade judicial, uma etapa precedida por um longo processo de instrução e seguida por uma série de recursos como garantia. *Na França, a letra da lei nunca é definitiva e está, constantemente, um passo à frente dela mesma*.

Na cultura jurídica americana, em contraste, a verdade judicial tem uma carga temporal muito mais forte e óbvia: a culpabilidade ou a inocência são pronunciadas no momento exato do veredicto ao final do julgamento. A Cláusula do Double Jeopardy da Quinta Emenda da Constituição dos Estados Unidos afirma claramente que um veredicto de absolvição em primeira instância é irrevogável.”²⁰

19. GARAPON, Antoine; e PAPADOPOULOS, Ioannis. *Juzgar en Estados Unidos e na França*. Colômbia: Legis, 2006. P. 84 e ss.

20. GARAPON, Antoine; e PAPADOPOULOS, Ioannis. Op. Cit., p. 92: “O julgamento (*trial*) deve responder a um princípio desconhecido em nossas regras processuais: o imediatismo da prova. A prova deve produzir seu efeito imediatamente após terem sido apresentadas, o que não é o caso no direito inquisitorial, onde a coleta dos fatos é dissociada no momento da análise de sua ordenação coerente”.

São duas formas muito diferentes de ver o mundo e o processo judicial, com consequências práticas concretas para a vida em liberdade frente ao poder penal do Estado. Isto é, para um anglo-saxão o risco de condenação (*jeopardy*) começa quando os jurados que decidirão seu destino fazem o juramento no início do debate, e termina *definitivamente* com o veredicto no final desse julgamento. É um julgamento de instância única e realizado alguns meses após o fato, especialmente se a pessoa estiver presa.

Para um latino-americano ou europeu continental, por outro lado, o risco de condenação só terminará depois de muitos anos. Por décadas, ele viverá sua vida – em liberdade ou preso – com uma espada de Dâmoques sobre sua cabeça. A definição e o esgotamento do seu caso durarão o tempo que for preciso para recorrer o longo e kafkiano espinel de fases episódicas, instâncias e tribunais diversos até chegar na Corte Suprema de Justiça. E mesmo lá não se saberá se acabou, pois o promotor sempre pode recorrer da absolvição.

5. OS PROBLEMAS DA CSJN COM O CARÁTER DEFINITIVO DAS ABSOLVIÇÕES

A CSJN nunca se deu muito bem com a garantia do *ne bis in idem*. Nunca. O problema persiste até hoje e forma o núcleo deste trabalho. Talvez seja porque ela nunca esteve *expressamente* consagrada no texto constitucional original de 1853, mas, sim, implícita nas garantias enumeradas do artigo 33 da CN. “A Corte Suprema de Justicia de la Nación tem sido relutante em reconhecer esta garantia...não a encontrando enumerada, como acontece com as outras, tem dificuldade em desenvolvê-la e termina por interpretá-la mal”, nos ensina o professor Julio Maier.²¹

Tal ausência no texto constitucional é uma raridade, dado que nossa Carta Magna é quase uma cópia da Constituição dos Estados Unidos de 1789, que surgiu após a Convenção Constitucional da Filadélfia de 1787. A Quinta Emenda da Constituição dos EUA consagra expressamente a proibição do duplo risco de castigo ou *double jeopardy*: “Nenhuma pessoa estará sujeita, pela mesma ofensa, a ser colocada duas vezes em risco de perder a vida ou a integridade física”.

Consequentemente, a Suprema Corte de Justiça dos Estados Unidos no famoso precedente *Green vs US* de 1957 (amplamente citado pela CSJN ao longo de sua história e *nunca revogado*) não teve problema algum em dizer sem hesitação ou equívoco o dano que um recurso da acusação contra a absolvição causa na garantia do *ne bis in idem*:

“Esta Corte aderiu uniformemente a essa premissa básica. Por exemplo, em *EUA vs. Ball* (1896), a Suprema Corte decidiu por unanimidade: “O veredicto de absolvição tem

21. MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal*: Fundamentos. 2. ed. Editores del Puerto, Bs As, 1996. T. I. P. 597, grifos do original: “Isto é provado pelo caso mencionado na nota (Fallos CSN, t. 248, p. 232), onde, apesar da grosseira violação do princípio que representa e do excelente parecer do seu Procurador-Geral no sentido correto, que pede para remediar esse dano, negou amparo a um caso claro de *dupla incriminação e dupla condenação*” pelos mesmos fatos.

H., A.; D., M.; C., A.; P., C.. Tradução de: P., L. A garantia do *ne bis in idem* e a proibição de recurso pelo Ministério Público ou Assistente de Acusação contra a absolvição: o precedente “Alvarado/Sandoval”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 185-210. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.569].

caráter definitivo e autoridade de coisa julgada material, não podendo ser revisto, seja por erro ou por qualquer outra causa, *sem que se coloque o acusado duas vezes em risco e, portanto, violando a Constituição*” (Grifos do original).

O *double jeopardy* é uma das maiores salvaguardas do mundo civilizado que o *common law* prezou por séculos e depois se cristalizou em norma constitucional. Binder descreve-o com toda a crueza: “num processo penal acusatório, o acusado põe a cabeça na guilhotina apenas uma vez”. Não há recurso contra a absolvição, visto que ela é definitiva, uma vez que foi pronunciada após um julgamento.

Essas vicissitudes históricas não aconteceram por acaso. Todos os países da Europa continental e da América Latina que constituem o *civil law* repudiam a própria noção de que deve haver apenas um julgamento e que as chances de condenar um acusado terminam para o promotor ou assistente de acusação ao final desse julgamento. A gênese gendarme do sistema inquisitorial está em conceder, ontem ao Rei, hoje ao Estado, múltiplas oportunidades de obter a condenação.

Em pleno século XXI, vários países da Europa continental ainda não conhecem o sistema acusatório e continuam com o sistema misto. Espanha, Itália, França e Portugal, entre outros, ainda conservam aquele lastro feudal da Idade Média que é o poderoso juiz de instrução. A América Latina avançou muito mais do que a Europa nesse campo, mas países tão importantes quanto o Brasil e a Argentina (nos níveis federal e nacional) insistem em manter esse modelo medieval que viola as liberdades individuais básicas. O problema é muito grave, pois está enraizado em uma cultura autoritária de exercer a jurisdição com seis séculos de existência.²²

Verifica-se o oposto em uma cultura liberal, republicana e democrática do *common law*, onde o sistema inquisitorial por expedientes escritos (e tortura) era desconhecido, onde o *ne bis in idem* é um baluarte sagrado da liberdade individual e onde o risco de condenação para o acusado termina definitivamente com o veredicto do júri ou com a sentença do juiz técnico. Uma vez que há absolvição, a pessoa é definitivamente livre. É algo lógico lá, mas indigesto aqui e posto em crise pelos Pactos.

A tradição inquisitorial sempre repugnou a ideia de que o julgamento público fosse a única instância e, conseqüentemente, que a decisão ao final dele era definitiva.²³ Por ordem do Monarca (que sempre manteve o poder final sobre o caso), os acusadores puderam

-
22. GARAPON, Antoine; e PAPADOPOULOS, Ioannis. Op. cit., p. 86. “O procedimento inquisitivo funciona, assim, mediante sucessivas apostas na culpabilidade, como evidenciado pela possibilidade de prender um suspeito antes do processo. Essas diferentes abordagens do processo e do *trial* mudam a função da audiência: no primeiro caso, a verdade pede confirmação, no segundo, elaboração. Na França, o resultado do tribunal do júri não deixa dúvida, como indica o número muito reduzido de absolvições, em comparação ao das jurisdições inglesas, em que a cada duas sentenças, uma é quase sempre absolutória”.
23. GARAPON, Antoine; e PAPADOPOULOS, Ioannis. Op. cit., p. 89: “O julgamento (*trial*) se opõe, então, à ideia continental de investigação, que é dividida em quantas sessões forem necessárias e que

H., A.; D., M.; C., A.; P., C. Tradução de: P., L. A garantia do *ne bis in idem* e a proibição de recurso pelo Ministério Público ou Assistente de Acusação contra a absolvição: o precedente “Alvarado/Sandoval”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 185-210. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.569].

contestar as absolvições sem limite algum. O acusador (privado ou estatal) ainda possui no século XXI, mesmo contra a letra expressa dos Pactos de Direitos Humanos, amplos poderes para recorrer da absolvição a toda a cadeia hierárquica da organização judiciária. As garantias do *ne bis in idem*, de instância única e do direito ao recurso são, assim, tornadas letra morta.

Alguns argumentam, para justificar o injustificável, que o *ne bis in idem* toleraria a bilateralidade recursiva porque ambos os pactos proíbem a múltipla persecução contra a “sentença final” (8.4 CADH e 14.7 PIDCP). De fato, um juiz da CIDH tentou confrontar os Professores Maier e Binder com perguntas nesse sentido quando eles foram convocados como especialistas na decisão *Mohammed*. A resposta de ambos foi mais do que lógica: a sentença absolutória ao final de um julgamento público torna-se definitiva, pois o recurso é exclusivamente do condenado (8.2.h). Por outro lado, um perito francês, italiano, alemão, espanhol ou qualquer pessoa com uma mentalidade inquisitiva do *civil law* responderia: “o julgamento final é quando não há mais recursos”. Ou seja, nunca.

Devido à deformidade cultural, na Europa continental e na América Latina o risco só termina quando a Corte Suprema de Justiça de cada país se pronuncia. Imagine a demora. Ocorre que, graças à bilateralidade do recurso concedido aos promotores (e parcialmente aos assistentes de acusação), essa mesma Corte Suprema de Justiça condenou réus absolvidos²⁴, aumentou suas penas ou ordenou novos julgamentos que terminaram em condenação.²⁵

Então, qual é a segurança dessas pessoas que só foram a julgamento uma vez e que foram absolvidas, mas têm que passar *por décadas* pela provação insuportável de sucessivas etapas e que, inclusive, deverão conviver com a incerteza de não saber se, finalmente, acabarão condenadas?

A Corte norte americana em *Green v. United States* de 1957 descreveu este percurso desumano como *uma verdadeira via sacra*. Suas exatas palavras foram:

“A ideia subjacente, que está profundamente enraizada pelo menos no sistema anglo-americano de jurisprudência, é que ao Estado, com todos os seus recursos e poderes, não

procede por acumulação de provas, todas sob a forma escrita e intelectualizada. Trata-se do oposto da presença física das testemunhas requerida por ocasião do *trial*”.

24. O caso Carrascosa – pelo assassinato de María Marta García Belsunce – é um paradigma. Absolvido de um assassinato após um julgamento público, impuseram-lhe diretamente prisão perpétua em uma revisão após o apelo da acusação. Tal excesso seria inimaginável em qualquer país democrático com instituições judiciais sólidas.
25. GARAPON, Antoine; e PAPADOPOULOS, Ioannis. Op. cit., p. 93, grifos do original: “Entende-se melhor que o processo nos sistemas civilistas seja, se não um ponto de partida, pelo menos uma etapa entre outras, ao passo que em *common law*, ele é uma finalização. O importante investimento anterior do processo de *common law* mantém o centro de gravidade em primeira instância. A apelação nunca é um direito nos sistemas do *common law*; é necessário demandar uma autorização para que seu processo seja julgado novamente. O contraste é gritante entre uma justiça em que o essencial se faz no primeiro grau e uma justiça em que as vias de recurso são incontáveis.”

H., A.; D., M.; C., A.; P., C.. Tradução de: P., L. A garantia do *ne bis in idem* e a proibição de recurso pelo Ministério Público ou Assistente de Acusação contra a absolvição: o precedente “Alvarado/Sandoval”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 185-210. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.569].

se deve autorizar a fazer repetidas tentativas de condenar um indivíduo por um suposto ato, sujeitando-o assim à vergonha, a despesas, a provações e forçando-o a viver em um estado contínuo de ansiedade e insegurança, bem como aumentar a possibilidade de que, embora inocente, ele seja considerado culpado.

De acordo com essa filosofia, há muito se estabeleceu que, sob a 5ª Emenda à Constituição, um veredicto de absolvição é definitivo, colocando fim ao risco do réu e, mesmo que não esteja 'seguido de qualquer sentença, é um impedimento para uma persecução posterior pelo mesmo fato' (Estados Unidos v. Ball).

Portanto, um dos princípios elementares do nosso direito penal é que não se pode permitir um novo julgamento por meio de um recurso da acusação, mesmo que a absolvição possa parecer errada.”²⁶

6. O QUE É UM PRECEDENTE? O *STARE DECISIS*

O *stare decisis* (precedente) é a doutrina jurídica que obriga os tribunais a seguir, respeitar e observar casos históricos previamente resolvidos ao decidir um caso semelhante. O *stare decisis* garante que casos com cenários e eventos semelhantes sejam tratados da mesma maneira. Os valores que o justificam após oito séculos de vigência estão na eficiência, na continuidade do direito, na justiça ou equidade, na legitimidade e no aperfeiçoamento das decisões da Corte.²⁷

Em resumo, ele vincula os tribunais de justiça a seguir os precedentes legais estabelecidos por decisões anteriores. Ele nasceu com expressão latina; “*stare decisis et non quieta movere*”, ou seja, “aderir aos precedentes e não perturbar as coisas que estão estabelecidas”.²⁸

O *common law* orgulha-se desta tradição atemporal. “Se todas as leis do reino fossem revogadas, a Inglaterra ainda teria um sistema de Direito”, gabam-se os ingleses.²⁹

Como afirmam Garapon e Papadopoulos, “o *common law* nasce em tempos imemoriais; sempre existiu e, no entanto, não tem passado; é sempre contemporâneo com a questão que deve ser resolvida”.³⁰

26. HARFUCH, Andrés: “La firmeza (finalidad) del veredicto del jurado”. *II Congreso Internacional de Juicio por Jurados*, JUSBAIRES, outubro de 2014. p. 85 y ss.: “Dito de outra forma: os julgamentos dos juízes profissionais no *civil law* não são firmes, nem definitivos, nem finais porque, dentre muitas outras razões, as absolvições podem ser contestadas sem limites pela acusação (estatal ou privada). São meros conselhos provisórios do Rei; apenas uma tentativa de resolver o caso que precisa da ratificação das hierarquias superiores.”

27. BRENNER e SPAETH. Op. cit., p. 17.

28. BIANCHI, Alberto B. *El control de constitucionalidad*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Ábaco, 2002. t. I. p. 61.

29. GELDART, W. *Elements of English Law*. 8va. ed. Oxford University Press, 1975.

30. GARAPON, Antoine; e PAPADOPOULOS, Ioannis. Op. cit., p. 34.

H., A.; D., M.; C., A.; P., C. Tradução de: P., L. A garantia do *ne bis in idem* e a proibição de recurso pelo Ministério Público ou Assistente de Acusação contra a absolvição: o precedente “Alvarado/Sandoval”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 185-210. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.569].

O *civil law* romano, devido à sua cultura legalista atrelada ao direito codificado e às opiniões doutrinárias dos juristas, sempre esteve em aparente conflito com o precedente, considerando-o uma criação jurisprudencial do Direito. *Mas isso é um erro grave que explica, entre outras coisas, muito do descuido da nossa CSJN com suas próprias decisões.*

O que realmente importa neste momento se a norma jurídica, então legislada pelo Congresso ou pelo Parlamento nos países anglo-saxões, é previamente criada pela jurisprudência reiterada durante séculos que deu origem ao *common law*. O apego à norma jurídica do precedente é indiscutível e essa é a única coisa que interessa.³¹

7. ESTRUTURA DO PRECEDENTE

Um acórdão da Corte é composto por três partes: a *ratio decidendi*, o *obiter dictum* e o parecer divergente.

A *ratio decidendi* é o início do caso. Também é chamado de *holding*. É o coração da doutrina jurídica e a única parte da sentença que se torna autoridade. É o que forma o precedente. Um juiz da Corte iria direto ao ponto da controvérsia e escreveria sem rodeios o que deveria ser decidido. O prestígio das decisões da Suprema Corte de Justiça dos Estados Unidos se deve não apenas ao nível superlativo de seus juristas, mas, em grande parte, a essa característica.

O *obiter dictum* são as observações incidentais do juiz e as motivações pedagógicas ou docentes da sua decisão. No *common law*, classifica-se o *obiter dictum* como aquilo que é dito “por uma questão de completude e que pode ser prescindível para a solução do caso”.³² Em uma decisão equilibrada, o *obiter dictum* nunca pode ofuscar ou substituir a *ratio decidendi*. O leitor sagaz já pode imaginar em que lugar queremos chegar.

A opinião divergente é o raciocínio dos juízes cuja opinião não triunfou na votação final, mas que tratam minuciosamente a *ratio decidendi* com argumentos, por vezes, superlativos. No nosso caso, os votos dos juízes Petracchi e Bossert em “Alvarado”.

Garapon e Papadopoulos nos ensinam que o *obiter dictum* e a opinião dissidente “não vinculam jurisdições subordinadas, mas têm um papel persuasivo importante”.

31. O poder dos precedentes da Suprema Corte dos EUA é tão influente que criou leis em todo o mundo. A lei do Ministério Público do *civil law* que exige que os promotores divulguem todas as provas que eximem a culpa do réu e, portanto, favoráveis à defesa surgiu de *Brady v. Maryland* (373 U.S. 83 1963). O mais popular de todos é “*Miranda v. Arizona*” (384 U.S. 436 1966), que obrigou todos os policiais e promotores a informar imediatamente os réus detidos sobre seus direitos de defesa, seu direito ao silêncio e informar as acusações contra eles.

32. BIANCHI, Alberto. Op. cit., p. 62.

H., A.; D., M.; C., A.; P., C. Tradução de: P., L. A garantia do *ne bis in idem* e a proibição de recurso pelo Ministério Público ou Assistente de Acusação contra a absolvição: o precedente “Alvarado/Sandoval”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 185-210. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.569].

8. A RUPTURA DE UM PRECEDENTE: PREVISIBILIDADE E FLEXIBILIDADE. A RECENTE DECISÃO “RAMOS VS. LOUISIANA” SOBRE VEREDICTOS UNÂNIMES NO JÚRI

As vantagens do precedente sobre a codificação também são famosas e incontestáveis. Elas podem ser resumidas em uma combinação única: extrema previsibilidade na aplicação da lei, autoridade indiscutível e, ao mesmo tempo, flexibilidade para mudar quando necessário.

Os juízes do *common law* se apegam a precedentes e muito raramente os mudam. No entanto, eles sempre foram capazes de rejeitar os casos que consideravam “má lei” (*bad law*).

Essa mudança pode ser disruptiva ou gradual. Vejamos a primeira. A quebra de um precedente e a adoção de uma norma na direção oposta é ainda mais rara e infrequente, mas a cada algumas décadas esse fenômeno ocorre. Mencionaremos dois exemplos muito claros da Suprema Corte dos EUA: a unanimidade dos veredictos do júri e a não segregação racial nas escolas.

Há alguns dias, a Corte decidiu em “*Ramos vs Louisiana*” (2020) que os veredictos não unânimes no tribunal do júri são inconstitucionais.

Poucos na Argentina sabem que a unanimidade dos veredictos do júri não é apenas um requisito constitucional para a condenação, *mas também para a absolvição*. É a essência do *fair trial*. Quando o júri diz não culpado, é porque a defesa convenceu todos os 12 jurados. Ou, dito ao contrário: o promotor ou o assistente de acusação não convenceram sequer um único jurado. *A unanimidade entre 12 jurados é a base política sobre a qual se construiu e se entende o caráter definitivo e irrecorrível dos veredictos no tribunal do júri.* Essa é a estrutura constitucional – que mais tarde foi adotada pelos Pactos – para impedir que a acusação recorra da absolvição.³³ Obtidos nestas condições, em igualdade de armas e após um

33. HARFUCH, Andrés: *La firmeza...*, Op. cit., p. 88: “De fato, todas as garantias constitucionais – hoje cristalizadas nos Pactos – nasceram da cultura do *common law* inglês e seu sistema de júri. Eles não surgiram exatamente da cultura inquisitorial. Isso é um grande mal-entendido. Os europeus continentais, sempre desconfiados da influência cultural da Inglaterra, apresentaram-se ao mundo como ‘democráticos’ por pertencerem à tradição da Ilustração, do Iluminismo e da Revolução Francesa. Mas, a verdade é que todos esses instrumentos internacionais, as garantias constitucionais e as próprias constituições, surgiram da tradição do *common law* que começa com a Carta Magna de 1215 e é afirmada durante séculos de prática na Inglaterra. Lá, um sistema de julgamento oral, público, contraditório e adversarial foi moldado, respeitando os direitos do acusado, seu direito à defesa e perante um tribunal composto por doze de seus pares, para evitar a concentração monopólica de poder nas mãos do Estado.

Antes disso, o Iluminismo e a Ilustração surgidos no século XVI e XVII, muniram-se da experiência inglesa -que admiravam – e a transportaram para o continente europeu com a Revolução Francesa. Assim, a origem das garantias constitucionais – incluindo o direito de recurso do acusado e a proibição do acusador público ou privado de submeter o acusado a um duplo risco de persecução penal – *não surge da tradição continental europeia, que era profundamente inquisitiva, mas decorre da tradição democrática republicana e antitruste do common law.* Todos os instrumentos internacionais de direitos humanos têm sua origem indiscutível de pertencimento a esses instrumentos.”

H., A.; D., M.; C., A.; P., C. Tradução de: P., L. A garantia do *ne bis in idem* e a proibição de recurso pelo Ministério Público ou Assistente de Acusação contra a absolvição: o precedente “Alvarado/Sandoval”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198, ano 31, p. 185-210. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.569].

julgamento justo e unânime perante um número imponente de juízes, a absolvição é inabalável e qualquer outra tentativa de persecução penal viola a garantia do *double jeopardy* (*ne bis in idem*).

“*Ramos vs. Louisiana*” causou um impacto mundial.³⁴ Não só pelo seu refinado nível jurídico, ou porque estabeleceu que a unanimidade no veredicto do júri é uma garantia constitucional, mas também porque... *revogou um precedente da mesma Corte que dizia o contrário*.

De fato, em 1972, a Corte emitiu dois julgamentos conjuntos “*Apodaca vs Oregon*” e “*Johnson vs. Louisiana*”, nos quais tomou uma das decisões mais controversas da sua história: os veredictos não unânimes do júri não eram inconstitucionais.

Nunca a Corte havia se pronunciado sobre unanimidade (exceto, indiretamente, em um famoso caso de 1930),³⁵ pois ninguém havia jamais questionado que o julgamento por júri da Sexta Emenda da Constituição, herdado após sete séculos de *common law*, era um júri de 12 pessoas que moram no local dos fatos, com um *voir dire* para recusar motivada e imotivadamente seus membros, um juiz que dá instruções sobre o Direito e com um veredicto unânime e irrecorrível para a acusação.

Finalmente, um caso chegou à Corte. Foi aí quando, no exercício de sua soberania, os Estados de Oregon e Louisiana estabeleceram por lei veredictos não unânimes de 10-2 e 9-3 para certos crimes graves. Dois condenados nessas condições compareceram à Corte, argumentando que a unanimidade era uma garantia constitucional do direito ao julgamento por júri da Sexta Emenda. A Corte, em uma questionável decisão pírrica, confirmou as condenações.

Tão controversa foi essa decisão que a Corte não conseguiu sequer formar maioria, mas uma estranha “pluralidade fracionada” de 5-4. Quatro juízes consideraram que a unanimidade não era uma exigência constitucional em nível federal e/ou local. Outros quatro juízes sustentaram o oposto. O juiz Powell proferiu o quinto voto decisivo de maneira salomônica.

34. Tal é a força do precedente que Oregon e Porto Rico imediatamente anularam os veredictos por maioria. E eles o fizeram por ordem de suas supremas cortes locais, já que, devido ao coronavírus, suas legislaturas ainda não podem estar em sessão. Ademais, Oregon alterará sua Constituição local, que permitia veredictos majoritários. Louisiana já havia emendado sua Constituição em 2019 e proibido os veredictos não unânimes.

35. *Patton v. Estados Unidos* (281 U.S. 276 1930): “2. A expressão ‘julgamento por júri’, conforme utilizada na Constituição Federal (Art. III, § 2, e na 6ª Emenda) significa um julgamento feito por jurados, conforme entendido e aplicado no *common law*, e inclui todos os elementos essenciais reconhecidos neste país e na Inglaterra quando a Constituição foi adotada; a saber: (1) que o júri seja composto por 12 homens, nem mais nem menos; (2) que o julgamento deve ser na presença e sob a superintendência de um juiz com poder para instruir os jurados sobre a lei e aconselhá-los quanto aos fatos; e (3) que o veredicto deve ser unânime. 3. Esses elementos do *common law* no tribunal do júri estão incorporados às disposições da Constituição Federal a eles relativas e estão além da autoridade do legislador para destruí-los ou limitá-los.” Ver a tradução completa da decisão em espanhol em BINDER, A. e HARFUCH, A. *El juicio por jurados en la jurisprudência nacional e internacional...* Op. cit., 2016. p. 103.

Ele deu meio voto para um e meio voto para o outro. Powell argumentou que a unanimidade era um requisito constitucional em ordem federal, mas que não poderia ser imposta aos estados locais em virtude da Décima Quarta Emenda. Portanto, seu voto foi um “nenhum dos dois”; uma decisão bizarra.

É por isso que, a partir do momento que esse precedente surgiu, a sensação e a convicção de que algo havia dado muito errado foram latentes. Tratava-se de uma decisão ahistórica e assistêmica tirada com fórceps. *Bad law. De fato, 50 Estados mantiveram-se inalterados com a unanimidade.* Nenhum se apressou em mudar a lei. As investigações empíricas dispararam para demonstrar que os veredictos de 10-2 ou 9-3 não correspondiam à qualidade deliberativa do veredicto unânime e que o precedente contrariava uma tradição constitucional intocada que remontava a 1367.

Após 48 anos, chegava a hora de sua substituição por uma decisão superlativa como *Ramos vs. Louisiana*.³⁶ O estranho era que o início do caso (*ratio decidendi*) não era o problema. A unanimidade do veredicto como exigência constitucional estava fora de discussão. O tempo decorrido tinha amadurecido a decisão; o fato foi notado na votação final (6-3). Mas, qualquer um que leia a decisão percebe que a verdadeira encruzilhada que os juízes supremos tiveram foi o enorme custo político de ter que derrubar um precedente da própria Corte. Quase um tabu. E era assim que se vivia nos Estados Unidos.

A partir do momento em que a Corte anunciou que discutiria o caso, a simples ideia de que um precedente anterior desse calibre poderia ser derrubado ganhou a primeira página dos jornais de todo o país. Dezenas de petições *de amicus curiae* foram apresentadas a favor e contra a unanimidade e/ou revogação de um precedente consolidado. Houve debates públicos em canais de TV, universidades e até publicações acadêmicas. A audiência pública em que a Corte ouviu as partes foi seguida por milhões de pessoas nas redes sociais. *Essa é a força comunitária do precedente.*

A peculiaridade do caso é que os três votos minoritários não foram para defender a constitucionalidade do veredicto não unânime (com a qual eles não concordavam), mas para sustentar que os precedentes “*Apodaca*” e “*Johnson*” não poderiam ser revogados. Os juízes Alito, Roberts e Kagan consideraram que a Corte deveria aderir estritamente ao *stare decisis* de 1972, uma vez que Oregon e Louisiana o haviam aplicado por mais de 40 anos.

Esse tipo de respeito quase sacrossanto pelo precedente é o que estamos sustentando aqui para a nossa CSJN.

O segundo exemplo de uma ruptura com o precedente foi “*Brown vs. Board of Education*” (1954), no qual a Corte repudiou sua própria doutrina “*Separados-Mas-Iguais*” que havia estabelecido na decisão “*Plessy vs. Ferguson*” (1896). Até então, os afro-americanos

36. BINDER, Alberto; e HARFUCH, Andrés. La unanimidad del veredicto del jurado. *Colección Juicio por Jurados y Participación Ciudadana*, n. 9, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2020, en prensa, p. 94: O livro é uma homenagem à decisão “*Ramos v. Louisiana*” e inclui sua tradução completa em castelhano e o *amicus curiae* apresentado por Valerie Hans, Shari Diamond e os mais famosos professores de Direito dos Estados Unidos.

H., A.; D., M.; C., A.; P., C. Tradução de: P., L. A garantia do *ne bis in idem* e a proibição de recurso pelo Ministério Público ou Assistente de Acusação contra a absolvição: o precedente “*Alvarado/Sandoval*”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198, ano 31, p. 185-210. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.569].

não podiam frequentar as mesmas escolas que os brancos. A Corte ignorou o *stare decisis* e renunciou a um precedente legal que legitimava a segregação racial nas escolas há mais de 60 anos. *Good law*.

9. A MUDANÇA GRADUAL DO PRECEDENTE: CORREÇÕES

O *stare decisis* também permite variações importantes – sem alterar seu princípio geral – a fim de responder a situações não previstas quando o precedente foi criado. Um exemplo clássico que causou e causa surpresa desde então em termos de exclusão probatória foi a *teoria da árvore envenenada*. Atos processuais regulares obtidos com fonte em ato irregular são nulos e sem efeito, decidiu a Corte com o voto de um dos melhores juízes de sua história, Felix Frankfurter.³⁷

Ao longo dos anos, a mesma Corte moderou ligeiramente essa doutrina e, assim, surgiu a doutrina da *descoberta inevitável* (eles não são nulos se tiverem sido descobertos inevitavelmente)³⁸ ou a *fonte independente* (a nulidade é sanada e os atos inválidos reabilitados se puderem ser obtidos de outra fonte independente).³⁹

10. OS DOIS PRIMEIROS CASOS DA CSJN: "ARCE" E "ALVARADO"

A CSJN não conseguiu sentenciar o que sua contraparte americana estabeleceu tão claramente em 1957 em "*Green vs US*". Apenas os votos corajosos dos juízes Petracchi e Bosser se atreveram a fazê-lo. Admitamos que a Corte dos EUA teve mais facilidade: todo seu *background* cultural aceitaria facilmente a proibição de um recurso da acusação contra a absolvição por violar o *double jeopardy*. Na verdade, era só reconhecer uma prática pacífica há séculos.

Nossa Corte, por outro lado, iniciou um caminho de consolidação da regra, mas o fez de maneira muito mais tímida, errática e distorcida do que sua contraparte americana. O cenário era exatamente o oposto. Era necessário proibir uma regra que era exercida sem discussão desde a era do vice-reinado e que na Metrópole espanhola era praticada desde a Idade Média. Mas o Pacto de San José de Costa Rica enterrou essa possibilidade e impôs uma mudança de paradigma inevitável em relação ao recurso, que agora é um direito humano individual do acusado e somente dele.

A Corte começou de maneira não muito acertada sua nova doutrina jurídica no precedente "Arce", em 1997. Mas, pelo menos, definiu de forma importante outra questão crucial

37. *Nardone v. Estados Unidos* (308 U.S. 338 (1939)). A doutrina igual já estava vigente muito antes, embora não com esse nome (*Silverthorne Lumber Co. v. Estados Unidos*, 251 U.S. 385 (1920)).

38. *Nix v. Williams*, 467 EUA 431 (1984).

39. *Murray v. Estados Unidos*, 487 U.S. 533, 537 (1988).

para o futuro: *Qual é o significado do termo “pessoa” enunciado no art. 8.2.h da CADH? Resolver a questão era fundamental, sobretudo para determinar se a vítima também tinha algum direito convencional ao recurso, como pessoa humana individual.*

A CSJN aqui foi categórica e não usou meios termos. Da comparação da CADH com o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, a CSJN respondeu que

“[...] a combinação de ambas as normas mostra que a *garantia do direito ao recurso foi consagrada apenas em benefício do acusado*. Pode-se concluir, então, que, uma vez que o Ministério Público é um órgão do Estado, e não o destinatário do benefício, ele não está coberto pela norma com hierarquia constitucional, *sem que isso impeça o legislador de, caso considere necessário, conceder-lhe os mesmos direitos.*” (Grifos do original).

Julio Maier até hoje expressa sua amargura por esta última frase destacada, que é a própria negação da garantia do recurso do Pacto.

“A sentença ‘Arce’ da Corte Suprema de Justicia de la Nación adere a esta versão tímida da garantia judicial para o acusado, uma vez que, apesar de reconhecer o direito do condenado a recorrer, adverte que a lei processual pode conceder um recurso a qualquer acusador contra a sentença de um julgamento criminal que não respalde plenamente sua acusação e a sua demanda criminal. Decisões como esta [...] equivalem a desfigurar as palavras da lei, neste caso constitucional, a ponto de fazê-las perder todo o sentido racional.”⁴⁰

O berço dessa doutrina que supera e respeita a norma constitucional encontra-se na dissidência conjunta dos juízes Petracchi e Bossert no segundo precedente da saga, “*Alvarado*” (1998). A maioria da Corte voltou a admitir o recurso da acusação contra a absolvição e ordenou um novo debate, apesar do disposto na Convenção, mas o voto divergente foi o que passou para a posteridade. Ele constitui o núcleo duro do *stare decisis* que a maioria da Corte manterá (apesar da própria Corte).

Petracchi e Bossert fizeram uma revisão exaustiva de todos os precedentes da Suprema Corte dos EUA sobre o *double jeopardy* posteriores ao *leading case* “*Green vs US*”⁴¹ e concluíram que não era constitucionalmente possível submeter Alvarado a um novo risco de

40. MAIER, Julio. Transformer ¿recurso del condenado? In: *Mientras estás conmigo*. ... Buenos Aires: Editorial Ad Hoc, 2017. p. 304. Disponível em: [www.juicioporjurados.org/2016/02/julio-maier-des-taca-sentencia-de.html#more].

41. “*Benton v. Maryland*”, 395 EUA 784-1969; “*Ludwig v. Massachusetts*”, 427 U.S. 618-1976; “*Estados Unidos v. Martin Linen Supply Co.*”, 430 EUA 564 -1977-; “*Smalis et al. V. Pensilvânia*”, 476 E.U.A. 140 anos - 1986 e “*Justices of Boston Municipal Court v. Lydon*” 466 EUA 294 -1984.

condenação, após ele ter sido absolvido por meio de um julgamento concluído com observância às formalidades do processo.

Apenas um parágrafo: “Portanto, quer o julgamento seja perante um júri ou um tribunal técnico [*bench*], submeter o réu – após sua absolvição – a um processo para determinar os fatos, seja com o objetivo de provar sua culpa ou inocência, viola a cláusula do *non bis in idem*”.

Além disso, equipararam essa doutrina jurídica ao citado “*Mattei*” (Acórdãos: 272:188, 1968). Fizeram isso sem qualquer esforço, uma vez que em *Mattei* os princípios da progressividade e da preclusão foram operacionalizados para evitar submeter um acusado, por uma culpa que não era sua, às penosas contingências de um julgamento criminal, segundo razões de segurança jurídica e a necessidade de administrar a justiça num prazo razoável, em estrito respeito pelo princípio material da dignidade humana.

Assim, chegamos aos parágrafos 13 e 14 do voto de Petracchi-Bossert:

“13) Que tais precedentes confirmam a decisão que, com base no pronunciamento de ‘*Mattei*’, já era possível antecipar. Uma sentença de absolvição emitida após um julgamento validamente concluído exclui qualquer possibilidade de reabrir o debate por consequência de uma contestação acusatória. Uma decisão diferente daria ao Estado uma nova oportunidade de levar a cabo o seu pedido de condenação, em clara violação ao princípio constitucional do *non bis in idem* e suas consequências, a progressividade e preclusão dos atos do processo.

14) Portanto, qualquer que seja o argumento pelo qual o pedido de novo julgamento esteja embasado, a verdade é que – em casos como este – para o réu absolvido, isso constitui novo julgamento, basicamente idêntico ao primeiro, em que sua honra e liberdade são novamente colocadas em risco. Isso basta, portanto, para que a garantia do *non bis in idem* impeça o Estado de provocá-la.”

11. A RECEPÇÃO DA DOCTRINA PELA MAIORIA DA SUPREMA CORTE: “ALVARADO/SANDOVAL”

Com a posse do novo governo em 2003, quatro juristas de grande prestígio foram incorporados à Corte e esse voto divergente tornou-se maioria no caso “*Sandoval*” (2010), decisão que constitui, assim, o *leading case* a partir do qual já é possível sustentar que, de acordo com a interpretação da Corte Suprema de Justicia de la Nación, ao aceitar que o promotor ou assistente de acusação têm o direito de recorrer contra as absolvições, viola-se a garantia de *non bis in idem* e, por conseguinte, qualquer disposição a este respeito é inconstitucional.⁴²

42. Mesmo quando, ao contrário do que aconteceu em “*Alvarado*”, não só a sentença absolutória, mas também o próprio julgamento em si, tinham sido declarados nulos.

H., A.; D., M.; C., A.; P., C. Tradução de: P., L. A garantia do *ne bis in idem* e a proibição de recurso pelo Ministério Público ou Assistente de Acusação contra a absolvição: o precedente “*Alvarado/Sandoval*”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 185-210. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.569].

Como passo intermediário para essa consagração plena, no entanto, não devemos omitir o binômio formado pelos casos “Kang” e “Lagos Rodas” (2007). Nestes casos, embora a Corte não tenha resolvido o mérito da questão e tenha se enrolado em *obiter dictums* muito longos e desconcertantes, ela também afirmou que a *Cámara Nacional de Casación Penal*, ao dar provimento ao recurso do Ministério Público, anulando a absolvição e ordenando a realização de um novo julgamento, havia omitido a decisão sobre a demanda ligada à violação do *non bis in idem*. A Corte, por maioria, afirma que essa regra “não apenas proíbe a aplicação de uma segunda pena para o mesmo fato, mas também a exposição ao risco de isso acontecer”. Não é por acaso, portanto, que os juízes Petracchi, Zaffaroni, Argibay e Maqueda tenham se referido, nem mais nem menos, à minoria em “Alvarado” para decidir desta forma.

Assim começa a consolidar-se a doutrina da Corte desde aquela dissidência transcendental e histórica dos juízes Petracchi e Bossert, justamente quando o tribunal intermediário foi obrigado a decidir sobre o delito da proibição contra a dupla incriminação de acordo com esse *standard*.

Este posicionamento não é outro senão aquele que três anos depois a Corte expressaria em “Sandoval”. Sandoval foi absolvido a pedido do promotor em suas alegações finais em um tribunal de primeira instância na província de Río Negro. O assistente de acusação recorreu da absolvição e, quando o caso chegou no Superior Tribunal de Justiça provincial, anulou-se parcialmente a sentença e o julgamento, remetendo o caso para que o tribunal de origem julgasse outra vez. A base dessa decisão foi que a turma julgadora, diante das contradições dos peritos, aplicou a presunção de inocência quando – para aquela mais alta instância provincial – deveria, em vez disso, ter tido uma opinião final de um especialista para resolver, de ofício, a controvérsia (ou seja, para condenar de qualquer forma).

Sandoval foi julgado pela segunda vez e finalmente condenado. A defesa percorreu o interminável caminho de recursos e instâncias e, assim, chegou à CSJN com a demanda concreta da proibição do *non bis in idem*, que culminou na realização do segundo julgamento, que terminou por condená-lo, graças a um recurso inconstitucional concedido à vítima (assistente de acusação).

Assim, a Corte teve diante de si a oportunidade de se pronunciar sobre o mérito e aplicar esse *standard* de Petracchi e Bossert. Anulou a *apelación interposta pelo assistente de acusación* com o voto de quatro de seus membros, sendo três deles – Lorenzetti, Petracchi e Fayt – com referência direta à minoria em “Alvarado”, e o quarto – Zaffaroni – chegando à mesma conclusão, mas enfatizando que a falta observada, motivo pelo qual foi declarada a nulidade do primeiro julgamento, não foi atribuível ao acusado. Portanto, os princípios de preclusão e progressividade analisados supra tiveram que ser aplicados, o que levou a uma decisão de acordo com o precedente “Polak” (Acórdãos: 321:2826), segundo o qual “o Estado não tem direito a um novo julgamento quando é ele quem origina esses erros, porque a situação é equivalente a uma falha na apresentação do caso”.

Este precedente histórico “Alvarado/Sandoval” foi reafirmado no final de 2011, quando o caso “Kang” foi levado ao conhecimento da Corte. Ocorre que, em decorrência do que foi

decidido em 2007 nos mesmos autos, a *Cámara Nacional de Casación Penal* concedeu o recurso defensivo, entendeu que o *non bis in idem* havia sido violado e, consequentemente, negou ao Ministério Público a possibilidade de recorrer da absolvição. O Procurador-Geral fez um esforço no seu parecer para ressuscitar a decisão “Arce” do mundo dos mortos, salientando que não tinha sido a acusação que causou o erro, e sim o tribunal de primeira instância que absolveu o acusado ao apontar deficiências probatórias da acusação, sendo que tinha sido o próprio tribunal que teria rejeitado as provas oferecidas pela parte na fase preliminar.

Com base nessa premissa, o Procurador concluiu que o Promotor não seria afetado pela proibição da dupla incriminação, uma vez que ele não havia causado ditas deficiências. Esses argumentos sem sentido algum, não é demais dizer, não influenciaram nem um pouco a Corte, que, ao contrário, destacou que a deficiência apontada era alheia ao acusado, fato decisivo e relevante para tornar operacional a garantia do *non bis in idem* (votos concordantes de Lorenzetti, Fayt, Petracchi e Maqueda), que mais uma vez se referiu ao precedente “Alvarado/Sandoval”.

12. O DESCASO COM O PRECEDENTE “ALVARADO/SANDOVAL”

Por que esse precedente passou despercebido? Por que durante os sete anos em que a CSJN jamais admitiu um recurso contra a absolvição, essas normas não foram revogadas nos códigos de processo penal argentinos? Por que não se buscou seu fiel cumprimento pelas instâncias inferiores? Por que a Corte escondeu um precedente de tal magnitude e que foi primorosamente construído? Por que anos mais tarde e de forma tão negligente foram admitidos três casos anódinos e desconhecidos por meio de um recurso da acusação contra a absolvição, como se *Alvarado/Sandoval* nunca tivesse existido?

Parte da resposta a essas perguntas é exposta com clareza cristalina por Alejandro Carrió. O autor é lapidário com o estilo exasperante de sentenciar da Corte e suas decisões históricas –que deve ser alterada a inconstitucional – para assumir-se como a *terceira instância ordinária* de apelação em diversas esferas (cível, comercial, previdenciária, trabalhista, com milhares de julgamentos anuais e, obviamente, sem audiências públicas).

“Muitos casos, com muitos fundamentos dos diferentes juízes da Corte ao longo dos anos, conspiram seriamente sobre a tentativa de trazer ordem a esta questão complexa. A tendência dos juízes da Suprema Corte, especialmente com sua mais recente integração, *de escrever muito e concordar pouco*, transformou a tarefa dos comentaristas em um empreendimento laborioso e com uma margem de erro apreciável. É possível que os juízes não percebam o desserviço que prestam à administração da justiça quando, para a solução de uma gama de casos, tantos e tão variados fundamentos são oferecidos com pouca observância à doutrina do precedente.”⁴³

43. CARRIÓ; Alexandre. Op. cit., p. 660, grifos do original.

H., A.; D., M.; C., A.; P., C. Tradução de: P., L. A garantia do *ne bis in idem* e a proibição de recurso pelo Ministério Público ou Assistente de Acusação contra a absolvição: o precedente “Alvarado/Sandoval”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 185-210. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.569].

A Corte pode reverter rapidamente este rumo errante. De fato, ela já deu um grande passo ao adotar o hábito saudável da Corte norte-americana de anunciar sua agenda de casos a cada semestre. Mas é impossível deter-nos aqui nesses problemas. Apesar dela mesma, os precedentes existem e estão lá.

13. FINAL

Ninguém melhor do que Binder – que inspirou este trabalho e descobriu a validade do precedente – para concluir. Em palavras simples, Binder detalha esse descaso com “*Alvarado/Sandoval*” e ratifica *que não houve revogação do referido precedente porque não houve expressamente argumento contrário*:

“Uma transcrição mais longa dos votos dos ministros Petracchi e Bossert foi necessária porque a própria Corte parece querer escondê-los – apesar de tomá-los como sua própria doutrina – quando, na verdade, eles têm grande relevância. Com o leading case Sandoval/Alvarado, voltamos ao que já havia sido claramente anunciado no parecer do Procurador-Geral no caso ‘Martínez de Perón’ e que hoje podemos dizer que constitui a doutrina central da Suprema Corte em relação ao non bis in idem: ‘o Estado, com todos os seus recursos e poderes, não deve ser autorizado a fazer repetidas tentativas de condenar um indivíduo por um suposto crime, sujeitando-o, assim, a perturbações, despesas, sofrimentos e forçando-o a viver em um estado contínuo de ansiedade e insegurança, aumentando também a possibilidade de que, mesmo sendo inocente, seja considerado culpado [...]. Assim, um dos princípios elementares de nosso Direito Penal estabelece que o Estado não pode dar início a um novo julgamento por meio de um recurso, mesmo quando a absolvição possa parecer errônea.

Em ‘Sandoval/Alvarado’ extrai-se a consequência mais direta: a absolvição exclui qualquer possibilidade de posterior processo criminal pelo mesmo fato. E não basta apontar, como diz a própria Corte, que o novo julgamento é diferente do primeiro, visto que, ao julgar novamente os fatos daquele caso, trata-se do mesmo caso. O problema da invalidade do julgamento, que já desenvolvemos anteriormente, permanece.

Uma interpretação de acordo ao entendimento da Corte apenas permite a anulação do julgamento em casos muito graves, com base na quebra intencional das formas essenciais ou em casos de prevaricação. Por fim, com muito esforço e pouca clareza, a Corte estabelece uma doutrina que remete à interpretação própria da tradição acusatória. Todas as outras ideias de unidade de processo, de validade do recurso, de reavaliação de provas são, segundo a doutrina da Corte, inadmissíveis segundo o sentido desse princípio constitucional.”⁴⁴

44. BINDER, Alberto. Op cit., p. 856.

H., A.; D., M.; C., A.; P., C. Tradução de: P., L. A garantia do *ne bis in idem* e a proibição de recurso pelo Ministério Público ou Assistente de Acusação contra a absolvição: o precedente “Alvarado/Sandoval”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 198. ano 31. p. 185-210. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2023. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v198i198.569].

Mais de 25 anos se passaram desde a adoção da Constituição Argentina ao Pacto de San José Costa Rica, e ainda está em vigor em todos os códigos processuais penais – ou pelo menos em sua grande maioria – a contemplação por essas regras que permitem à acusação recorrer contra a absolvição. Naturalmente, a única exceção solitária e que tem sido pacificamente admitida também pelos tribunais superiores de cada província é a incorporação do tribunal por júri, onde ante um veredicto de não culpabilidade emanado não se admite, em absoluto, qualquer recurso por parte do Ministério Público ou assistente de acusação.

Este é o verdadeiro sentido de todas as garantias.

14. REFERÊNCIAS

- BIANCHI, Alberto B. *El control de constitucionalidad*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Ábaco, 2002. t. I.
- BINDER, Alberto. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc, 2020. t. V. no prelo.
- BINDER, Alberto & HARFUCH, Andrés (Dir.). El juicio por jurados en la jurisprudencia nacional e internacional. Sentencias comentadas y opiniones académicas del common law, del civil law y de la Corte Europea de Derechos Humanos. *Colección Juicio por Jurados y Participación Ciudadana*, n. 5, Tomo A, p. 293 y ss., Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2016.
- BINDER, Alberto; e HARFUCH, Andrés. La unanimidad del veredicto del jurado. *Colección Juicio por Jurados y Participación Ciudadana*, n. 9, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2020.
- BRENNER, Saul; e SPAETH, Harold J. “*Stare indecisis*. Las alteraciones del precedente en la Corte Suprema, 1946-1992”. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2017.
- CARRIÓ, Alejandro. *Garantías constitucionales en el proceso penal*. 6ta. ed. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2020.
- GARAPON, Antoine; e PAPADOPOULOS, Ioannis. Juzgar en Estados Unidos e na França. *Legis*, Colômbia, 2006.
- GELDART, W. *Elements of English Law*. 8va. ed. Oxford University Press, 1975.
- GOMARA, Juan Pablo. ‘La tensión entre el derecho a la revisión del fallo condenatorio y el recurso del acusador. Comentarios al fallo “Colman” de Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia’. *REVISTA PENSAMIENTO PENAL*. ISSN: 1853- 4554. 29 de mayo de 2020.
- HARFUCH, Andrés. La firmeza (finalidad) del veredicto del jurado. *II Congreso Internacional de Juicio por Jurados*, JUSBAIRES, outubro de 2014.
- MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal: Fundamentos*. 2. ed. Editores del Puerto, Bs As, 1996. t. I.

MAIER, Julio. Transformer ¿recurso del condenado? In: *Mientras estás conmigo*. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc, 2017.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Penal; Processual; Internacional

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Funções, métodos e limites do direito penal comparado, de Albin Eser e Luiz Henrique Carvalheiro Rossetto – *RBCCrim* 178/19-46;
- Intersecção entre o direito penal e o direito administrativo sancionador e aplicação do *ne bis in idem*, de Daniele Machado Toledo – *RDPEC* 14/107-128;
- O dever constitucional de não incorrer em bis in idem: identificação do concurso aparente entre normas penais e administrativas e a prevalência da esfera penal, de Sirlene Nunes Arêdes – *RBCCrim* 155/175-212; e
- O mandado de detenção europeu: a questão do ne bis in idem no espaço penal da união europeia, de Bernardo Araujo da Luz – *RBCCrim* 179/71-104.