

# Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

# Seção I

Direitos Humanos

# O princípio do *ne bis in idem* e a Constituição Brasileira de 1988

Rodolfo Tigre Maia\*

**Sumário:** 1 Introdução. 1.1 Objeto e estrutura. 2 Questões preliminares. 2.1 A cláusula aberta e a efetividade dos direitos fundamentais. 2.1.1 Origens históricas e significado do art. 5º, §§ 1º e 2º, da Constituição de 1988. 2.1.2 Força normativa constitucional. 2.2 Direitos fundamentais formais e materiais. 2.2.1 Cabimento de um conceito material de direito fundamental. 2.2.2 A exegese do art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988. 2.2.3 Principais orientações teóricas sobre a materialidade dos direitos fundamentais. 3 O princípio do *ne bis in idem*. 3.1 Noção preliminar. 3.2 Origens históricas. 3.2.1 Direito consuetudinário (*common law*). 3.2.2 Direito continental (*civil law*). 3.3 Situações de expressa previsão constitucional do princípio. 3.3.1 Estados Unidos: a cláusula do *double jeopardy* e a 5ª Emenda Constitucional. 3.3.2 Portugal: o art. 29º, n. 5, da Constituição de 1976. 3.4 Manifestações do princípio no direito brasileiro. 3.4.1 A legislação infraconstitucional brasileira. 3.4.1.1 Leis ordinárias. a) O Estatuto dos Estrangeiros e a extradição passiva. b) Código Penal: a aplicação da lei penal no espaço e sentença estrangeira. c) Código de Processo Penal: litispendência, coisa julgada e revisão criminal. 3.4.1.2 Normas convencionais. a) Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da ONU. b) Convenção Americana de Direitos Humanos. 3.4.2 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 4 *Ne bis in idem* e direitos fundamentais expressos na Constituição Federal de 1988. 4.1 As principais facetas do princípio. 4.1.1 *Bis in*

---

\* Carlos Rodolfo Fonseca Tigre Maia é Professor Agregado de Direito Penal do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro e Procurador Regional da República no Estado do Rio de Janeiro.

*idem* interno, internacional e extradicional. 4.1.2 *Bis in idem* formal e material. 4.1.3 A identidade de fatos. 4.2 *Ne bis in idem* e valores constitucionais expressos: presença da proporcionalidade. 4.3 *Ne bis in idem* formal e o princípio da intangibilidade da coisa julgada (art. 5º, XXVI, da CF). 4.4 *Ne bis in idem* material e o princípio da legalidade penal (art. 5º, XXXIX, da CF). 5 Conclusões.

## 1 Introdução<sup>1</sup>

### 1.1 Objeto e estrutura

O presente estudo tem por escopo precípua discutir o tema da inserção do princípio sintetizado na fórmula latina *ne bis in idem* – exclusivamente nos seus aspectos criminais – no quadro dos direitos fundamentais amparados pela Constituição brasileira de 1988. De imediato, diante da ausência de sua enunciação expressa entre os 78 incisos que consubstanciam o elenco dos “direitos e deveres individuais e coletivos” constantes do seu art. 5º, impõe-se uma discussão preliminar em torno de validade gnosiológica dessa meta. Admitindo-se seja superável tal obstáculo formal prévio, tentaremos desnudar aquele substrato principiológico mínimo sem o qual desapareceria sua relevância jurídica e constatar seu ajustamento aos termos em que tradicionalmente surge no direito positivo brasileiro. Nesse contexto, em um segundo momento, cuidar-se-á da explicitação do conteúdo essencial corporificado pelo princípio estudado e da verificação de se este efetivamente encontra assento na categoria normativo-constitucional na qual se pretende esteja inserido.

À guisa de pressuposto lógico-jurídico de nossa abordagem (e que será apenas sumariamente gizado), pois, para responder à nossa primeira indagação, impende discutir a questão da efetiva viabilidade de ampliação daquele rol para além dos preceitos ali expressa e

---

<sup>1</sup> A redação original do texto foi efetuada no âmbito da disciplina Direitos Fundamentais, no mestrado em Ciências Jurídico-Criminais da Universidade Clássica de Lisboa, cursado pelo autor graças ao convênio da Escola Superior do Ministério Público da União e à autorização do Conselho Superior do Ministério Público Federal. O trabalho aqui apresentado é a versão modificada daquele relatório.

copiosamente enunciados. Como se sabe, têm sido admitidos direitos fundamentais fora do catálogo ou que formalmente não integram a Constituição<sup>2</sup>, que podem resultar da afirmação autônoma de sua própria essencialidade (material), como decorrência da existência prévia de outro(s) direito(s) expressamente reconhecido(s) com ele(s) imbricado(s) (derivação). Assim, à partida será necessário proceder ao questionamento acerca da admissibilidade e do conteúdo de um conceito material de direitos fundamentais e, ainda neste plano, caberá estabelecer os parâmetros gerais em que se admite o processo de derivação dos direitos fundamentais que pode resultar no reconhecimento da existência de outros não diretamente explicitados.

Em um segundo momento, à míngua de uma formulação constitucionalmente explicitada, torna-se necessário delinear previamente um conteúdo essencial do *ne bis in idem* para reconhecer sua efetiva presença em nosso ordenamento jurídico. Para colaborar nessa tarefa recorreremos ao direito comparado, buscando subsídios nos sistemas normativos dos Estados Unidos e de Portugal, que, embora tendo matrizes jurídicas diferenciadas, possuem explícita previsão constitucional do princípio. Para assegurar a utilidade metodológica dessa estratégia no atingimento de nossos objetivos, entretanto, essa noção preliminar deverá ser complementada e ajustada às especificidades decorrentes do ordenamento jurídico brasileiro. O que será encetado mediante um processo de (re)construção normativo-jurisprudencial do princípio estudado, qual seja, a partir da análise crítica de sua explicitação em normas infra-constitucionais, internas ou internacionais, bem como, ainda, do delineamento do seu perfil operacional como resultante da sua discussão na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Depois de fixados dessa maneira os contornos da categoria heurística, tratar-se-á de verificar se ela (em seu conjunto ou ao menos por meio de algumas de suas facetas) efetivamente possui *status* de direito constitucional fundamental, quer por inferência imediata de sua possível proeminência intrínseca, quer por

---

<sup>2</sup> Como é de comum sabença, podem existir direitos fundamentais inseridos no próprio corpo da Constituição, fora dos dispositivos especificamente a eles destinados.

força de sua eventual articulação mediata com outros direitos fundamentais já expressos pela própria Constituição.

## 2 Questões preliminares

### 2.1 A cláusula aberta e a efetividade dos direitos fundamentais

Ao menos na vertente europeia ocidental e nas formações sociais nela inspiradas, o modelo de Estado Constitucional moderno passou a caracterizar-se<sup>3</sup>:

- (a) por sua estruturação como Estado Democrático de Direito<sup>4</sup>;
- (b) pelo estabelecimento de mecanismos restritivos a serem observados na modificação das normas integrantes da Carta Política<sup>5</sup>;
- (c) pela adoção do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento máximo do estalão de valores constitucionais<sup>6</sup>;
- (d) pelo reconhecimento e constitucionalização dos direitos do homem<sup>7</sup>.

---

<sup>3</sup> Para um inventário histórico/conceitual dos traços mais marcantes dos paradigmas constitutivos do novo Estado Constitucional, por todos, remete-se a Häberle (2003).

<sup>4</sup> Para uma elaborada teorização do Estado de Direito, com ênfase na transição do arquétipo do liberalismo possessivo para o modelo social e democrático, consulte-se o contributo de Novais (1987). As Constituições republicanas brasileiras, em geral, consagram os princípios basilares do Estado de Direito, aliás outra conclusão não resulta do art. 179, § 1º, da Constituição imperial de 1822. Assim, e. g., dispunha o art. 72, § 1º, da Constituição de 1891 que “Ninguém pode ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei”, e a Constituição de 1934, por seu turno, continha dispositivo virtualmente idêntico: “Ninguém será obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei” (art. 113, 2). A Constituição do Estado Novo de 1937 não contém disposição análoga.

<sup>5</sup> Aliás, há muito reconhecida alhures: “É preceito claro demais para ser contestado que a Constituição se sobrepõe a qualquer ato legislativo contrário a ela [...] Entre as alternativas não há meio-termo. Ou bem a Constituição é uma lei mais alta, suprema, inalterável por meios ordinários, ou está no nível dos atos legislativos comuns, e, assim, é alterável quando à legislatura aprouver. Se a primeira é correta, então um ato legislativo contrário a Constituição não é lei; se a segunda é a correta, então as Constituições escritas não passam de tentativa da parte do povo para limitar um poder de natureza ilimitável” [Justice Marshall, 5 U.S. (1 Cranch) 137; 2 L. Ed. 60 (1803)].

<sup>6</sup> Nesse diapasão de inspiração kantiana, os arts. 1º e 2º da Constituição da República Portuguesa de 1982 (doravante CRP de 1976) e o art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (doravante CF de 1988). Para uma análise da própria “humanidade como valor básico do Estado constitucional”, consulte-se o ensaio, com esse título, de Häberle (in MERLE; MOREIRA, 2003, p. 53-66).

Nesse quadro mais geral é que os direitos fundamentais adquirem um relevo e uma transcendência de tal ordem que pode-se mesmo afixar, na esteira da melhor construção doutrinária, que passaram a ser a marca característica do constitucionalismo atual. Configuram o elemento de diferenciação dos demais períodos da história constitucional, além de fornecer o balizamento político, social e econômico que permite definir a verdadeira identidade e finalidade de uma dada organização estatal<sup>8</sup>. Será a postura adotada pelo aparelho de Estado em relação ao reconhecimento, ao respeito e ao atendimento dos direitos fundamentais de seus súditos que definirá o maior ou menor grau de amadurecimento democrático e de justiça social de determinada nação.

Dentre a pleora de formulações existentes, em uma perspectiva mais estrutural, assumimos como definição formal prévia de direito fundamental aquela que reconhece como tais “os direitos subjetivos que universalmente são reconhecidos a ‘todos’ os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoas, de cidadãos ou de pessoas capazes de agir; entendendo por ‘direito subjetivo’ qualquer expectativa positiva (a prestação) ou negativa (a não-lesão) adscrita a um sujeito por uma norma jurídica e por *status* a condição de um sujeito também ela prevista em uma norma jurídica positiva como pressuposto da sua idoneidade para ser titular de situações jurídicas e/ou autor de atos no seu exercício” (FERRAJOLI)<sup>9</sup>.

Esses direitos revestem-se, desde logo, como aponta Alexy (2002, especialmente p. 503 e ss.), de uma dupla fundamentalidade, formal e material. A primeira reflete sua pertinência objetiva ao conjunto normativo que configura o ápice estrutural da ordem jurídica

---

<sup>7</sup> Aprendendo com o desastre decorrente da possibilidade de alteração legislativa ordinária da carta de direitos, como facultado pela Constituição de Weimar (nesse sentido: BACHOF, 1994, p. 12). Muitas vezes, inclusive, erigindo aqueles direitos e garantias à dignidade de cláusula pétrea. Assim, e. g., claramente o art. 60, § 4º, da CF de 1988. De modo menos evidente, mas, ao menos em tese, com o mesmo alcance, dispõe o art. 288º, d, da CRP de 1976.

<sup>8</sup> Nesse exato sentido, dentre muitos, Perez Luño (1995, p. 19 ss.) e Canotilho (2002, p. 377).

<sup>9</sup> Una definizione del concetto di diritti fondamentali. In: *Diritti fondamentali*. Disponível em: <<http://www.ristretti.it/areestudio/territorio/opera/documenti/approfondimento/diritti.htm>>. Acesso em: 4 jun. 2004.

(a Constituição), vinculativo de todos os demais segmentos do poder estatal (Executivo, Legislativo e Judiciário)<sup>10</sup>. A fundamentalidade material, por sua vez, resulta do fato de que exatamente “com elas se tomam decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade” (ALEXI, 2002, p. 505)<sup>11</sup>.

### 2.1.1 Origens históricas e alcance do art. 5º, §§ 1º e 2º, da Constituição de 1988

De outra parte, principalmente em razão de haver emergido de um processo político de superação de um regime ditatorial, inimigo das liberdades públicas e cerceador das garantias constitucionais, a Constituição Brasileira de 1988, aos moldes de outros diplomas produzidos no mesmo contexto histórico<sup>12</sup>, buscou dotá-los de imediata efetividade e tentou ampliar ao máximo o elenco dos direitos fundamentais nela positivados<sup>13</sup>. Além disso, como resulta do teor do § 2º do seu art. 5º, os direitos fundamentais que consagra foram enunciados em um rol não-taxativo, manifestando uma opção constitucional pelo que foi apropriadamente designado pela doutrina por

---

<sup>10</sup> Alexy (2002, p. 503-504) distingue ainda entre o modelo puramente procedimental (no qual a Carta possui apenas dispositivos de organização e procedimentos de poder e, em consequência, os direitos fundamentais são despidos de potência vinculativa) e o modelo puramente material (à partida, segundo o autor, marcado por sua inviabilidade concreta e no qual “a Constituição contém exclusivamente normas materiais a partir das quais, através de operações metódicas, qualquer que seja sua configuração, pode obter-se o conteúdo de cada norma jurídica do sistema jurídico”), para concluir que, sob o ponto de vista formal, uma Constituição sempre tem um caráter misto, material/procedimental (2002, p. 505). Do que decorre que “para além dos conteúdos do sistema jurídico que do ponto de vista constitucional são meramente *possíveis*, existem outros conteúdos que são constitucionalmente *necessários* e outros que são *impossíveis*. O fato de que as normas jusfundamentais determinem os conteúdos constitucionalmente necessários e impossíveis, constitui o núcleo de sua fundamentalidade formal” (ALEXY, 2002, p. 505 – grifos do original).

<sup>11</sup> Sobre toda essa estrutura dicotômica, por todos, Canotilho (2002, p. 379-380).

<sup>12</sup> De que são exemplos evidentes – ressalvadas as respectivas particularidades dos processos sociais de que resultaram – a CRP de 1976 e a Constituição espanhola de 1978.

<sup>13</sup> Como relembra Canotilho, “Sem esta positivação jurídica os ‘direitos do homem são esperanças, aspirações, idéias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política’, mas não são direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional (*Grundrechtsnormen*)” (2002, p. 377).

cláusula aberta ou princípio da não-tipicidade<sup>14</sup>. Essa modalidade de formulação extensiva dos direitos, liberdades e garantias constitucionais remonta no caso brasileiro à primeira Constituição republicana de 1891 (art. 78<sup>15</sup>), que foi a fonte inspiradora da Constituição portuguesa de 1911<sup>16</sup>, que continha dispositivo praticamente igual àquele (o art. 4<sup>o</sup><sup>17</sup>).

### 2.1.2 Força normativa constitucional

Ao evidenciar a destacada preocupação de efetividade e clara pretensão ampliativa dos direitos fundamentais, além de demonstrar a enorme importância destes, o legislador constitucional explicita sua preocupação com a efetividade dos vetores normativos que concretamente propiciem a hegemonia da *dignidade da pessoa humana*, como fundamento do Estado brasileiro (art. 1<sup>o</sup>, III, da CF). Reafirma-se, desse modo, a *prevalência dos direitos humanos*, como princípio reitor da sua atuação na ordem internacional (art. 4<sup>o</sup>, II, da CF)<sup>18</sup>. Em ângulo diverso, esse preceptivo conduz a uma maior permeabilidade da Constituição às conquistas e avanços nessa área, possibilitando um perene *aggiornamento*, mercê de sua maior sensibilidade aos tempos e aos anseios da sociedade<sup>19</sup>. Assegura-se, assim,

---

<sup>14</sup> MIRANDA, 2000, p. 162. Esse autor relembra que o primeiro exemplo relevante de preceptivo constitucional aberto nesses moldes foi fornecido pela 9<sup>a</sup> Emenda à Constituição norte-americana de 1787 (p. 163). Como se sabe, essa Emenda IX integra o grupo de dez emendas constitucionais promulgadas em 15.12.1791, conformando o que ficou conhecido como o *Bill of Rights*, e afaça que “The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people”.

<sup>15</sup> Cujo exato teor era o seguinte: “Art. 78 – A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna”.

<sup>16</sup> Conforme referem Miranda (2000, p. 163) e Canotilho (2002, p. 404), este último fazendo menção a esta Constituição brasileira.

<sup>17</sup> “Art. 4<sup>o</sup> – A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna ou constam de outras leis”.

<sup>18</sup> O que é reforçado pela inclusão do § 3<sup>o</sup> no art. 5<sup>o</sup> da CF de 1988, pela Emenda Constitucional n. 45/2005.

<sup>19</sup> Acresce enfatizar que “a partir do momento que os direitos do homem são postos como referência última, o direito estabelecido está destinado ao questionamento [...]. Por mais

por meio da viabilidade de concreção de seu conteúdo, a maior força normativa constitucional<sup>20</sup>.

## 2.2 Direitos fundamentais formais e materiais

### 2.2.1 Cabimento de um conceito material de direito fundamental

Por outro lado, diante do exato teor do § 2º do art. 5º – para além da abertura integrativa já enfatizada – o legislador constitucional brasileiro de 1988 também avançou uma inegável potencialidade de conceituação material desses direitos, quer por essencialidade, quer por derivação. Dessa forma, como resultado da construção efetuada, impõe-se a elaboração preliminar de um conceito material de direito fundamental consentâneo com a exata dicção desse preceito constitucional. Esse deve ser suficientemente operacional para servir como paradigma testante que permita proceder à verificação de se um dado princípio pode ser efetivamente aceito como um direito fundamental não-expresso.

### 2.2.2 A exegese do art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988

O preceito assemelha-se bastante ao constante do art. 16º da CRP de 1976<sup>21</sup>. Ao que se indica, todavia, existem algumas evidentes

---

eficazes que sejam os meios de que dispõe uma classe para explorar em proveito próprio e denegar às outras garantias do direito, ou aqueles meios de que dispõe o poder para subordinar a si a administração da justiça ou sujeitar as leis aos imperativos da dominação, esses meios permanecem expostos a uma oposição de direito [...]. O Estado de Direito sempre implicou a possibilidade de uma oposição ao poder, fundada sobre o direito [...]. Sobretudo o Estado democrático excede os limites tradicionalmente atribuídos ao Estado de Direito. Experimenta direitos que ainda não lhe estão incorporados, é o teatro de uma contestação cujo objeto não se reduz à conservação de um pacto tacitamente estabelecido, mas que se forma a partir de focos que o poder não pode dominar inteiramente” (LEFORT, 1983, p. 55-66).

<sup>20</sup> Com efeito, no que concerne à força normativa da Constituição, na lição magistral de Hesse (1983, p. 27), “quando a Constituição ignora o estado de desenvolvimento espiritual, social, político ou econômico de seu tempo, se vê privada do imprescindível germen de força vital, resultando incapaz de conseguir que se realize o estado por ela disposto em contradição com dito estágio de desenvolvimento. Sua força vital e operativa se baseia em sua capacidade para conectar com as forças espontâneas e as tendências vivas da época, de sua capacidade para desenvolver e coordenar estas forças, para ser, em razão de seu objeto, a ordem global específica das relações vitais concretas”.

<sup>21</sup> “Artigo 16º (Âmbito e sentido dos direitos fundamentais) 1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. [...]”.

diferenças entre ambos. Em primeiro lugar, será mister, no caso da CRP de 1976, articular os direitos como reconhecidos pela cláusula aberta (art. 16º) com os chamados “direitos fundamentais de natureza análoga” (referidos no art. 17º<sup>22</sup>). Este último artigo impõe uma indispensável reflexão sobre os critérios para o reconhecimento desses direitos fundamentais análogos, bem como acerca do perfil do regime próprio dos direitos, liberdades e garantias aplicável àqueles direitos<sup>23</sup>.

Em segundo lugar, a CRP empenhou-se em enfatizar o *topos* indispensável dos direitos fundamentais existentes fora dos lindes constitucionais que devem obrigatoriamente ser previstos em lei ou em regra internacional. A CF de 1988, por seu turno, buscou também o *telos* desses mesmos direitos ao exigir que se vinculem ao regime e aos princípios por ela consagrados, ou, ainda, com os direitos constantes de tratados internacionais e que encontram expressividade que os caracterize como fundamentais. Como reconhece a doutrina sobre o tema<sup>24</sup>, todavia, é igualmente necessária no âmbito de aplicação do preceptivo luso a presença da mesma forma de relacionamento entre os direitos expressos e os que estão fora do diploma constitucional. Apesar da comunhão exegética nesse ângulo, permanece a discrepância entre os preceitos, já que por força de sua exata *vox*, ao que parece, o dispositivo da CF de 1988 não impõe qualquer exigência de estarem os direitos fundamentais extraconstitucionais sediados em um dado diploma legal, mesmo em sentido amplo<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> CRP de 1976: “Artigo 17º (Regime dos direitos, liberdades e garantias) O regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga”.

<sup>23</sup> Sobre a visão doutrinária tradicional dessa articulação, por todos, Miranda (2000, p. 149-156 e 168-170). Para uma perspectiva diferenciada, Novais (2003, p. 151-152 na nota 261). Entende Sarlet (2003, p. 97-98), que “direitos fundamentais em sentido material somente poderão ser os que por sua substância (conteúdo) e importância possam ser equiparados aos constantes do catálogo [...]”.

<sup>24</sup> Vide, *infra*, itens 2.2.3.1 e 2.2.3.2.

<sup>25</sup> Do que resultaria viável no caso brasileiro, ao menos em tese, admitir-se que foi aberta a possibilidade de uma perspectiva de feição jusnaturalista de tais direitos, com a existência de direitos fundamentais não-escritos ou, mesmo, costumeiros. De qualquer feita, essa discussão transcende em muito os objetivos mediatos de nossa abordagem.

Em terceiro lugar, para além da presença, na CRP de 1976, de disposição que não encontra eco na CF de 1988<sup>26</sup>, existem outras distinções que radicam no (a) peso específico diferenciado das normas internacionais e convencionais no âmbito normativo interno que se reconhece nesses países<sup>27</sup>, e na (b) restrição operada no preceito brasileiro que não inclui as normas gerais de direito internacional público, contemplando apenas as de feitura convencional. Como leciona a melhor doutrina<sup>28</sup>, em Portugal, por força do que dispõe o art. 8º da Constituição<sup>29</sup>, que assegura o acolhimento pleno das normas de Direito Internacional geral ou comum e do Direito Internacional convencional, todas essas normas expressamente fazem parte integrante do Direito português e possuem reconhecida primazia quando confrontadas com a legislação ordinária<sup>30</sup>.

Já no Brasil, na linha da posição dominante na Corte Suprema<sup>31</sup>,

[...] É na Constituição da República – e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas – que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro.

---

<sup>26</sup> Art. 16º, n. 2, da CRP: “[...] 2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem”. Sobre o alcance desse preceptivo, por todos, Miranda (2000, p. 158-162).

<sup>27</sup> Diferenças mitigadas com o advento da inclusão do § 3º do art. 5º da CF de 1988 pela EC n. 45/2005, que, como se sabe, estatuiu que “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

<sup>28</sup> Miranda, 1999.

<sup>29</sup> “Artigo 8º (Direito internacional) 1. As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português. 2. As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português. 3. As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram directamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos”.

<sup>30</sup> E mais: polemiza-se hoje naquele país, na seara do direito comunitário, acerca da eventual supremacia da Constituição europeia diante da própria Constituição portuguesa.

<sup>31</sup> Que deverá ser ajustada à multicitada inclusão do § 3º no art. 5º da CF de 1988.

[...] No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em conseqüência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. [...] Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em conseqüência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. [...] No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico (*lex posterior derogat priori* ou, quando cabível, do critério da especialidade). [...] (ADIn n. 1.480-DF, STF, Plenário, maioria, Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça* de 18 maio 2001, p. 429).

De todos os modos, porém, ao reconhecer a existência de direitos fundamentais, mesmo quando não formalmente inseridos na carta política, as Constituições brasileira e portuguesa esposaram uma perspectiva inequivocamente substantiva nesse tema. Daí poder conformar-se uma estrutura dicotômica para esses direitos, que podem ser divididos em (a) direitos fundamentais *prima facie*, (b) direitos fundamentais extraconstitucionais. Os primeiros são tidos como tal por (a1) formalmente expressos na Constituição (quer no rol específico, quer em outras paragens daquela), ou, ainda, por (a2) estarem equiparados àqueles (uma vez que incluídos em tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados por meio de *quorum* legislativo qualificado). Os últimos, por seu turno, ao menos no caso

brasileiro, podem ser desdobrados em (b1) implícitos ou decorrentes, que, mesmo sem expressão normativa própria, derivam-se do próprio *regime e dos princípios* já estabelecidos na própria Carta Política, e em (b2) previstos em outros diplomas normativos infraconstitucionais, inclusive nos demais *tratados e convenções internacionais* dos quais o Estado brasileiro seja parte<sup>32</sup>, direitos que por sua essencialidade intrínseca possam ser tidos como tal, na medida em que igualmente reconduzíveis aos parâmetros materiais qualificadores daqueles direitos fundamentais expressos.

A doutrina brasileira hegemônica, todavia, diante da ausência de expressa referência à lei ordinária no dispositivo, resiste à possibilidade do reconhecimento de direitos fundamentais extraconstitucionais que tenham mera sede legal<sup>33</sup>. Entende-se que à legislação comum cabe apenas “o papel de concretizar e regulamentar os direitos fundamentais positivados na Constituição, tornando-os (em se cuidando de normas de cunho programático, isto é, de eficácia limitada) diretamente aplicáveis” (SARLET, 2003, p. 96). Em nosso ver, exatamente por cuidar-se de um conceito material, é que a discussão central no parágrafo referido não é sobre a sede onde estaria localizado o direito, mas àquela acerca da efetiva pertinência do seu conteúdo<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> No caso do direito constitucional português, como assinalado, sendo passível de complementação, inclusive, por normas internacionais gerais, além das convencionais. Nesse sentido, Canotilho & Moreira (1993, p. 137).

<sup>33</sup> Nesse sentido, com resumo das principais posições doutrinárias durante a evolução constitucional do preceito, por todos, Sarlet (2003, p. 96-97).

<sup>34</sup> Este último, sim, necessariamente deve defluir do regime democrático republicano e dos princípios sufragados pela carta política, em especial, os indicados no Título I da CF de 1988 sob a rubrica Dos Princípios Fundamentais. Dentre esses destacam-se como fundamentos estruturantes do Estado brasileiro a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político (art. 1º), e como valores norteadores de sua atuação internacional a garantia da independência nacional, a prevalência dos direitos humanos, a autodeterminação dos povos, a não-intervenção, a igualdade entre os Estados, a defesa da paz, a solução pacífica dos conflitos, o repúdio ao terrorismo e ao racismo, a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade e a concessão de asilo político (art. 4º). É na articulação e projeção desses pressupostos gerais, os quais têm por indicadores concretos – com inequívoca e efetiva conformidade – os direitos que foram expressamente elencados no rol “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” (Título II), que outros predicativos de foro extraconstitucional devem buscar chancela e confirmação.

Na verdade, ao contrário de ter o caráter limitativo pretendido, como ocorre na carta portuguesa, a ausência de referência explícita à lei parece denotar uma vocação ampliadora da Constituição brasileira. É que ao admitir-se a existência por inferência de direitos fundamentais não-escritos e ao aceitar que outros surjam com mera origem convencional (quando sabidamente no Brasil os tratados e convenções equiparam-se às normas infraconstitucionais), *a fortiori*, não há qualquer razão para recusar que a lei ordinária também consubstancie uma fonte de direitos fundamentais. Por outro lado, que dizer de um direito que possua os requisitos geralmente aceitos (o da vinculação sistêmica e/ou o do desdobramento funcional) e ao mesmo tempo esteja expresso em uma lei ordinária (como ocorreu durante muito tempo com os direitos da personalidade, os ligados à ecologia e outros)? Não alcançará ele por essa razão dignidade de direito fundamental?<sup>35</sup>

### 2.2.3 Principais orientações teóricas sobre a materialidade dos direitos fundamentais

No âmbito luso-brasileiro existem várias concepções doutrinárias sobre o problema da feição material dos direitos fundamentais. Como não caberia aqui um aprofundamento do tema, por transcender os limites propostos ao presente trabalho, optamos por limitar nosso enfoque ao exclusivo arrolamento das características mais marcantes das posições doutrinárias que podem ser tidas por representativas do conjunto<sup>36</sup>.

Ressalte-se, todavia, em virtude da exegese por nós efetuada do art. 5º, § 2º, da CF de 1998, seja qual for o conceito de

---

<sup>35</sup> Ao que parece, em Portugal, a exigência de inserção legal do princípio ou regra caracteriza uma condição necessária, mas não suficiente para o reconhecimento da sua fundamentalidade, requisito que provavelmente origina-se no afã de evitar qualquer controvérsia jusnaturalista. No Brasil, em nossa opinião, diante do teor do dispositivo em análise, essa demanda formal passa a ser secundária para discernir um dado direito como fundamental. A questão, a nosso ver delicada e complexa, mas que não cabe agora deslindar, especialmente no campo de suas restrições, será a do regime jurídico a que se sujeitam tais direitos fundamentais extraconstitucionais.

<sup>36</sup> No domínio da doutrina alemã sobre o assunto, ressalvadas as especificidades que defluem do § 1º do art. 2º da Lei Fundamental, referente ao livre desenvolvimento da personalidade: Alexy (2002, p. 331 ss.).

fundamentalidade adotado, que esse deverá concatenar-se com a perquirição acerca do parentesco que o direito estudado tenha com os demais direitos fundamentais formalmente constitucionais, que se corporifica em um processo de derivação, quer seja por (a) implicância, na acepção lógico-jurídica que afirma a existência de um vínculo relacional entre dois ou mais direitos – um dos quais expressamente tido por fundamental – pelo qual um deles não poderá estar afirmado sem que estejam consagrados os demais; quer seja por (b) decorrência, no sentido de poder-se extrair de um direito fundamental expresso, por inferência dedutiva, um outro direito, em virtude da existência de uma relação de continência autônoma entre ambos.

### 2.2.3.1 A posição de Vieira de Andrade

Para o estudioso português precursor do tema dos direitos fundamentais na vigência da CRP de 1976<sup>37</sup>, em síntese, o conceito material estaria arrimado em um tríptico critério. A uma, ao nível da essencialidade, pela presença nuclear de um relevante “radical subjetivo”, qual seja, a existência de posições jurídicas subjetivas tidas por fundamentais e vinculadas a todos os indivíduos ou ao menos a categorias abertas desses (VIEIRA DE ANDRADE, 2000, p. 78). Devem ser, pois, como enfatiza esse autor, tão-somente àqueles “direitos básicos, essenciais, principais, que caracterizam a pessoa” (VIEIRA DE ANDRADE,

---

<sup>37</sup> VIEIRA DE ANDRADE, 2001, p. 71-93. Esse autor igualmente sustenta a existência de uma discutível categoria de direitos formalmente fundamentais, mas que não o seriam materialmente (idem, ibidem), em razão de alguns não possuírem o “radical subjectivo” que os conecta com o princípio da dignidade da pessoa humana. A categoria mereceu reproches de Canotilho (2002, p. 406-407), que aponta a concepção do autor citado, nesse aspecto, como um “exemplo típico de uma teoria de direitos fundamentais não constitucionalmente adequada” (p. 407). Com efeito, em resumo, a posição criticada não tem qualquer ressonância prática, na medida em que, desde que o direito fundamental seja formalmente constitucional, ainda que não o seja nos termos substantivos propostos por Vieira de Andrade, estará de qualquer modo revestido das mesmas prerrogativas normativas dos demais. Melhor nos parece a posição de Miranda (2000, p. 9 e 139), para quem a simples inserção constitucional de um direito é suficiente como critério de reconhecimento da sua materialidade: “todos os direitos fundamentais em sentido formal são também direitos fundamentais em sentido material. Mas há direitos fundamentais em sentido material para além deles” (p. 9). Sobre esse problema, ainda, Alexy (2002, p. 373 e ss.).

2000, p. 92). A duas, no plano da funcionalidade, pela existência de uma função protetiva ou garantidora que se projeta no resguardo de “determinados bens jurídicos das pessoas ou de certo conteúdo das posições ou relações na sociedade que sejam considerados essenciais ou primários” (idem, ibidem). A três, no patamar da teleologia, pelo fato de a consagração de um rol de direitos fundamentais corresponder a uma “intenção específica” de atender a uma dada concepção do ser humano – consentânea com o evoluir histórico, cultural e social – que repercute na Constituição dos estados concretos e que, no caso, “se manifesta juridicamente num princípio de valor, que é o primeiro da Constituição portuguesa: o princípio da *dignidade da pessoa humana*” (VIEIRA DE ANDRADE, 2000, p. 79 – grifos do original).

Nessa posição pode-se criticar a ênfase demasiada no chamado “radical subjetivo”, vinculativo do direito fundamental ao círculo essencial de um dado indivíduo, bem como o elevado grau de subjetivismo que permeia os critérios fixados. Tudo isso torna particularmente difícil sua concreta aplicação como parâmetro hermenêutico hábil a subsidiar o exegeta. Com efeito, no que tange ao primeiro aspecto, parece-nos conduzir a um reducionismo, quer quanto ao rol dos direitos (e.g., ao excluir os direitos sociais), quer quanto à sua titularidade (por exemplo, ao tornar as pessoas coletivas insusceptíveis de tais direitos). Essas facetas antagonizam a vocação da Carta, que é francamente universalista. Quanto ao segundo ângulo, os predicados de “essencialidade”, “primariedade”, “intencionalidade”, mesmo sendo reunidos ao redor da dignidade da pessoa humana, diante da própria indefinição do conteúdo desse termo unificador, acabam por ser igualmente conceitos juridicamente indeterminados em busca de uma efetiva bússola orientadora.

### 2.2.3.2 A posição de Canotilho & Moreira

Canotilho & Moreira (1991, p. 106-117)<sup>38</sup>, no essencial, partem de uma leitura na qual todos os direitos *prima facie* organizam-se com fincas nos valores constitucionais essenciais, que para esses autores seriam a liberdade, a democracia política e da democracia econô-

---

<sup>38</sup> Posicionamento que é reafirmado por Canotilho (2002, p. 403).

mica e social. Esses configuram seu pressuposto e seu critério substancial, e, em decorrência, os direitos extraconstitucionais serão necessariamente referenciados àqueles valores para serem tidos por fundamentais quando muito importantes nesse contexto. Em última análise, serão àqueles “equiparáveis, pelo seu objecto e pela sua importância, aos diversos tipos de direitos fundamentais de grau constitucional” (Canotilho; Moreira, 1991, p. 116). Aqui, ao que se indica, apesar de um inegável avanço consubstanciado na adoção como referencial de direitos já existentes e bem definidos, mantêm-se as fragilidades subjetivistas (“importância” do novo direito) e reducionista (“equiparação” pelo objeto aos já existentes).

### 2.2.3.3 A posição de Sarlet

Na doutrina constitucional brasileira específica sobre o tema, colhemos como mais representativa a posição teórica<sup>39</sup> que, como critérios especificadores do conceito material, reconhece (a) a presença de substancialidade e relevância equiparável aos que constam do catálogo, em um patamar axiológico semelhante (SARLET, 2003, p. 97-100), o que se assemelha em parte à posição de Canotilho & Moreira que se expôs; (b) a vinculação ao regime e aos princípios fundamentais (Títulos I e II da CF de 1988), com ênfase no princípio da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2003, p. 100-120, *passim*), nesse particular, com a assunção expressa da orientação defendida por Vieira de Andrade (2001, p. 102); e, (c) a adoção do “radical subjetivo” e da “função protetiva” dos direitos fundamentais (SARLET, 2003, p. 121), tudo também aos moldes do professor de Coimbra<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> Que é a de Ingo Sarlet (2003, p. 86-144). O autor parte de uma divisão dos direitos fundamentais em dois grupos, a saber, (a) os dotados de expressa e escrita previsão e (b) aqueles não-escritos (p. 95). Os primeiros por sua vez subdividem-se em (a1) direitos constantes do catálogo ou em outros locais da própria Constituição e (a2) os direitos fundamentais com assento convencional internacional. Os segundos, de seu lado, dicotomizam-se em (b1) direitos implícitos, “no sentido de posições fundamentais subentendidas nas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais”, e (b2) “direitos decorrentes do regime e dos princípios” (idem, *ibidem*).

<sup>40</sup> No particular, Sarlet apenas ressalva que para a efetiva adequação da posição de Vieira de Andrade ao sistema constitucional brasileiro seria mister tais critérios “englobarem os direitos sociais e para encontrarem a devida inserção no contexto global do regime e dos princípios fundamentais dos arts. 1º a 4º da CF, além de guardarem relação com as

Além das ponderações já expressadas quanto às posições adotadas por empréstimo à doutrina portuguesa, acrescentam as enunciadas anteriormente quanto à classificação adotada pelo autor, que exclui a lei como fonte de direitos extraconstitucionais.

### 3 O princípio do *ne bis in idem*

#### 3.1 Noção preliminar

A expressão *ne bis in idem*<sup>41</sup>, quase sempre utilizada em latim, em sua própria acepção semântica já impõe de imediato que se esclareça o que (*idem*) não deve ser repetido (*ne bis*). Nessa linha, provisoriamente pode-se antecipar que sua utilização jurídica, por via de regra, é associada à proibição de que um Estado imponha a um indivíduo uma dupla sanção ou um duplo processo (*ne bis*) em razão da prática de um mesmo crime (*idem*). No coração mesmo de sua assimilação normativa parece encontrar-se o intuitivo reconhecimento da existência de uma comezinha noção de equidade que torna inaceitável, quando menos por incoerente<sup>42</sup>, que alguém receba mais de uma punição pela mesma infração penal ou que sofra mais de uma vez com as inevitáveis agruras de um processo criminal<sup>43</sup>.

---

normas contidas no catálogo da Constituição (arts. 5º, 6º e 7º, especificamente). Nesse sentido cumpre lembrar que o respeito e a proteção da dignidade da pessoa humana são, também para o Estado brasileiro (ainda que não de forma exclusiva), valores fundamentais subjacentes e informativos de toda a ordem constitucional, e não apenas do título relativo aos direitos fundamentais” (SARLET, 2003, p. 122).

<sup>41</sup> Uma construção similar ao conteúdo veiculado pela fórmula remonta a Demóstenes, ainda que com caráter processual e em contexto não-penal (imunidade tributária): “[...] as leis proibem proceder judicialmente duas vezes contra a mesma pessoa pelos mesmos fatos, quer se trate de ação civil, de prestação de contas, [...] ou de qualquer outro pleito desse gênero” (1969, p. 317). Já na sua adoção latina, apesar de constar da obra de Gaio (Instituições, IV, § 108 – “*Alia causa fuit olim legis actionum, nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso iure agi non poterat; nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum*”), parece ser a simplificação do aforismo *bis de eadem re ne sit actio* (não se pode agir duas vezes pelo mesmo motivo), colhido em Quintiliano (35–95 d.C.). Na sua literalidade atual significa algo como “não duas vezes, a mesma coisa”. A expressão, também de uso corrente, *non bis in idem*, muito adotada em Espanha, não se configura gramaticalmente como a mais perfeita, consoante refere a doutrina sobre o tema (e. g., GARCÍA ALBERO, 1995, p. 23, nota 1).

<sup>42</sup> Relembre-se, como é curial, que “a coerência não é condição de validade, mas é sempre condição para a justiça do ordenamento” (BOBBIO, 1989, p. 113).

No inevitável embate dialético entre a liberdade e a segurança, que perpassa o processo de elaboração das normas jurídicas, configura-se como um instituto híbrido. Ao mesmo tempo garante a liberdade do indivíduo, limitando o exercício da violência legítima monopolizada pelo Estado contra ele, ao impedir seu duplo sancionamento (ainda que sacrificando eventualmente as demandas do interesse da coletividade), e é apanágio de segurança jurídica de todos, estabilizando a manifestação inicial do *jus puniendi* estatal e impedindo sua renovação permanente.

### 3.2 Origens históricas

#### 3.2.1 Direito consuetudinário (“*common law*”)

Como nos esclarece Blackstone, nos países de linhagem jurídica costumeira a proibição do *double jeopardy* (duplo risco) é das mais antigas regras da *common law* inglesa (4 Commentaries, p. 335-336<sup>44</sup>). Relaciona-se aos denominados “pleitos” (*pleas*) de “absolvição anterior” (*autrefois acquit*) e de “condenação anterior” (*plea of autrefois convict*), que têm suas raízes no princípio de que “nenhum homem deve ser colocado mais de uma vez em uma situação de risco (*jeopardy*) de sua vida pela mesma ofensa [...]”. Lembra Dennis que “Friedland remonta sua origem à disputa no século XII entre Henrique II e o arcebispo Thomas Becket acerca de se os clérigos condenados nas Cortes eclesiásticas estavam isentos de futuras puni-

---

<sup>43</sup> Como lembra Queralt, a propósito da evolução do princípio na Espanha, existe uma “[...] dupla funcionalidade substantiva e processual do *non bis in idem* [...] nascido com um instituto processual vinculado à idéia de coisa julgada [...] o que enfatiza a idéia de segurança jurídica, este princípio evolui até o terreno muito mais substancial e consistente da proibição de infligção de duplo castigo a um mesmo sujeito por idênticos fatos correspondendo a uma idêntica repercussão normativa [...]” (QUERALT, 1992, p. 10).

<sup>44</sup> Apud LAW COMMISSION, 1999, p. 1. A *Law Commission* foi instituída pelo Parlamento britânico em 1965 e constitui um órgão encarregado de propor reformas legislativas naquela nação (o documento utilizado foi obtido no sítio da instituição na Internet: <<http://www.open.gov.uk/lawcomm>>, em 25 jun. 2004). Moore, por seu turno, no âmbito da percutiente análise crítica que faz do princípio no direito anglo-americano, após referir a incisiva assertiva de Blackstone, aduz que na realidade de sua aplicação concreta ainda “[...] há espaço para uma visão céptica de que não há requisito coerente ou unitário para caracterizar o *double-jeopardy*” (MOORE, 1993, p. 306).

ções nas Cortes reais” (DENIS, 2000, p. 935). A existência de uma absolvição ou condenação anterior pelo mesmo crime constitui impedimento a uma nova punição ou a um novo julgamento pelos mesmos fatos. Com o precedente de *Connely v. D.P.P* (1964) da Corte Suprema, com base na teoria do abuso do processo, às chamadas “regras de *autrefois*” acrescenta-se uma proibição de sucessivos indiciamentos pelas mesmas razões fáticas, ressalvada a presença de determinadas circunstâncias especiais capazes de excepcionar a regra (DENNIS, 2000, p. 936 ss.).

### 3.2.2 *Direito continental (“civil law”)*

Na vertente dos países de legislação codificada, apesar de não ser referido pelo Marquês de Beccaria em sua obra seminal, o *ne bis in idem* tem sua importância efetivamente afirmada apenas com o alvorecer do movimento iluminista. Aparece como uma reação ao sistema inquisitivo de investigação criminal, que – sob a máxima odiosa do *plus amplement informé* – facultava a indefinida manutenção de processos em curso ou a reabertura dos que já haviam findado<sup>45</sup>. Encontra sua primeira formulação positiva no corpo da Constituição francesa de setembro de 1791, cujo art. 9º assegurava diversas garantias no âmbito criminal<sup>46</sup>. Entre essas estabelecia que “Todo homem absolvido por um júri legalmente constituído não pode mais ser julgado nem acusado de novo em razão do mesmo fato”. É, pois, em decorrência da força ideológica das idéias que encontraram sua expressão política na revolução burguesa de 1789 que a máxima se espalhou pelos demais países ocidentais.

Ao contrário do que ocorre no Brasil, o princípio encontra abrigo explícito em inúmeros diplomas constitucionais e, modernamente, vem assumindo cada vez maior importância internacional. Essa decorre do processo de globalização, com seu encurtamento das

---

<sup>45</sup> O desenvolvimento histórico esboçado neste item foi colhido em Correia (1996, p.301 e ss.).

<sup>46</sup> “Article 9. En matière criminelle, nul citoyen ne peut être jugé que sur une accusation reçue par des jurés, ou décrétée par le corps législatif, dans les cas où il lui appartient de poursuivre l'accusation. Après l'accusation admise, le fait sera reconnu et déclaré par des jurés [...]. Tout homme acquitté par un jury légal, ne peut plus être repris ni accusé à raison du même fait.”

distâncias em todos os sentidos, e mercê do crescente fomento de uniões entre estados independentes na busca de fortalecimento recíproco na luta por objetivos comuns. No quadro constitucional externo destacaremos sua precursora inclusão nas emendas à Constituição norte-americana de 1776 e sua inserção contemporânea na Constituição Portuguesa de 1976.

### 3.3 Situações de expressa previsão constitucional do princípio

#### 3.3.1 Estados Unidos: a cláusula do “double jeopardy” e a 5ª Emenda Constitucional

A proibição do *double jeopardy* originada da *common law* foi formalizada na Constituição norte-americana, no bojo das garantias processuais do devido processo legal (que encontra consagração genérica na 14ª Emenda Constitucional) e explicitada na 5ª Emenda<sup>47</sup>, do chamado *Bill of Rights*<sup>48</sup>, um conjunto de provimentos que, em dezembro de 1791, sob o influxo da Revolução Francesa, altera substancialmente a carta política dos Estados Unidos. De fato, entre outras determinações garantistas, a 5ª Emenda estatui que “[...] nenhuma pessoa deverá sujeitar-se ao risco de sua vida duas vezes, pela mesma violação [...]”. Como o antecedente legislativo mais remoto desse princípio, em solo americano, a doutrina daquele país aponta o

---

<sup>47</sup> Cuja íntegra é a seguinte: “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation”.

<sup>48</sup> Como relembra Miller, “é bem provável que a ordem das cláusulas no *Bill of Rights*, ao contrário do que posteriormente tenderam a considerar as mentes legalistas, não tenha sido cuidadosamente concebida, como foi o texto constitucional original, que se beneficiou de um comitê de estilo. Nele, como um todo, as provisões relacionadas à lei penal não estão agrupadas em seqüência. Na 5ª Emenda, as cláusulas parecem aleatoriamente articuladas, embora se possa argumentar que deliberadamente principie com as que se aplicam exclusivamente nos julgamentos criminais, passando para uma garantia aplicável em situações quer criminais quer cíveis (a cláusula do devido processo legal) e concluindo com um preceptivo não-criminal (compensação justa) [...]” (1977, p. 42, nota 30).

conjunto de direitos individuais enfeixados em 1641 sob o rótulo de *Body of Liberties*, promulgados na colônia de Massachusetts (BODENHAMER, 1992, p. 15-16).

A garantia protetiva da vedação ao duplo risco, em que pese a referência feita na emenda à ofensa ou violação, ou seja, a um crime, desde logo foi relacionada ao fato imputado e adquiriu eficácia tanto no sentido de impedir o duplo sancionamento, quanto no de obstaculizar um novo indiciamento por sua prática. Destarte, por exemplo, em julgamento efetuado pela Suprema Corte de Indiana em 1822, concluiu-se que uma acusação de colocar em circulação numerário contrafeito deveria obrigatoriamente incluir uma exata descrição das notas falsas, sem o que o acusado não poderia alegar a cláusula protetiva caso acusado novamente pelo mesmo crime (BODENHAMER, 1992, p. 52). No que tange à inevitável polêmica acerca da identidade de violações para fins do reconhecimento do *double jeopardy*, a Suprema Corte consagrou o teste de Blockburger<sup>49</sup>, segundo o qual, “cada uma das ofensas criadas requer a prova de um elemento diferente. Para verificar se o mesmo ato ou transação constitui uma violação de duas provisões estatutárias distintas, o teste a ser aplicado para determinar se há duas ofensas ou somente uma é se cada provisão demanda a prova de um fato que a outra não requer”<sup>50</sup>.

De se ver, todavia, que o referido alcance mais amplo da cláusula comporta inúmeras limitações<sup>51</sup> e passou por inúmeras vicissitudes históricas. Assim, por exemplo, diante das especificidades do federalismo naquele país, em 1937, a Suprema Corte (no julgado *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 – 1937)<sup>52</sup> expressamente fixou uma diferenciação entre estados e União, para fins de aplicação das garantias constitucionais do devido processo legal como estabelecidas

---

<sup>49</sup> Estabelecido no precedente *Blockburger v. United States*, 284 U.S. 299, 52 S.Ct. 180, 76 L.Ed.2d 306 (1932).

<sup>50</sup> Para uma leitura crítica do teste, apontando as incongruências a que conduz, ver Amar (1997, p. 1813 e ss.).

<sup>51</sup> Uma esclarecedora análise do panorama do *double jeopardy* encontra-se em Amar (1997).

<sup>52</sup> O teor dos precedentes utilizados da Suprema Corte norte-americana foi obtido na Internet, no mês de junho de 2004, no sítio <<http://www.findlaw.com/casecode/supreme.html>>.

nas oito primeiras emendas constitucionais (BODENHAMER, 1992, p. 98). O ponto essencial do precedente, como expresso pelo relator Justice Cardozo, resumia-se em que “[...] a Quinta Emenda, *que não é aplicável aos estados*, mas tão-somente para o governo federal, cria imunidade ao duplo risco [...]” [grifei]. Esse entendimento perdurou até o advento da hegemonia liberal da chamada Corte de Warren que apenas em um dos seus últimos julgados paradigmáticos (no julgado *Bento v. Maryland*, 395 U.S. 784, 795 – 1969), reverteu expressamente o *leading case* citado (BODENHAMER, 1992, p. 127-128), tendo o relator Justice Thurgood Marshall asseverado que qualquer das garantias do *Bill of Rights* era “fundamental para o esquema americano de justiça [...] os mesmos parâmetros constitucionais aplicam-se a ambos governos, estaduais e federal. As raízes do caso *Palko* foram cortadas anos atrás [...]” (apud LEAHY, 1992, p. 67).

Com a preponderância conservadora iniciada com a cognominada Corte de Burger, por seu turno, consolidou-se uma posição que estabelece a independência das instâncias federal e estadual para fins do *double jeopardy*, qual seja, na hipótese de o mesmo fato constituir um ilícito penal na legislação da União e na de um estado-membro, a absolvição ou condenação anterior em sede federal não era óbice para que o mesmo fato fosse apreciado pela justiça estadual<sup>53</sup>. Do mesmo modo, não se aplica a garantia em casos de julgamentos do mesmo fato em sede criminal se, na oportunidade em que esse fora anteriormente apreciado, o acusado estivera submetido apenas às sanções de natureza civil, cautelar ou administrativa<sup>54</sup>.

---

<sup>53</sup> De que é exemplo mais remoto *Bartkus v. Illinois*, 359 U.S. 121 (1959), no qual, apreciando a situação na qual o réu fora absolvido de uma imputação federal de roubo de banco e julgado novamente no Estado de Illinois pelo mesmo fato, acusado de violação de roubo previsto no estatuto daquele estado, a Corte considerou inaplicável a garantia. O relator Justice Frankfurter, referindo o voto do Justice Cardozo no precedente *Palko*, assevera que “sobre o significado amplo do devido processo legal, abstraídas as oito emendas, ele [Cardozo] sugeriu que seriam proibidas aos estados apenas aquelas práticas ‘repugnantes para a consciência do gênero humano’ [...] Aplicando estas frases em *Palko*, a Corte fixou que, ainda que até certo ponto a crueldade do assédio de múltiplos processos por um Estado possa ofender o devido processo, a específica limitação imposta pelo Governo Federal na 5ª Emenda, através da Cláusula do Duplo Risco, não obriga os Estados”.

<sup>54</sup> Assim, e. g., em *Hudson et alli v. United States* 522 US 93 (1997) e *Monge v. California* 524 US 721 (1997).

### 3.3.2 Portugal: art. 29<sup>o</sup>, n. 5, da Constituição de 1976

Inovando no constitucionalismo português, a Constituição de 1976 incluiu a proibição de que “ninguém pode ser julgado mais de uma vez pela prática do mesmo crime” (art. 29<sup>o</sup>, n. 5)<sup>55</sup>. Canotilho & Moreira (1993, p. 194) esclarecem que o princípio proíbe não só o duplo julgamento, como expresso em sua dicção, como também a dupla penalização, e que ele se desdobra em um dúplice dimensionamento. Dessa maneira, como direito fundamental subjetivo que se reconhece ao indivíduo, fornece-lhe um remédio para contrapor a eventual tentativa estatal de julgá-lo duas vezes pelo mesmo crime (*direito de defesa negativo*). Na vertente objetiva, por sua vez, conduz a que o legislador estabeleça os mecanismos processuais hábeis a sua implementação concreta, especialmente no campo da litispendência e da coisa julgada. Aduzem esses autores, ainda, sem todavia efetivamente enfrentar o problema, que “para a tarefa de ‘densificação semântica’ do princípio, é particularmente importante a clarificação do sentido da expressão ‘prática do mesmo crime’, que tem de obter-se recorrendo aos conceitos jurídico-processuais desenvolvidos pela doutrina do direito e processo penais. [...]” (idem, *ibidem*).

Discutindo o que deve ser tido por mesmo fato, a partir da ótica do concurso de crimes, o Tribunal Constitucional esclareceu que

[...] A doutrina penalística portuguesa, na esteira de Eduardo Correia [...] defendeu a aplicação do regime do concurso efectivo de crimes – com o inerente afastamento do chamado concurso aparente, ou concurso de normas –, que se traduz entre nós na realização de um cúmulo jurídico das respectivas penas (v. artigos 77<sup>o</sup> e 78<sup>o</sup> do Código Penal), quer ao chamado concurso real, quer ao denominado concurso ideal de crimes. O n. 1 do artigo 30<sup>o</sup> do Código Penal de 1982 veio justamente consagrar tal aplicação, mediante uma equiparação das duas modali-

---

<sup>55</sup> Em diapasão similar, a Constituição Alemã estabelece que “ninguém com base na lei penal pode ser punido mais de uma vez pelo mesmo fato” (art. 103, III).

dades de concurso de crimes. No último caso (concurso ideal), um único facto ou acção é multiplamente qualificado como crime, quer por força da violação simultânea de mais do que uma norma incriminadora (concurso ideal heterogéneo), quer por força da ofensa plural da mesma norma incriminadora (concurso ideal homogéneo). É muito complexa a questão de saber quais os limites que constitucionalmente condicionam a possibilidade de tratar como concurso efectivo e não como mero concurso aparente determinado comportamento tipificado na lei penal. Mas *não basta evidentemente invocar a punição plural de um facto ou acção unitários para se ter como demonstrada uma violação do n. 5 do artigo 29º da Constituição. O apuramento de tal violação pressupõe que as normas em causa sancionem – de modo duplo ou múltiplo – substancialmente a mesma infracção. A contrariedade ao princípio “ne bis in idem” depende assim da identidade do bem jurídico tutelado pelas normas sancionadoras concorrentes, ou do desvalor pressuposto por cada uma delas. [...]* (Acórdão n. 244/99, exarado no Processo n. 234/97, Tribunal Constitucional, 2ª Secção, unânime, Rel. Cons. Maria dos Prazeres Pizarro Beleza, julgado em 29.4.1999 – grifei)<sup>56</sup>.

---

<sup>56</sup> Como ensina Correia a propósito da regra da consunção no concurso aparente de normas penais, “Se na verdade se apresentam ao mesmo tempo para se aplicarem a uma certa situação de fato, diversos tipos de crimes, encontrando-se os respectivos bens jurídicos, uns relativamente aos outros, em tais relações (de mais e menos), pode suceder que a reação contra a violação concreta do bem jurídico, realizada pelo tipo informado pelo valor mais vasto, se efetive já pela aplicação do preceito que tem em vista a defesa de bens jurídicos mais extensos. Quando isto acontece, as disposições penais vêm a encontrar-se numa relação de consunção: uma consome já a proteção que a outra visa. E como não pode haver dúvida de que a mais ampla, a *lex consumens*, tem em todo o caso de ser eficaz, é manifesto, sob pena de clara violação do princípio *ne bis in idem*, que a menos ampla, a *lex consumptae*, não pode continuar a aplicar-se” (*A teoria do concurso em direito criminal*, 1996, p. 131). Sobre os critérios para delimitar a relação entre o concurso de crimes e o *bis in idem*, por todos, García Albero (1995, especialmente p. 321 ss.).

### 3.4 Manifestações do princípio no direito brasileiro

Diante da estratégia que adotamos para o enfrentamento do nosso tema, nesse passo impõe-se verificar como o princípio reverbera na legislação infraconstitucional brasileira. Em termos da legislação ordinária encontramos manifestações explícitas do *ne bis in idem* basicamente em três diplomas legais, a saber: o Estatuto do Estrangeiro e os Códigos Penal e de Processo Penal. No que concerne aos tratados e convenções internacionais destacam-se o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas (ONU) e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

#### 3.4.1 A legislação infraconstitucional brasileira

##### 3.4.1.1 Leis ordinárias

###### a) O estatuto do estrangeiro e a extradição passiva

Começando pela repercussão do princípio no patamar das relações internacionais do Estado brasileiro, encontramos sua previsão na Lei Federal n. 6.815, de 19.8.1980, que “define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil”, quando em seu Título IX estabelece a disciplina geral da extradição<sup>57</sup>. Ao que parece, o legislador estava fundado em uma concepção de supremacia absoluta da ordem normativa interna, quiçá motivada pelo entendimento da aplicação da lei como manifestação exclusiva da soberania nacional e pela proverbial desconfiança dos julgamentos realizados em tribunais alienígenas<sup>58</sup>. Assim, após reafirmar a projeção judicial da soberania do Estado brasileiro, com o descabimento da extradição se “o Brasil for competente, segundo suas leis, para julgar o crime imputado [...]” (art. 77, III), a norma legal veda sua concessão, também, quando o “extraditando estiver a responder a processo ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido” (art. 77, IV)<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> A doutrina penal clássica define a extradição como “instituto de cooperação internacional na luta contra o crime” (FREDERICO MARQUES, 1997, p. 387).

<sup>58</sup> Nesse mesmo sentido, na esfera dos países europeus, manifesta-se Amalfitano (2002, p. 927).

<sup>59</sup> Nesse sentido, e. g., “[...] – A extradição não será concedida, se, pelo mesmo fato em que se fundar o pedido extraditacional, o súdito reclamado estiver sendo submetido a procedimento penal no Brasil, ou já houver sido condenado ou absolvido pelas autoridades

Desse dispositivo legal, em primeiro lugar, pode-se extrair que nele convivem duas faces da proibição do *ne bis in idem* extradicional na ordem jurídica brasileira, quais sejam, (a) uma de cariz material, que conduz ao impedimento de uma segunda apenação pelos mesmos motivos que fundamentaram uma primeira condenação, e (b) uma outra de cunho processual, que resulta na vedação de um novo processo e eventual novo julgamento, quando já julgado pelas mesmas razões<sup>60</sup>.

Em segundo lugar, para fins do estabelecimento da identidade do julgamento e/ou do processo que é vedada pelo princípio e que resultará no indeferimento do pleito extradicional, o que deve ser co-tejado é o *fato descrito* pelo Estado requerente<sup>61</sup>. Dessa maneira, para além da eventual classificação jurídica ou do enquadramento típico emprestado ao fato pela solicitação alienígena, o que impende considerar é o substrato material fenomênico que ali se encontra descrito.

Em terceiro lugar, o reconhecimento da função protetiva do princípio no campo extradicional é aparentemente restringida a um âmbito de mera eficácia interna. Desse modo não seriam o eventual julgamento ou acusação anteriores realizados em qualquer outro Estado que poderiam ensejar sua aplicação, mas, tão-somente, aquelas decisões ou processos ocorrentes no território brasileiro e perante a justiça penal nacional. De se ver, todavia, em uma feliz interpretação extensiva do princípio, haver o STF recentemente decidido que, se o extraditando comprova já ter sido julgado ou acusado pelo mesmo fato em um terceiro Estado, essa situação também terá o condão de impedir a efetivação de sua extradição<sup>62</sup>.

---

judiciárias brasileiras. – Ninguém pode expor-se, em tema de liberdade individual, à situação de duplo risco. Essa é a razão pela qual a existência de situação configuradora de *double jeopardy* atua como insuperável causa obstativa do atendimento do pedido extradicional. Trata-se de garantia que tem por objetivo conferir efetividade ao postulado que veda o *bis in idem*” (Ext. 688-6, STF, Pleno, unânime, Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, 22 ago. 1997).

<sup>60</sup> Sobre os reflexos no âmbito da investigação criminal, vide item 3.4.2, *infra*.

<sup>61</sup> Observe-se desde logo não se ignorar que o conceito de identidade de fato é “invocado por todas as normas que disciplinam o *bis in idem* extradicional, mas nenhuma o define” (DEAN, 1998, p. 68).

<sup>62</sup> Ext. 871-4, STF, Pleno, unânime, Rel. Min. Carlos Velloso, *Diário de Justiça*, 12 mar. 2004,

b) Código Penal: a aplicação da lei penal no espaço e sentença estrangeira

Esta última situação, contudo, não impedirá que ele seja julgado pelo mesmo fato em território brasileiro no caso de existir competência nacional para o conhecimento do crime, quer por territorialidade, quer por extraterritorialidade, ao menos quando esta última for incondicionada. Isso é o que resulta do Código Penal brasileiro ao tratar da aplicação da lei penal no espaço e ao disciplinar os efeitos da sentença estrangeira em nosso território. Com efeito, diante da consagração da regra da prevalência da territorialidade contida no art. 5º do CP e consideradas as conseqüências que são atribuídas à pena cumprida no estrangeiro pelo art. 8º do CP<sup>63</sup>, fica claro que no plano internacional a condenação ou absolvição anterior pelo mesmo fato não impedirá sua apuração, processamento, julgamento e sancionamento pela justiça penal brasileira<sup>64</sup>. De se

---

cuja ementa assinala: “Constitucional. Penal. Extradicação: Grécia. Tráfico de Entorpecentes. Extraditando condenado num terceiro Estado pelo mesmo delito: Aplicabilidade do disposto no art. 77, V, Lei 6.815/80. I – Extradicação requerida pelo Governo da Grécia, com base no art. 8º do Código Penal grego, que dispõe que os crimes cometidos no exterior, pelos seus nacionais, são sempre punidos pelas leis gregas, independentemente das leis do lugar onde foi praticado o ato. Acontece que, pelo mesmo delito, cuja prática iniciou-se no Brasil, foi o extraditando julgado pela Justiça italiana, tendo cumprido a pena de prisão a que foi condenado. II – A lei brasileira não admite seja o indivíduo processado criminalmente por delito pelo qual foi condenado, consagrando a regra, que vem do direito romano, do *non bis in idem*: não se pune duas vezes a um acusado pelo mesmo crime. III – Caso em que a extradicação deve ser indeferida, porque ocorrente situação configuradora de *double jeopardy*, vale dizer, de duplo risco de condenação, no Estado requerente, pelo mesmo fato pelo qual foi condenado pela Justiça italiana: Extradicação 688/Itália, Rel. Min. Celso de Mello. Aplicabilidade, por analogia, do disposto no art. 77, V, da Lei 6.815/80. IV – Extradicação indeferida”.

<sup>63</sup> “Art. 8º A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas”.

<sup>64</sup> No plano da extraterritorialidade, o art. 7º, inciso I, do CP relaciona toda uma gama de ilícitos penais, em relação aos quais a lei penal será aplicada nos mesmos termos em que aplicável aos que são praticados em território brasileiro. Na Alemanha, cujo diploma constitucional expressamente contempla o princípio, ocorre o mesmo: “O princípio ‘*ne bis in idem*’ (art. 103 III GG) só proíbe o tratamento repetido do mesmo assunto por parte dos Tribunais da República Federal da Alemanha [...]. Ao contrário, a prolação de um julgamento *estrangeiro* não se opõe a um processo penal alemão pelo mesmo fato [...]” (JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 188 – grifo do original). Aduzem os mesmos doutrinadores que não há qualquer ilegalidade no caso, em razão da possibilidade de

observar, também, que nos dispositivos invocados, diferentemente do Estatuto dos Estrangeiros, o Código Penal utiliza a expressão *mesmo crime* como parâmetro para ensejar a detração da pena cumprida no exterior.

c) Código de Processo Penal: litispendência, coisa julgada e revisão criminal

O Código de Processo Penal, por sua vez, ao reconhecer as exceções da litispendência e da coisa julgada<sup>65</sup>, ainda que de forma indireta também resguarda o princípio do *ne bis idem*<sup>66</sup>, ao menos na sua feição processual<sup>67</sup> já referida (v. item 3.4.1.1, a, retro). Esse vetusto código, como é consabido, dos mais deficientes tecnicamente, não oferece maiores subsídios acerca do que se deve entender por tais institutos. De relevante apenas ressalta quanto à coisa julgada que essa “somente poderá ser oposta em relação ao fato principal, que tiver sido objeto da sentença” (art. 110, § 2º, do CPP). Apesar dessas lacunas, por analogia autorizada (art. 3º do CPP), aplicando-se os subsídios constantes do nosso Código de Processo Civil (sobretudo em seu art. 301), pode-se dizer que ocorrerão aqueles indesejáveis fenômenos processuais de repetição de lides nos casos em que hou-

---

detração da pena eventualmente cumprida no exterior (*idem, ibidem*), nos mesmos moldes do que ocorre no Brasil. Roxin considera insatisfatório o mencionado preceito constitucional germânico, por entender que em sua literalidade ele parece permitir a cumulação de sanções penais e administrativas (ROXIN, 1997, p. 75). Quanto à extradição e ao *bis in idem* no direito italiano, Mantovani (2001, p. 956 ss.), e, com ênfase nos aspectos comunitários, Dean (1998). No direito português, cite-se o parecer de Figueiredo Dias sobre o chamado caso Varizo (1995, p. 213-222).

<sup>65</sup> Art. 95 – “Poderão ser opostas as exceções de: [...] III – litispendência; [...] V – coisa julgada” – e ss.

<sup>66</sup> Assim, e.g.: “[...] – A prolação de decreto condenatório pelos mesmos fatos delituosos de que foi o acusado processado e absolvido, por sentença transitada em julgado, configura *bis in idem*, devendo, pois, ser anulado o segundo processo para que não se ofenda a coisa julgada” (Apelação Criminal 1.210.071/7, Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, 8ª Câmara, unânime, Rel. Juiz Roberto Midolla, data do julg. 15.2.2001).

<sup>67</sup> Ressalta Muñoz Lorente que essa vertente processual do princípio “[...] tem um caráter meramente profilático, acessório ou coadjuvante do autenticamente importante: o *non bis in idem* material. Em definitivo, como assinala Cuerda Riezu, ambos institutos se traduzem em ‘uma regra de direito que pretende evitar uma pluralidade de efeitos jurídicos sobre um mesmo substrato real’; ou, em outros termos, e *de forma deliberadamente reducionista, tendentes a evitar uma duplicidade de sanções pelos mesmos fatos*” (MUÑOZ LORENTE, 2001, p. 18-19 – grifos originais).

ver identidade dos elementos essenciais (os sujeitos, o pedido e a causa de pedir) de duas ou mais causas (art. 301, § 2º, do CPC).

De se assinalar que a construção processual civil deve ser adaptada às especificidades do processo penal. De fato, como foi bem decidido pelo Superior Tribunal de Justiça (no julgamento do HC 4.325<sup>68</sup>), os elementos constitutivos de uma ação encontram-se em três requisitos:

a) legitimidade ativa e passiva; b) causa de pedir; c) pedido. [...] a teoria geral do processo civil só parcialmente se projeta na teoria geral do processo penal, dado, por exemplo, neste último, não haver pedido, no sentido do processo civil, porque inexistente lide, só analogicamente, far-se-á a aproximação. Não há lide porque, juridicamente, o Ministério Público não se opõe ao réu; ao contrário, os interesses se encontram no mesmo ponto: não haver punição senão pelo fato cometido. [...] Apesar da aproximação dos institutos, na área processual penal, projeção do princípio da reserva legal, impossível punir a pessoa, duas vezes, pelo mesmo fato. Resulta do comando penal – *non bis in idem*. Com isso, afasta-se, terminantemente, a fluência de processo, cuja denúncia repita fato em curso, ou definitivamente apreciado em outro processo” (colhido do voto condutor).

Nesses termos, ocorrerá a litispendência nos casos em que após instaurada a instância e antes do julgamento definitivo da demanda for renovada a propositura de ação idêntica (pode-se aplicar por analogia o estatuído no art. 219 do CPC e considerar a citação válida como marco inicial para fins do reconhecimento da existência de litispendência). Se já decidida anteriormente a lide em caráter

---

<sup>68</sup> HC 4.325, 6ª Turma, maioria, Rel. originário Min. Adhemar Maciel, Rel. designado Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ, 22 set. 1997. Assinala a ementa que: “HC – Processual Penal – Litispendência – Há litispendência quando uma ação repete outra em curso. Os elementos constitutivos são: legitimidade ativa e passiva; causa de pedir e pedido. Esses elementos da Teoria Geral do Processo Civil só parcialmente se projetam na Teoria Geral do Processo Penal, particularmente quanto ao pedido. Repetem-se ações penais quando a imputação atribui ao acusado, mais de uma vez, a mesma conduta delituitosa”.

definitivo, igualmente veda-se a repetição de causas idênticas, agora em razão da eficácia preclusiva ou excludente própria do efeito de imutabilidade externa que resulta da coisa julgada material (art. 301, § 3º, do CPC). Nesse diapasão, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal,

[...] Só há litispendência enquanto em curso ambas as ações penais que digam respeito ao mesmo réu e pelo mesmo fato a ele imputado, e ela, argüida a exceção de litispendência, se resolve, quando ambos os juízes são competentes, pela prevenção em favor daquele que tiver antecedido ao outro “a prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa” (artigo 83 do CPP). Quando, porém, em uma dessas ações já há decisão transitada em julgado, deixa de haver litispendência, e, como salienta Eduardo Espínola Filho (Código de Processo Penal brasileiro anotado, vol. II, 5ª ed., n. 264, p. 301, Editora Rio, Rio de Janeiro, sem data), “em qualquer fase esteja a ação penal, se o juiz verificar que o fato principal foi solucionado por sentença transitada em julgado, no seu próprio juízo, ou em outro, paralisará definitivamente aquele processo, fazendo apensar os respectivos autos aos da outra causa, ou, para isso, os remetendo ao juízo, onde esta ocorreu”. O que implica dizer que, em respeito à coisa julgada, se extingue a ação penal em curso. Finalmente – e esse é o caso sob exame –, quando só se verifica a existência de duas ações penais relativas ao mesmo réu e pelo mesmo fato a ele imputado depois que em ambas suas decisões já transitaram em julgado, essa questão não mais se resolve pela prevenção, que é o critério para a solução da litispendência, que, com o trânsito em julgado da decisão proferida numa delas, já deixou de existir, mas, sim, pelo critério da precedência da decisão transitada em julgado, porquanto, se houvesse sido conhecida essa decisão enquanto a outra ação penal estava em curso, esta ação teria sido definitivamente paralisada, como se salientou acima. [...]

(HC 77.909-3, STF, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Moreira Alves, *Diário de Justiça*, 12 nov. 1999).

### 3.4.1.2 Normas convencionais

#### a) Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da ONU

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos<sup>69</sup>, embora tenha sido aprovado pela Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas em 16.12.1966, apenas recebeu a adesão brasileira em 1992. A cláusula 7 de seu artigo 14 estabelece que “Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e com os procedimentos penais de cada país”. De sua própria inserção sistêmica no referido diploma transnacional resulta claro existir um relativo consenso entre as nações acerca da fundamentalidade do princípio do *ne bis in idem*<sup>70</sup>.

Na realidade, todavia, demonstra-se extremamente ambígua e limitada a garantia aqui prevista<sup>71</sup>. Isso se dá (a) por força do emprego da expressão “delito” como parâmetro do *idem* em vez do termo “fato”, tornando mais fluida a identificação da existência de duplicidade de julgamentos ou de punições em razão das diferentes acepções que aquele vocábulo assume nas diferentes ordens jurídicas nacionais; (b) em razão da exigência de uma sentença penal transitada em julgado, o que reduz a garantia na sua seara processual, uma vez que implicitamente possibilita a convivência de diversos processos ao mesmo tempo, ainda que em diferentes estágios procedimentais; e, sobretudo, em termos de projeção internacional do princípio<sup>72</sup>, (c) diante da ressalva explicitada no final do dispositivo possibilitando a

---

<sup>69</sup> Para uma análise global das garantias processuais asseguradas por esse instrumento, por todos, consulte-se Chiavario (1978, em especial, quanto ao *bis in idem*, p. 495 ss.). Para um extensivo inventário da presença do princípio no direito penal internacional convencional até meados da década passada, Pralus (1996, p. 565-572).

<sup>70</sup> Fazendo apelo ao princípio como “exigência natural de equidade” cuja observância “encontra correspondência no respeito do direito individual” e cujo fundamento radica em “um processo justo”, Galantini (1981, p. 101).

<sup>71</sup> Ressaltando sua limitada relevância, ao menos no direito administrativo francês, Heers (1996, p. 39 ss.).

<sup>72</sup> Nesse sentido, Galantini (1981, p. 118-119) e Amalfitano (2002, p. 935).

pluralidade de julgamentos, tendo em vista as regras freqüentemente adotadas de extraterritorialidade incondicionada e de territorialidade absoluta, como visto inclusive no caso brasileiro. Sobre este último aspecto, relembra Pralus que “o Comitê de Direitos do Homem emitiu uma recomendação segundo a qual o artigo 14, parágrafo 7, não teria alcance internacional e ‘proíbe as duplas condenações por um mesmo fato, apenas quando as pessoas foram julgadas dentro de um mesmo Estado’ [...]” (PRALUS, 1996, p. 567). Diante disso, ao menos no que tange ao Pacto de Direitos Cíveis e Políticos, fica afastada a consagração de um *ne bis in idem* internacional, qual seja, não se reconhece a ampla projeção de efeitos dos julgados penais ou de processos instaurados em um determinado estado na esfera do direito interno dos demais países (retro, item 3.4.1.1).

b) Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) foi adotada e aberta à assinatura em 22.11.1969, e, também, tão-somente em 1992 foi ratificada e promulgada pelo Brasil (por meio do Decreto n. 678, de 6.11.1992). A cláusula 8ª da Convenção, que trata das garantias judiciais, em seu item 4 estabelece que “O acusado absolvido por sentença transitada em julgamento não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”.

Em nosso ver, a cláusula padece de inúmeras deficiências. Em primeiro lugar, parece consagrar somente a vertente processual do princípio, proibindo tão-somente o duplo processo, ainda que se possa implicitamente considerar que também veda o duplo sancionamento. Em segundo lugar, refere apenas as hipóteses de absolvição, quando a garantia se aplica da mesma maneira ao que sofreu anterior condenação pelos mesmos motivos, exatamente para que não seja mais severamente sancionado<sup>73</sup>. Em terceiro lugar, resguarda apenas efeitos da coisa julgada, não obstaculizando que durante a tramitação de um processo e antes da solução definitiva da lide ou-

---

<sup>73</sup> De se ver que, se atendida essa observação, estendendo-se a vedação de duplo processo ao réu já condenado anteriormente, não se impediria que fosse ressalvado a este poder se valer de ação revisional ou que existisse uma proibição geral de revisão *pro societate*.

tras investigações sejam instauradas ou outros processos iniciados pelas mesmas razões. De positivo destaca-se que o preceptivo proíbe o novo processo “pelos mesmos fatos”. Nesse exclusivo aspecto, isso torna essa versão da cláusula mais abrangente do que diploma internacional analisado anteriormente.

De qualquer sorte, mesmo a expressão “mesmos fatos” traz dificuldades práticas para a aplicação do princípio diante das peculiaridades dos diferentes ordenamentos jurídicos envolvidos. Apenas a presença desses pode não ser suficiente para redundar na aplicação do princípio. Assim, e.g., na Espanha, até o advento de um novo posicionamento do Tribunal Constitucional, adotado no final da década de 1990 (com a sentença n. 177/1999), exigia-se para sua configuração os

[...] seguintes requisitos: 1º) que exista identidade absoluta de fatos e, com ele, de sujeito ativo; 2º) que o fundamento de ambas as sanções seja idêntico; 3º) que, como regra geral, sejam aplicados por autoridades da mesma ordem e mediante procedimentos distintos; e, 4º) em caráter negativo, que em caso de duplicidade de sanções administrativa e penal, não exista um relação de supremacia especial da administração [...] que justifique o exercício do *ius puniendi* pelos Tribunais e, ao mesmo tempo, a capacidade sancionadora da Administração (GARCÍAS PLANAS, 1989, p. 11)<sup>74</sup>.

### 3.4.2 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Se das normas infraconstitucionais estudadas resultam patentes as inúmeras limitações ao alcance do *bis in idem* no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, essa inteligência é confirmada pela análise dos acórdãos da jurisprudência criminal do STF nos quais o princípio foi suscitado<sup>75</sup>. Como veremos perfunctoriamente, apenas para extrair a leitura que dele é feita pela Corte Suprema, para além

---

<sup>74</sup> Para um minudente levantamento do princípio no âmbito do Tribunal Constitucional daquele país, Manzano (2002).

<sup>75</sup> Todos os acórdãos referidos no texto foram selecionados no quadro dos existentes sobre o tema no sítio da instituição na Internet: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp>>. Foi aí igualmente que se obteve o texto integral dos escolhidos.

dos julgados pertinentes às normas infraconstitucionais que expressamente consagram o princípio, já referidos quando do estudo daquelas, existem inúmeras outras questões penalísticas nas quais essa suscitação é recorrente. Destarte, não obstante reconhecendo o princípio e consagrando sua observância em nossa ordem jurídica, a Corte é em geral parcimoniosa no seu reconhecimento concreto.

Muitos arestos problematizam aspectos relacionados à aplicação conjunta de leis penais diversas ou de distintos dispositivos da mesma norma legal que parecem incidir sobre os mesmos fatos (matéria que na verdade remete ao concurso aparente de normas penais). A ser resolvido pelos princípios hermenêuticos usualmente aplicáveis ao tema, a saber: (a) especialidade (quando duas normas possuem o mesmo núcleo comum, mas uma delas contém um *plus* especializante em comparação a outra, e.g., a relação entre o homicídio e o infanticídio); (b) subsidiariedade (uma norma penal define uma conduta típica que é meio imprescindível à prática de um outro crime, e.g., não há como cometer-se homicídio sem praticar lesão corporal); (c) consunção (um crime é meio habitual à prática de outro ilícito, e.g., o falso como meio executivo para perpetração do estelionato); (d) antefato (atos preparatórios, anteriores ao início do *iter criminis*, e.g., no homicídio, a escolha do lugar, a compra da arma etc.) e (e) pós-fato impuníveis (mero exaurimento do crime já consumado, e.g., a venda do objeto furtado feita ao receptor pelo próprio ladrão). Nessa linha, existem inúmeros arestos discutindo a questão da aplicação do acréscimo da pena previsto na Lei de Crime Hediondos (LCH)<sup>76</sup> para as modalidades dos crimes de estupro (art. 213 do CP) e de atentado violento ao pudor (art. 214 do CP) já qualificadas<sup>77</sup> no próprio Código Penal, por exemplo, quando tiver

---

<sup>76</sup> Assim denominada a Lei Federal n. 8.072/1990, cujo art. 9º estabelece que “As penas fixadas no art. 6º para os crimes capitulados nos arts. [...] 213, *caput*, e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único, 214 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único, todos do Código Penal, são acrescidas de metade, respeitado o limite superior de 30 (trinta) anos de reclusão, estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224 também do Código Penal”.

<sup>77</sup> “Art. 223. Se da violência resulta lesão corporal de natureza grave: Pena – reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos. Parágrafo único. Se do fato resulta a morte: Pena – reclusão, de 12 (doze) a 25 (vinte e cinco) anos.”

sido perpetrado contra menores ou com abuso do pátrio poder<sup>78</sup>. Dentre os inúmeros acórdãos que acabaram por consolidar a posição do STF sobre o problema, utilizaremos como paradigma o promanado do Habeas Corpus (de agora em diante HC) n. 74.780-9 (2ª Turma, unânime, Rel. Min. Maurício Corrêa, *Diário de Justiça*, 6 fev. 1998). Como se infere da ementa do aresto<sup>79</sup>, no caso concreto, não se considerou vulnerado o princípio em razão do argumento da dupla valoração do mesmo fato (menoridade), quer para suscitar a incidência da exacerbação das penas decorrente do reconhecimento da violência, quer para justificar sua elevação oriunda do que determina a LCH. Alicerçando sua construção nesse aspecto, argumenta o relator que

---

<sup>78</sup> “Art. 226. A pena é aumentada de quarta parte: I – se o crime é cometido com o concurso de duas ou mais pessoas; II – se o agente é ascendente, pai adotivo, padrasto, irmão, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela; III – se o agente é casado.” Com o advento da Lei Federal n. 11.106/2005, o dispositivo citado passou a ter a seguinte redação: “Art. 226. A pena é aumentada: I – de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas; II – de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrastra, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela; III – (revogado)”.

<sup>79</sup> “Cujo teor essencial é o seguinte: “[...] 1. Paciente condenado à pena mínima de 7 anos e 6 meses de reclusão por atentado violento ao pudor (CP, art. 214) praticado contra menor com nove anos de idade (CP, art. 224, I: violência presumida) e sob o seu pátrio poder (CP, art. 226, II). Pena acrescida de metade, com base no art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90): ‘As penas fixadas no art. 6º para os crimes capitulados nos arts. 213 e [...] 214 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único [...] do Código Penal, são acrescidas de metade [...] estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224 também do Código Penal’. 2. A particular situação da vítima, de não ser maior de 14 anos, é utilizada tanto para presumir a violência como para aumentar a pena de metade: no primeiro caso é circunstância elementar do tipo penal codificado (art. 214) e no segundo é causa de aumento da pena prevista na lei extravagante (art. 9º da LCH). 3. Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor independem da idade da vítima, que pode ser menor ou maior de 14 anos, sendo que os tipos penais exigem que tenha ocorrido violência presumida ou real, ao passo que o agravamento previsto no art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos aplica-se ao caso, entre outros, em que a vítima é menor de 14 anos. Não-ocorrência de *bis in idem*. Precedentes. 3. *Habeas corpus* conhecido, mas indeferido”. Ao argumento de que, para caracterizar a violência nesses casos, na realidade consideram-se fatos distintos, é afastado precedente anterior que dimanava do HC 72.070-6 (STF, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ, 22 mar. 1996), que acolhia a alegação do *bis in idem*, inclusive, contando com o voto do mesmo ministro.

[...] em primeiro lugar noto que a particular situação da vítima, que no caso é não ser maior de quatorze anos, é utilizada tanto para se presumir a violência como para aumentar a pena de metade: no primeiro caso é circunstância elementar do tipo penal codificado (art. 214) e no segundo é causa de aumento da pena prevista na lei extravagante (art. 9º). [...] entendendo que estamos diante de um conceito que produz dois efeitos distintos: o fato de não ser a vítima maior de quatorze anos presume a violência, que é uma das circunstâncias necessárias para ocorrer o tipo previsto no art. 214 do Código Penal e também aumenta a pena de metade por se tratar de crime hediondo. Quer se saber se, no caso, ocorre *bis in idem*. Da minha parte entendo que temos, no caso, apenas a aparência de *bis in idem*, porque os crimes de estupro e atentado violento ao pudor independem da idade da vítima, que pode ser menor ou maior de 14 anos, e é praticado com violência presumida ou real, ao passo que o agravamento previsto no art. 9º aplica-se apenas aos casos em que a vítima é menor de 14 anos. [...] Maurício Alves Duarte entende que “o art. 9º veio corrigir uma iniquidade, porque, antes dele, para o Código, a violência real, nos casos dos arts. 213 e 214, praticada contra vítima abrigada pelo art. 224 do CP, é considerada como um indiferente penal uma vez que tal circunstância fática não mereceu tratamento penal próprio, sendo subsumida e abrangida pela presunção de inocência que ensejava igual sanção criminal. Entretanto, com o advento do art. 9º da LCH, tal iniquidade restou corrigida, ao estabelecer a majoração de pena, nos casos dos arts. 213 e 214, na forma simples e qualificada, com violência real, contra vítima abrangida pelas hipóteses do art. 224 do CP. Até então, a questão da violência real, nos casos do art. 224, não apresentava relevância penal, em razão do apenamento comum, mas, a partir da Lei n. 8.072, tal fato mereceu consideração específica da lei, depurando a distorção instituída pelo Código” (RJ 220/39) [...] [grifei].

Inúmeros acórdãos tratam de aplicação plural de distintas normas incriminadoras (matéria que conduz ao concurso efetivo de normas penais), remetendo aos casos de concurso material (art. 69 do CP) ou formal (art. 70 do CP) de crimes, bem como àquelas hipóteses de crime continuado (art. 71 do CP). Destaque-se, assim, que ocorre o reconhecimento expresso da existência do concurso ideal ou formal de crimes pelo ordenamento penal brasileiro. Esse exatamente tem por pressuposto a premissa de que um mesmo fato poderá ensejar a múltipla violação de diversos bens jurídicos, do que resulta não só a possibilidade da presença nessa hipótese de uma pluralidade de crimes, como implica uma evidente mitigação do alcance do *ne bis in idem*. Por outro, também, não há qualquer dúvida na jurisprudência hegemônica de que, “[...] no concurso material, não caracteriza dupla incidência das causas especiais de aumento de pena a majoração da sanção penal aplicada sobre cada um dos crimes praticados (HC 69.810, entre outros). [...]” ( HC 72.939-8, STF, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ, 25 abr. 1997). Nesse quadro, vários julgados abordam a aplicação conjunta da forma qualificada de quadrilha armada com as qualificadoras decorrentes da presença de uma pluralidade de agentes ou do uso de arma de fogo no roubo. No HC 75.349-3 (STF, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ, 26 nov. 1999<sup>80</sup>), nesse ângulo específico<sup>81</sup> não se reconheceu a presença do *bis in idem*. Dessarte, sem maiores

---

<sup>80</sup> Com a seguinte ementa: “ ‘Habeas Corpus’. Paciente condenado à pena de 19 anos de reclusão, como incurso nos arts. 288, parágrafo único, e 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal. Insuficiência de provas. Não cabe, em ‘Habeas Corpus’, reapreciar fatos e provas. Certo é que as decisões condenatórias consideraram o complexo das provas trazidas aos autos, não se cuidando de condenação sem provas. Dosagem da pena. Cumulação da qualificadora do crime de roubo (uso de arma) com qualificadora de quadrilha armada. O crime de quadrilha é um crime autônomo, que independe dos demais crimes que vierem a ser cometidos pelo bando. É, também, um crime permanente que se consuma com o fato da associação e cuja unidade perdura, não obstante os diversos crimes-fim cometidos pelos integrantes do grupo criminoso. Delito de quadrilha. Vítimas diversas. Dupla apenação que configura ‘bis in idem’. ‘Habeas Corpus’ deferido parcialmente para reduzir a pena imposta de dois anos, em ordem a que não subsista a dupla apenação pelo delito de quadrilha qualificada, cada qual com dois anos de reclusão, mantendo-se, tão-só, uma condenação, no particular”.

<sup>81</sup> Como se lê da ementa, o *bis in idem* que foi reconhecido no julgamento originou-se da exclusiva dosimetria do crime de quadrilha, na qual, erroneamente, consideraram-se autonomamente os vários crimes cometidos pela *societas sceleris*.

fundamentações quanto à inevitável questão da identidade de fatos, o acórdão limitou-se ao acolhimento do parecer ministerial centrado na jurisprudência dominante, no sentido de que

[...] a prática do crime de roubo qualificado não absorve o delito de quadrilha ou bando. Daí, o agente que participa da formação deste, como seu autor intelectual, e, em conjunto com os seus associados comete aquele, não só pode como deve ser apenado pelos dois delitos que praticara. [...].

A solução adotada, na verdade, pois, remete à questão dos fatos que atingem diferenciadas objetividades jurídicas caracterizando situações de concurso de crimes<sup>82</sup>.

A questão do *bis in idem* nos crimes permanentes também tem freqüentado a jurisprudência do STF. Como se sabe, nessa modalidade de ilícito as ações tipicamente relevantes podem protrair-se no tempo e perpetuar a periclitção do bem jurídico protegido pelo tipo penal<sup>83</sup>. Em razão dessa estrutura resulta problemática a questão

---

<sup>82</sup> Nesse mesmo sentido, com apoio na jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol e invocando a lição doutrinária de Cobo del Rosal e Vives Antón, manifesta-se Cano Campos (2001, p. 196). Como deixa claro outro precedente, “[...] O crime de formação de quadrilha (CP, art. 288, *caput*) prevê no seu tipo penal o concurso de quatro pessoas, no mínimo, e se qualifica pelo uso de armas (parágrafo único); o crime de roubo (CP, art. 157) se qualifica pelo concurso de pessoas e uso de armas (§ 2º, I e II). Em suma: a associação de pessoas é elementar do crime de quadrilha e qualificadora do crime de roubo e o uso de armas qualifica ambos. Não ocorre *bis in idem* na apenação de ambos, em concurso material, porque os crimes têm tipificação autônoma e ocorrem em momentos distintos: o crime de quadrilha se consuma pela simples associação e não pelo resultado da participação conjunta das pessoas associadas, de forma que num roubo praticado por membros de uma quadrilha só respondem os que efetivamente de alguma forma dele participaram. Assim, o roubo pode ser praticado com ou sem o uso de armas e por um ou mais membros da quadrilha e em concurso, ou não, de pessoas estranhas à mesma [...]” (HC 77.134-1, STF, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ, 16 out. 1998).

<sup>83</sup> Observe-se, todavia, que “todos os crimes são instantâneos do ponto de vista do momento consumativo. Sob o aspecto do modo de realização, e, em particular, da sua duração, os crimes podem ser instantâneos, necessariamente ou não-necessariamente, e permanentes. No primeiro caso, a figura legal exclui a possibilidade de permanência. No segundo, ainda que não excluída da *fattispecie* abstrata, o agente não protrai sua atividade criminosa para além da perfectibilização do crime, quer por sua escolha, quer porque não vê ou não existem condições para tanto, quer por outro motivo contingen-

do estabelecimento do marco temporal considerado para fins de propositura da ação penal que poderá remeter à múltipla consideração dos mesmos fatos. Por outro lado, estabelecido o momento que foi considerado para propositura da ação, a eventual manutenção da conduta delituosa posterior a esse caracterizará hipótese de novo crime, em situação de concurso formal com o anterior. Para ilustrar essa posição da Corte selecionamos um precedente (HC 78.821-1, STE, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ, 17 mar. 2000<sup>84</sup>) que envolve o crime de quadrilha. Em hipótese na qual o réu já havia sido denunciado anteriormente pela prática do crime de quadrilha, no contexto de vários crimes perpetrados pela associação delituosa, foi afastado o *bis in idem* porque, após iniciada uma ação penal contra o réu pela prática do crime de quadrilha, esse persistiu na prática de novos delitos e desses é que resultaram uma segunda imputação pelo mesmo tipo penal, mas que seria alicerçada em fatos diversos. Como assinala o ministro relator,

[...] repousa a essência da inconformação do impetrante (antes como agora) na determinação do momento em que se deva ter como cessada a permanência do crime de quadrilha. Já teve essa questão a oportunidade de ser examinada pela Turma, em acórdão da lavra do eminente Ministro Pertence, no Habeas Corpus n. 71.368, tendo-se, então, como objetivo a demarcação do termo inicial do prazo de prescrição, ao passo que cumpre, aqui, examiná-la sob o prisma da assertiva de *bis in idem* formulada neste Habeas Corpus, contra a nova denúncia assentada ao paciente, ainda pelo delito de quadrilha. Naquela assentada (HC 71.368), afastou, em seu douto voto, o Relator, *como regra geral ou princípio jurídico, a tese da cessação da permanência pela simples instau-*

---

te. No terceiro, em permitindo a *fattispecie* abstrata, o agente decide protrair a duração do crime para além da consumação” (GRISOLIA, 1996, p. 08).

<sup>84</sup> Cujá ementa consigna: “Correto o acórdão impugnado, ao ter como cessada, com a denúncia, a permanência do delito de quadrilha, para o efeito de admitir (sem que se incorra, por isso, em *bis in idem*) a legitimidade, em tese, de nova acusação pela prática de crime daquele mesmo tipo”.

*ração do inquérito, salvo eloqüente particularidade derivada de fato concreto, como aquela em que haja tido origem, em flagrante, a investigação policial. Adotou, então, S. Exa., como fator de “interrupção da linha contínua que é o delito permanente”, o conceito do eminente Ministro Evandro Lins, expresso como relator do Habeas Corpus n. 71.368, no sentido de que: “... se o paciente continuou praticando o crime, isto pode ser objeto de outro procedimento penal, mas não seria causa para interromper a prescrição”. Esse parece, realmente, ser o divisor apropriado também para a hipótese em julgamento, de modo a afastar a pretensão de impunidade, a que alude a precisa informação do Desembargador Raul Quental. Veja-se que, no caso presente, não apenas já estava recebida a denúncia anterior (quando do oferecimento da segunda) como, até mesmo, condenado o paciente. [...] [grifei]<sup>85</sup>.*

No âmbito do chamado *bis in idem* processual, uma questão bastante recorrente nos anais da Corte é a referente aos efeitos preclusivos da decisão judicial de arquivamento do inquérito penal (no direito processual penal brasileiro caracteriza-se como um procedimento de caráter administrativo e pré-processual, pelo qual colhem-se os elementos probatórios necessários à formação da *opinio delictis* do Ministério Público, acerca da propositura ou não de uma ação penal pública mediante o oferecimento da denúncia). A posição

---

<sup>85</sup> Atente-se que apenas a persistência de novas práticas delituosas pelos quadrilheiros após o lapso temporal abrangido por dada ação penal é que permitirá a renovação da imputação do crime, mas, aí, em razão de novos fatos. Nesse sentido exato aponta o HC 72.642-9 (STF, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Celso de Mello, DJ, 21 nov. 1997), cuja ementa registra: “Habeas corpus - Crime de quadrilha - Delito permanente - Fatos distintos que se subordinam ao mesmo momento consumativo - Ocorrência de *bis in idem* - Pedido deferido. O crime de quadrilha constitui delito de natureza permanente, cujo momento consumativo se protraí no tempo. Enquanto perdurar a associação criminosa subsistirá o estado delituoso dela resultante. Os episódios sucessivos inerentes ao estado de associação criminosa compõem quadro evidenciador de um mesmo e só delito de quadrilha ou bando. O agente não pode sofrer dupla condenação penal motivada por seu envolvimento em episódios fáticos subordinados ao mesmo momento consumativo, ainda que ocorridos em instantes diversos”.

jurisprudencial hegemônica foi bem minudenciada no julgamento do HC 80.560 (STF, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Sepúlveda Perence, *DJ*, 30 mar. 2001). O eminente relator, com apoio na melhor doutrina, em seu voto dilucidou magistralmente os exatos contornos da *quaestio juris* enfrentada – dispensando qualquer acréscimo – ao estabelecer que

[...] A afirmação corrente de que o arquivamento do inquérito ou de diferentes modalidades de peças informativas do delito não faz coisa julgada há de ser sempre recebida *cum grano salis*, para evitar generalizações indevidas. *A eficácia preclusiva da decisão que defere o arquivamento é similar à daquela que rejeita a denúncia e, como a última, se determina em função dos seus motivos determinantes.* José Frederico Marques retomou e desenvolveu observações de Bento de Faria (C. Proc. Penal, 1942, 1/77), em página do clássico *Elementos de Direito Processual Penal* (v. 11/173, n. 353), que merece ser recordada: “O arquivamento não impede a propositura ulterior da ação penal, e tampouco que se reabram as investigações sobre o fato delituoso. É, aliás, o que se infere claramente do disposto no art. 18. Traz Bento de Faria, no entanto, seguras e interessantes observações sobre o assunto, registrando, em primeiro lugar, que ‘cumpre não confundir o arquivamento, não impediendo a questionada reabertura, com a recusa de promover a ação. Neste caso, não se justificaria a reabertura de um procedimento policial, pelo mesmo fato contra o mesmo acusado, quando o procedimento da Justiça foi recusado pelo juiz por não ter sido considerado crime o fato argüido’. Ao depois, ensina o sentido da expressão novas provas – do art. 18 – para dizer que por elas ‘se entende as que não foram apreciadas, mas não a nova conceituação das que foram produzidas’. E reproduz o ensinamento de Marconi Marangio, nos termos seguintes: ‘*Nuove prove, non diversa volutazione dei fatti già accertati*’. Esclarece, por fim, que essas novas provas ‘podem ser constituídas pelos novos depoimentos das testemunhas já ouvidas, ou novas declarações do praticante

do crime ou exames ou documentos ainda não submetidos ao conhecimento do juiz'. [...]". A jurisprudência do Tribunal tem seguido no ponto o ensinamento da melhor doutrina. Certo, da interpretação *a contrario sensu* do art. 18 C.Pr.Penal, resultou a *Súmula 524*: "*Arquivado o inquérito policial por despacho do juiz, a requerimento do Promotor de Justiça, não pode a ação penal ser iniciada sem novas provas*". Tanto nos acórdãos que lastrearam o enunciado, quanto nos que têm aplicado a *Súmula 524*, o Tribunal, na linha dos doutores mencionados, *não só tem adotado o conceito substancial e não formal do que sejam novas provas para o fim previsto no art. 118 C.Pr.Penal* (v.g., RE 70.721, Adaucto, 3.12.-70, RTJ 57/881 e RT 431/420; HC 57.191, Décio, 28.8.79, RTJ 91/831 e RT 540/393; HC 6-7.325, 9.5.89, Borja, RTJ 129/249 e RT 674/356) – mas também que *a nova classificação legal do mesmo fato não autoriza a denúncia, depois de arquivado o inquérito* (RHC 59.764, Muñoz, 18.5.82, RTJ 103/590) e, finalmente, que *“o arquivamento requerido pelo Ministério Público e deferido pelo juízo, com fundamento na atipicidade do fato, impede a instauração de uma ação penal”* (HC 66.625, Gallotti, 23.9.88, RTJ 127/193 e RT 670/357). Este último – HC 66.625 – o precedente de relevo decisivo no caso. Depois de recordar – na linha do parecer da Procuradoria-Geral da República, de lavra do saudoso A G. Valim Teixeira – o entendimento de Bento de Faria, prestigiado por Frederico Marques, seguiu, com a elegante precisão do estilo, o voto condutor do em. Ministro Octavio Gallotti: "*O arquivamento, por não impedir pesquisas supervenientes (art. 18 do CPP), não produz coisa julgada material. É ‘decisão tomada rebus sic stantibus’*, no dizer de Hélio Tornaghi (Processo Penal, ed. 1953, p. 293). Por isso mesmo, *não se lhe pode negar um efeito assemelhado à preclusão ou à coisa julgada formal, porque o levantamento das suas conseqüências está necessariamente a depender de ocorrência da modificação de um estado de fato, ou seja, do surgimento de novas provas.*

*Assim, a possibilidade da superação do efeito do despacho determinante do arquivamento está subordinada à transitoriedade da motivação da promoção do Ministério Público e da decisão judicial que a acolheu. Na espécie dos autos – onde não se pôs em dúvida a prova do fato mas o seu relevo penal – esse fundamento não é passageiro, mas essencial e permanente, bastando para pôr o paciente a salvo de responder a nova ação penal pela mesma conduta anteriormente considerada”. [...] (grifei).*

## **4 Ne bis in idem e direitos fundamentais expressos na Constituição Federal de 1988**

### **4.1 As principais facetas do princípio**

Com base no estudo efetuado já poderíamos afirmar que o *ne bis in idem*, em sua vertente criminal, situa-se na esfera dos direitos fundamentais análogos, em razão de sua inegável essencialidade (seja qual for o conceito material que adotemos)<sup>86</sup>. Com efeito, para ficarmos na clássica configuração de Vieira de Andrade (retro, item 2.2.3.1), facilmente reconhece-se a existência *in casu* de um radical subjetivo que se projeta no resguardo da liberdade e da segurança nas relações sociais e jurídicas, consubstanciando garantia incontornável da cidadania. Sua presença é indispensável em um estado democrático de direito, fundado na dignidade da pessoa humana<sup>87</sup>. De outra forma essa restaria gravemente vulnerada em razão do estado de terror psicológico dos cidadãos, decorrente do fundado receio de que o poder punitivo do estado, qual verdadeira espada de Damôcles, a qualquer tempo poderia sujeitá-los a uma nova punição ou à renovação da

---

<sup>86</sup>Vide *item 2.2.3*, retro. Relembre-se que, em nosso entendimento, para confirmar-se um tal prognóstico é mister comprovar também se o princípio vincula-se aos demais direitos fundamentais catalogados, exatamente a tarefa a que nos propomos neste passo.

<sup>87</sup>Sobre esse princípio de difícil conceituação em razão das incontáveis conotações que pode assumir, dentre outros, Delpérée (1999). Como lembram Canotilho & Moreira, “concebida como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem [...]. A ‘dignidade da pessoa humana’ é, assim, um valor autônomo e específico inerente aos homens em virtude de sua simples personalidade [...]” (CANOTILHO; MOREIRA, 1993, p. 58-59).

tensão processual, por hipótese pela qual já haviam sido anteriormente punidos ou julgados.

Configura-se como um direito fundamental multifário que pode ser desdobrado nas seguintes modalidades principais:

#### 4.1.1 “*Bis in idem*” interno, internacional e extradicional

Sob uma perspectiva do seu alcance espacial, apresenta-se como (1) “*bis in idem*” interno e (2) “*bis in idem*” internacional, consoante sua proteção se limite ao âmbito nacional ou repercute amplamente nos demais estados, sendo o ponto de contato entre ambos fornecido pelo chamado (3) “*bis in idem*” extradicional, enquanto parâmetro que influencia a entrega de um indivíduo para julgamento no Estado requerente, conforme esse já tenha ou não sido processado, julgado ou sofrido sancionamento pelos mesmos motivos no Estado requerido ou em um terceiro país<sup>88</sup>.

#### 4.1.2 “*Bis in idem*” formal e material

Sob um ponto de vista ontológico, que é o que releva aqui considerar, manifesta-se como (1) “*bis in idem*” material, consubstanciado no estabelecimento da impossibilidade de imposição ao indivíduo (*ne*) de mais de uma sanção penal (*bis*) em razão de uma mesma prática delituosa (*idem*), e como (2) “*bis in idem*” formal, entendido como proibição da realização (*ne*) de novo processo e/ou investigação criminal, bem como a decorrente realização de um segundo julgamento (*bis*), após o indivíduo ter sido anteriormente julgado por essa razão ou por já estarem em curso processo ou investigação instaurados por idêntico motivo (*idem*).

#### 4.1.3 A identidade de fatos

Qualquer dessas duas últimas categorias (material x formal) que se considere<sup>89</sup> remete ao aspecto fulcral da determinação do

---

<sup>88</sup> Sobre as características e limitações dessas manifestações do princípio, retro, vide alíneas *a* e *b* do item 3.4.1.1.

<sup>89</sup> A discussão exposta resulta evidente do próprio teor do conceito material do princípio. De outra parte, para além da questão da identidade entre os processos (retro, item 3.4.1.1, alínea *c*), no *bis in idem* processual também é relevante a questão da identidade dos fatos em razão do princípio da correlação entre a denúncia (na qual aqueles são descritos,

parâmetro balizador da identidade que se quer existente (*idem*). Como visto anteriormente, nesse aspecto, as normas jurídicas, brasileiras e internacionais, que tratam da questão empregam indiscriminadamente os conceitos de (a) *crime* e de (b) *fato*. Por outro lado, no campo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal por nós pesquisada, é manifesta a supremacia do sopesamento dos *fatos* envolvidos como critério para a identificação das presenças das facetas material e processual do princípio, embora quase sempre sem definir expressamente em que consistem os requisitos necessários ao reconhecimento daquela identidade<sup>90</sup>.

A questão é polêmica e extrapola de nossos objetivos imediatos. De toda sorte, para contribuir com o melhor delineamento dos contornos do princípio, vejamos como o assunto é cuidado internacionalmente<sup>91</sup>. De maneira geral, os diferentes posicionamentos remetem ao predomínio de distintas concepções naturalistas ou normativas sobre o tema. Para as primeiras, originadas da Itália e mais antigas,

---

como matéria de imputação) e a sentença (na qual aqueles são sopesados, como objeto de valoração). E essas são as peças processuais decisivas no reconhecimento quer da litispendência, quer da coisa julgada.

<sup>90</sup> Nessas condições, dentre os acórdãos que tratam do tema, podem ser referidos os seguintes julgados, todos do STF: Recurso de HC 52.959, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Bilac Pinto, *DJ* de 21 mar. 1975; Recurso Criminal 1.299, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Rodrigues Alckmin, *DJ* de 25 nov. 1977; Recurso de HC 62.715-3, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJ* de 29 nov. 1985; Recurso de HC 63.989-4, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Octavio Gallotti, *DJ* de 1º ago. 1986; Recurso de HC 66.317-6, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Aldir Passarinho, *DJ* de 1º jul. 1988; HC 71.125-1, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* de 9 set. 1994; HC 74.171-1, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* de 20 ago. 1996; HC 76.550-1, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJ* de 18 set. 1998; HC 76.852-8, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJ* de 10 mar. 2000.

<sup>91</sup> Para uma ampla análise de direito comparado sobre esse problema, por todos, Manzano (2002, p. 87 ss.). Para a discussão da identidade de fato no direito penal italiano, consultem-se a lição precursora de Cordero (1958, especialmente p. 938-941) e o balanço de Bellora (1990), efetuado a propósito de acórdão da Corte de Cassação. Este último autor alerta que, “se parece correto evitar a preclusão no caso analisado, não se pode deixar de dizer que o meio escolhido para evitá-la (a equação ‘fato = conduta + evento + nexo causal’) comporta perigos bem maiores do que os que busca evitar, conduzindo a conclusões inaceitáveis se aplicada no âmbito das relações entre o *bis in idem* e outras figuras delituosas, como ocorre aqui – de modo paradigmático – no caso do crime progressivo” (BELLORA, 1990, p. 1637).

a identidade objetiva requerida tem como referente exclusivo uma conduta humana que delimita a partir de parâmetros espaço-temporais, isto é, tendo em conta o lugar e o momento em que se produz, sem considerar qualquer critério jurídico. Espaço e tempo se convertem nos elementos que configuram a unidade do fato [...] (MANZANO, 2002, p. 90-91).

Em razão das limitações dessa concepção, como resulta claro de sua aplicação nos crimes progressivos ou no concurso heterogêneo de crimes,

[...] foram elaboradas teorias normativas que têm em comum partirem da insuficiência das teorias naturalistas e assumir que o fato, enquanto objeto do processo, só pode ser configurado a partir de critérios jurídicos. [...] o fato não é um evento acontecido, o trecho da realidade, mas um “fato punível”, um “fato que reveste de características de delito”. O parâmetro jurídico que dota de unidade o acontecido é a norma penal na qual se descreve a figura delitiva [...] (MANZANO, 2002, p. 91).

Na Alemanha, elaborou-se na doutrina uma distinção entre o conceito processual e o conceito material-penal de fato consoante as respectivas facetas do instituto. O primeiro conceito, que é doutrinariamente hegemônico, releva-se mais abrangente que o segundo, “pois inclui casos de unidade natural da ação, de ações continuadas e crimes permanentes” (MANZANO, 2002, p. 92). E interpretando o alcance da garantia *bis in idem*<sup>92</sup>, o Tribunal Constitucional inicialmente decidiu que a garantia abrangia apenas a vertente processual (BverGE 23, 191 – 202), como refere Manzano (2002, p. 92), e exarou precedente no qual conceituou como fato “o acontecimento histórico, a que se remetem a demanda e a decisão de abertura do procedimento, e em cujo marco o demandado deve haver realizado um tipo delitivo como autor ou partícipe” (apud MANZANO, 2002, p. 91).

Na Espanha, onde parece predominar uma concepção normativista para o reconhecimento da incidência do princípio, para seu reconhecimento torna-se necessária a presença de uma tríplice

---

<sup>92</sup> Expressa na Constituição daquele país, vide notas 59 e 68, retro.

identidade, a saber: (a) identidade de sujeito, (b) identidade de fato e (c) identidade de fundamento. Essas conformam faces de um mesmo prisma, contudo é a identidade de fundamento que se consubstancia decisiva para o reconhecimento da garantia. Como nos esclarece Cano Campos, naquele país o *ne bis in idem* em realidade

não proíbe realmente que alguém possa ser sancionado duas vezes pelos mesmos fatos, senão que seja castigado duas vezes pelos mesmos fatos *sobre a base de idêntico fundamento*. [...] a identidade de fundamento alude aos bens jurídicos implicados: se o fato de um mesmo sujeito lesiona ou põe em perigo vários bens jurídicos (ou o mesmo bem várias vezes) não há identidade de fundamento e, portanto, cabe a duplicidade de sanções. Por conseguinte, o pressuposto de que parte a regra não é o fato nu, mas o de que o fato lesiona ou põe em perigo um bem jurídico; quer dizer, é o ilícito ou a infração. O pressuposto de fato da norma – o *idem* – será a infração; a consequência jurídica – o *bis* –, a sanção. [...] (2001, p. 195-196).

Diante dos contornos do princípio, que resultaram de nossa análise dele no ordenamento jurídico brasileiro, pode-se acolher essa lição como a ele aplicável.

#### 4.2 *Ne bis in idem* e valores constitucionais expressos: presença da proporcionalidade

Consoante as vertentes do princípio que se considere, a saber, o *bis in idem* formal e o *bis in idem* material, vejamos como essas podem mesmo ser correlacionadas – por implicância ou derivação – com os outros direitos fundamentais catalogados pela Constituição Federal de 1988. Diga-se que – embora de modo mais difuso – poderíamos relacionar o *bis in idem* com direitos fundamentais abrangentes e relativamente indeterminados, tais como a dignidade da pessoa humana (retro, item 4.1) e/ou com princípios penais mais específicos, tais como os da culpabilidade (art. 5º, XLVI<sup>93</sup>) e o da

---

<sup>93</sup> Na doutrina brasileira reconhece-se a parêmia *nullum crimen sine culpa* no art. 5º, XLVI, da CF de 1988.

proibição de penas cruéis (art. 5º, XLVII, “e”). Tendo-os por suficientes para comprovação de sua materialidade, porém, por serem nessas hipóteses mais evidentes e profundos os liames, cogitaremos apenas dos seus vínculos, respectivamente, com (a) o princípio da intangibilidade da coisa julgada e com (b) o princípio da legalidade ou da reserva legal. Em nossa perspectiva, ainda, a ligação entre o *ne bis in idem* (nas suas referidas angulações formal e material) com os mencionados valores constitucionais expressos se dá necessariamente pela mediação integradora do princípio da proporcionalidade. Por sua vez, é o sopesamento plúrimo de todos os seus subprincípios, a saber: o da adequação ou idoneidade, o da exigibilidade ou necessidade e o da proporcionalidade (em sentido estrito)<sup>94</sup>, que permitirá constatar a efetiva observância desse vetor hermenêutico na hipótese enfrentada.

#### 4.3 *Ne bis in idem* formal e o princípio da intangibilidade da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF)

Como visto ao estudarmos a presença do princípio na legislação infraconstitucional, o *bis in idem* formal<sup>95</sup> encontra abrigo no

---

<sup>94</sup> Para a doutrina de Gomes Canotilho, respectivamente, subprincípios da (a) conformidade ou adequação, pressupondo que “a medida adoptada para a realização do interesse público deve ser apropriada para a prossecução do fim ou fins a ela subjacentes”; (b) exigibilidade, no sentido de que “para obtenção de determinados fins, não era possível adoptar outro meio menos oneroso para o cidadão”; e (c) a proporcionalidade em sentido estrito, pelo qual os “meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, a fim de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim” (CANOTILHO, 2002, p. 269-270). Para um aprofundamento do conteúdo desses subprincípios, aos quais acresce os da razoabilidade, da determinabilidade e da garantia de conteúdo essencial, vide Novais (2003, p. 729-798).

<sup>95</sup> Essa face do princípio – em certo sentido mais complexa do que aquela material apontada – apresenta-se de diferentes maneiras e com distintas conseqüências, consoante foi bem registrado na doutrina espanhola construída a partir das decisões do Tribunal Constitucional. Assim, “[...] em primeiro lugar, a proibição de duplo processo se vincula ao direito a tutela judicial efetiva e com a denominada ‘coisa julgada material’. [...] Em particular, declara-se que está conectado com o ‘direito a que as decisões judiciais alcancem a eficácia própria que o ordenamento lhes reconhece’ [...] e como derivado disso, o direito ‘ao respeito e à firmeza dessas mesmas decisões e à intangibilidade das situações jurídicas nelas declaradas’. Em segundo lugar, [...] impede o *início* de um novo processo, pois ele desconsideraria a tutela judicial conferida na decisão anterior [...]. Em terceiro lugar, esta proibição não impede um novo procedimento, se o primeiro processo e a

Código de Processo Penal (retro, item 3.4.1.1, “c”), impedindo a realização de um novo julgamento do indivíduo por fato que tenha sido objeto anteriormente de sentença definitiva de mérito, qual seja, contra a qual inexista qualquer recurso cabível. É que o ordenamento adjetivo penal coloca-se na esteira da Carta Política, cujo art. 5º, XXXVI<sup>96</sup>, consagra o respeito à coisa julgada<sup>97</sup>. O fenômeno processual-constitucional referenciado, em seus reflexos penais, alicerça-se na supremacia da estabilidade e da segurança nas relações jurídicas<sup>98</sup>, bem como no princípio da confiança que deve nortear as relações entre o Estado e seus súditos. A necessidade de uma proteção eficaz desses valores constitucionais e o reconhecimento da inequívoca reverberação da instauração de um processo penal no âmbito do *jus libertatis* do acusado podem até mesmo fundamentar a propositura do remédio de *habeas corpus*<sup>99</sup>.

---

primeira decisão não deslindaram judicialmente ‘uma relação jurídica extraprocessual’ que requer um novo pronunciamento de mérito. Não impede também [...] um novo processo se este se destina a ‘corrigir uma vulneração ... contra (a justiciabilidade) de normas processuais com relevância constitucional’. [...] Em quarto lugar, considera-se vulneração do direito (ao *ne bis in idem*, nota do autor) não só a nova prática de todo processo, ou de suas fases mais relevantes, como também exarar sentença em segunda instância [...]” (MANZANO, 2002, p. 32-33, *passim*).

<sup>96</sup> “Art. 5º [...] XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; [...]”.

<sup>97</sup> Sobre a coisa julgada como garantia constitucional, dentre outros, cita-se Silva (1997, p. 171-374). É interessante a construção de Cano Campos no sentido de que “o fundamento da coisa julgada material (em concreto de seu efeito negativo ou preclusivo) é o *bis in idem*, e não, como se pretende, o contrário. Dito de outra forma: a coisa julgada é um instrumento processual para garantir a proibição de *bis in idem*, sem que caiba uma identificação absoluta entre ambos os institutos, pois nem a coisa julgada é o único instrumento de garantia da referida proibição nem aquela persegue unicamente garantir a referida proibição [...]” (CANO CAMPOS, 2001, p. 201-202).

<sup>98</sup> “[...] Por mais publicística que seja a concepção dominante do direito e processo penal, muitas vezes a verdade formal prevalece sobre a real, sem que exista qualquer remédio jurídico para o impedir. Na hipótese de ser descoberta a participação de alguém em crime já apreciado definitivamente em sentença absolutória passada em julgado, a regra do *non bis in idem* obsta que se instaure qualquer processo contra o verdadeiro autor do crime, prevalecendo assim a verdade formal do *res judicata pro veritate habetur*. [...]” (FREDERICO MARQUES, 1960, p. 29 – grifos originais).

<sup>99</sup> Art. 5º, LXVIII, da CF de 1988 e art. 647 e ss. do CPP. Esse é um instrumento mais bem vocacionado do que as exceções processuais próprias para mais celeremente alcançar o trancamento da ação penal que viole a coisa julgada. De se ressaltar que as limitações às

A imutabilidade da sentença transitada em julgado é absoluta apenas em esfera penal e para a acusação, não o sendo para a defesa, para a qual em várias hipóteses é possível o ajuizamento de revisão criminal<sup>100</sup>. Essa constitui tradicionalmente em nosso direito um instituto *pro reo* e “[...] possui a natureza jurídica de ação que visa rescindir sentença, constituindo exceção à garantia constitucional da coisa julgada, com um fundamento político, qual seja, a predominância do valor justiça sobre o valor segurança. [...]” (Rev. Crim. n. 315.547-7, Tribunal de Alçada de Minas Gerais, Grupo de Câmaras Criminais, unânime, Rel. Juiz Alexandre Victor de Carvalho, *DJMG* de 25 set. 2001).

Ao contrário, no âmbito civil, a ação rescisória em defesa dos interesses públicos pode ser proposta sem qualquer restrição, quer pelos órgãos de representação processual do Estado, quer pelo *Parquet* nos casos em que possua legitimidade para agir. Além do problema da inclusão da litispendência, a maior limitação do alcance do *bis in idem* em sua vertente formal como imbricado na coisa julgada, pois, é que na verdade não há nenhuma vedação explícita do estabelecimento de hipóteses – ainda que excepcionais – de revisão *pro societate*. Viável em inúmeros estados democráticos de direito<sup>101</sup>, esse reexame,

---

dilações probatórias impostas pelo rito processual dessa ação constitucional demandam que a prova da identidade das ações e da existência de prévio trânsito em julgado da precedente fique clara na prova pré-constituída por ocasião da impetração.

<sup>100</sup> Previstas no art. 621 do CPP: “Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida: I – quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; II – quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; III – quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena”.

<sup>101</sup> Em Portugal, e.g., o CPP estabelece: “Artigo 449º – Fundamentos e admissibilidade da revisão – 1 – A revisão de sentença transitada em julgado é admissível quando: a) uma outra sentença transitada em julgado tiver considerado falsos meios de prova que tenham sido determinantes para a decisão; b) uma outra sentença transitada em julgado tiver dado como provado crime cometido por juiz ou jurado e relacionado com o exercício da sua função no processo; c) os factos que servirem de fundamento à condenação forem inconciliáveis com os dados como provados noutra sentença e da oposição resultarem graves dúvidas sobre a justiça da condenação; d) se descobrirem novos factos ou meios de prova que, de per si ou combinados com os que foram apreciados no processo, suscitem graves dúvidas sobre a justiça da condenação. 2 – Para o efeito do

a rigor, só não é possível em nosso país apenas por força do teor da casuística de admissibilidade revisional hoje estabelecida na lei processual penal<sup>102</sup>. Nessa, como assinalado anteriormente, são estabelecidas tão-somente possibilidades de revisão *pro reo*.

No caso brasileiro, existe precedente do Supremo Tribunal Federal (cuida-se do julgamento recentemente proferido no Habeas Corpus n. 80.263-0) que parece levar ainda mais longe o alcance do relacionamento constitucional existente entre o *ne bis in idem* formal e a coisa julgada, ao menos pelo viés do *ne reformatio in pejus*<sup>103</sup>. Esse precedente releva para o aspecto formal do princípio ao discutir amplamente a questão da possibilidade de ocorrência do trânsito em julgado de decisões ausentes de competência para o caso apreciado. Em seu voto que conduziu a ampla maioria dos integrantes da Corte, o relator Min. Ilmar Galvão asseverou que

[...] A incorporação do princípio do *ne bis in idem* ao ordenamento jurídico pátrio, ainda que sem o cará-

---

disposto no número anterior, à sentença é equiparado despacho que tiver posto fim ao processo. 3 – Com fundamento na alínea ‘d’ do n. 1, não é admissível revisão com o único fim de corrigir a medida concreta da sanção aplicada. 4 – A revisão é admissível ainda que o procedimento se encontre extinto ou a pena prescrita ou cumprida”.

<sup>102</sup> Bosquejando a distinção entre coisa julgada civil e penal, em nosso ver, a melhor doutrina pátria sobre o tema deixa patente a possibilidade que acabamos de acenar, ao afiançar que “[...] O fenômeno da coisa julgada é idêntico, no processo civil e no processo penal. Algumas peculiaridades [...] não indicam uma natureza diversa do instituto. A rescindibilidade da sentença trânsito em julgado é fenômeno comum ao processo civil e ao processo penal; a constante oposição entre dois valores primordiais – justiça e certeza – permite, em casos especiais, que a segurança das relações jurídicas, protegida pelo instituto da coisa julgada, ceda quando a veemência dos vícios da sentença seja de tal ordem, que recomende a prevalência do valor justiça. Desconstitui-se, assim, em casos extraordinários e legalmente previstos, a sentença passada em julgado e junto com ela se ataca a qualidade de seus efeitos, que é a própria coisa julgada. [...] Mas não é a natureza da coisa julgada que se modifica: enquanto não atacada pela revisão, ou pela rescisória cível, é idêntico o fenômeno, em qualquer campo e qualquer que seja a natureza da sentença, absolutória ou condenatória. [...] A diferença reside nos casos em que a coisa julgada pode ceder frente à rescisória ou à revisão. Mas aí não mais haverá coisa julgada” (GRINOVER, 1978, p. 05-06). Como resulta da própria existência de um processo penal acusatório, a Justiça não está sempre na absolvição...

<sup>103</sup> Na linha da Súmula n. 160 da jurisprudência dominante no STF (“É nula a decisão do Tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não argüida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício”).

ter de preceito constitucional, vem, na realidade, complementar o rol dos direitos e garantias individuais já previstos pela Constituição Federal, cuja interpretação sistemática leva à conclusão de que a Lei Maior impõe a prevalência do direito à liberdade em detrimento do dever de acusar. Nesse contexto, princípios como o devido processo legal e o juízo natural somente podem ser invocados em favor do réu e nunca em seu prejuízo [...]<sup>104</sup>.

#### 4.3 *Ne bis in idem* material e o princípio da legalidade penal (art. 5º, XXXIX, da CF)

Assiste-se contemporaneamente a um crescente processo de constitucionalização do Direito Penal. Isso ocorre não só no que concerne à fixação dos bens jurídicos que poderão merecer sua proteção e na definição da forma pela qual será aplicada a sanção por seu atingimento, como igualmente no que refere aos mecanismos de proteção do indivíduo contra o uso da violência legítima pelo Estado. O princípio da legalidade penal<sup>105</sup>, insculpido no inciso XXXIX

---

<sup>104</sup> STF, Plenário, maioria, vencido o Min. Moreira Alves, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 27 jun. 2003, cuja ementa assinala: “[...] – O Tribunal, ao julgar apelação do Ministério Público contra sentença absolutória, não pode acolher nulidade – ainda que absoluta –, não veiculada no recurso da acusação. Interpretação da Súmula 160/STF que não faz distinção entre nulidade absoluta e relativa. – Os atos praticados por órgão jurisdicional constitucionalmente incompetente são atos nulos e não inexistentes, já que proferidos por juiz regularmente investido de jurisdição, que, como se sabe, é una. Assim, a nulidade decorrente de sentença prolatada com vício de incompetência de juízo precisa ser declarada e, embora não possua o alcance das decisões válidas, pode produzir efeitos. Precedentes. – A incorporação do princípio do *ne bis in idem* ao ordenamento jurídico pátrio, ainda que sem o caráter de preceito constitucional, vem, na realidade, complementar o rol dos direitos e garantias individuais já previstos pela Constituição Federal, cuja interpretação sistemática leva à conclusão de que a Lei Maior impõe a prevalência do direito à liberdade em detrimento do dever de acusar. Nesse contexto, princípios como o do devido processo legal e o do juízo natural somente podem ser invocados em favor do réu e nunca em seu prejuízo. – Por isso, estando o Tribunal, quando do julgamento da apelação, adstrito ao exame da matéria impugnada pelo recorrente, não pode invocar questão prejudicial ao réu não veiculada no referido recurso, ainda que se trate de nulidade absoluta, decorrente da incompetência do juízo. – Habeas corpus deferido em parte para que, afastada a incompetência, seja julgada a apelação em seu mérito”.

<sup>105</sup> Sobre o princípio, suas origens, sua evolução histórica e seu alcance, por todos, consulte-se Roxin (1997, p. 134-175).

do art. 5º da nossa Carta Constitucional e no art. 1º do Código Penal, decorre do princípio geral da legalidade que é consagrado no inciso II do citado art. 5º. Dentre outros importantes corolários dele decorrentes<sup>106</sup>, o preceptivo conduz à obrigatoriedade da previsão de uma dada pena como univocamente atrelada a um dado crime, aquela delimitada com anterioridade à prática ilícita considerada (*nulla pœna sine prœvia lege*).

Essa exigência de definição prévia da sanção penal conforta não só a modalidade da pena infligida<sup>107</sup> (privativa da liberdade<sup>108</sup>, restritiva de direitos<sup>109</sup> ou pecuniária<sup>110</sup>) e a forma de sua efetivação (no caso das prisionais nos sistemas de detenção ou reclusão e cumpridas nos regimes aberto, semi-aberto e fechado<sup>111</sup>), como, também, abarca os limites precisos que balizam sua quantificação (máximo e mínimo para cada tipo penal<sup>112</sup>). Por força desses aspectos do princípio da reserva legal é que fica patenteado seu parentesco com a feição material do *bis in idem*. É que em razão da demanda incontornável da univocidade da pena previamente estabelecida e quantificada resultará como inaceitável a infligência de uma nova pena além daquela já aplicada, pela simples e suficiente razão de não ter sido esse segundo sancionamento previsto anteriormente<sup>113</sup>.

Com efeito, considerada uma compreensão global do princípio da reserva legal no quadro dos demais direitos, liberdades e garantias fundamentais, por meio da iluminação harmonizadora da proporcionalidade, a segunda punição resultaria como desarrazoada afetação da segurança jurídica e da liberdade cidadãos. Sendo a sanção penal por excelência – a pena privativa da liberdade – uma restrição

---

<sup>106</sup> Para além de assegurar a anterioridade, demanda que existam bens jurídicos ou valores socialmente relevantes embutidos nas normas incriminadoras, como objeto de proteção do tipo penal e condição de sua legitimidade.

<sup>107</sup> Art. 32 do CP.

<sup>108</sup> Art. 33 do CP.

<sup>109</sup> Arts. 43 a 48 do CP.

<sup>110</sup> Arts. 49 a 52 do CP.

<sup>111</sup> Arts. 34 a 37 do CP.

<sup>112</sup> Art. 53 do CP: “As penas privativas de liberdade têm seus limites estabelecidos na sanção correspondente a cada tipo legal de crime”.

<sup>113</sup> Nesse mesmo diapasão, García Albero (1995, especialmente p. 82-83).

gravosa à liberdade, essa só se legitima quando indispensável (*ultima ratio*) e eficiente para proteger de vulnerações bastante graves um importante bem jurídico, digno dessa guarida (princípios da necessidade e da idoneidade da pena). Mas não é só: como restrição a direito fundamental, a sanção penal só se valida na implementação da menor compressão possível aos direitos do apenado por ela atingido (princípio da proporcionalidade em sentido estrito). Ou seja: quando essa punição não ultrapassa a dosagem adequada no caso concreto (e aqui surge a proibição de excesso) para realizar um mister protetivo de bens jurídicos e considerados os fins da pena (ou seja, com a ingerência do gradiente que nesses projeta o parâmetro máximo de reprovação fornecido pela culpa e as necessidades de prevenção para o estabelecimento do mínimo aplicável).

Na Espanha, cuja Constituição igualmente não consagra de forma expressa o *bis in idem*, o Tribunal Constitucional buscou fundamentação para seu reconhecimento exatamente no princípio da legalidade<sup>114</sup>, desde o *leading case* sobre o tema (STC n. 2/1981). Nesse sentido, inclusive ratificando nosso posicionamento, é bastante esclarecedora a sentença n. 177/1999 daquela Corte, ao asseverar que

[...] a exigência de *lex previa* e *lex certa* que impõe o artigo 25.1 da Constituição, dentre outros motivos, obedece à necessidade de garantir aos cidadãos um conhecimento antecipado do conteúdo da reação punitiva ou sancionadora do Estado ante a eventual comissão de um fato ilícito. Esse compromisso garantista tornar-se-ia inútil se este mesmo fato – e pelo mesmo fundamento – pudesse ser objeto de uma nova sanção, o que comportaria uma punição desproporcionada da conduta ilícita. A partir desta

---

<sup>114</sup> O inciso I do art. 25 da Constituição estabelece que “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento” (Texto obtido no sítio do congresso espanhol: <<http://www.congreso.es/funciones/constitucion/indice.htm>>). De se observar que naquele país inexistiu consenso doutrinário nesse sentido, preferindo muitos autores vincular predominantemente o *bis in idem* ao princípio da proporcionalidade, como registra a ampla resenha efetuada por Cano Campos (2001, p. 206 ss.).

perspectiva substantiva, o princípio do *ne bis in idem* configura-se como um direito fundamental do cidadão frente à decisão do poder público de castigá-lo por fatos que já foram objeto de sanção como consequência de exercício anterior do *jus puniendi* do Estado [...] <sup>115</sup>.

## 5 Conclusões

À guisa de conclusão, sumariando a investigação encetada, alinhamos em seguida os principais pontos que resultaram da nossa análise acerca da reverberação das distintas facetas criminais do princípio do *ne bis in idem* no âmbito dos direitos fundamentais integrantes do ordenamento constitucional brasileiro:

1) No quadro do estado constitucional contemporâneo, ao menos na sua vertente ocidental, os direitos fundamentais adquirem um relevo e uma transcendência de tal ordem que se pode mesmo afiançar, na esteira da construção doutrinária, que passaram a ser a marca característica do constitucionalismo atual. Configuram o elemento de diferenciação dos demais períodos da história constitucional, além de fornecer o balizamento político, social e econômico que permite definir a verdadeira identidade e finalidade de uma dada organização estatal. É a postura adotada pelo aparelho de estado em relação ao reconhecimento, ao respeito e ao atendimento dos direitos fundamentais de seus súditos que definirá o maior ou menor grau de amadurecimento democrático e de justiça social de determinada nação.

2) Em virtude de haver emergido de um processo político e social de superação de um regime ditatorial, inimigo das liberdades públicas e cerceador das garantias constitucionais, a Constituição brasileira de 1988, aos moldes de outros diplomas produzidos no mesmo contexto histórico, buscou dotá-los de imediata efetividade e

---

<sup>115</sup> Reiterando-se entendimento que já constava *do leading case* que consagrou o princípio naquela Corte, que já apontava que não obstante não constasse do catálogo dos direitos fundamentais o *non bis in idem* “[...] estava intimamente unido aos princípios da legalidade e da tipicidade das infrações penais, principalmente no artigo 25 [...]”. Obtido em agosto de 2004, como os demais transcritos no texto, na base de dados do Tribunal Constitucional na Internet: <[http://www.boe.es/g/es/bases\\_datos/tc.php](http://www.boe.es/g/es/bases_datos/tc.php)>.

tentou ampliar ao máximo o elenco dos direitos humanos nela positivados. Além disso, como resulta do teor do § 2º do seu art. 5º, os direitos fundamentais que consagra foram enunciados em um rol não-taxativo, manifestando uma opção constitucional pelo que foi apropriadamente designado pela doutrina por cláusula aberta ou princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais. Por sua vez, os direitos fundamentais fora do catálogo ou que formalmente não integram a Constituição podem resultar da afirmação autônoma de sua própria essencialidade, como decorrência da existência prévia de outro(s) direito(s) expressamente reconhecido(s).

3) Assim, em razão do preceptivo invocado, o legislador constitucional brasileiro de 1988 avançou uma inegável potencialidade de conceituação material desses direitos, quer por materialidade, quer por derivação. Daí ser possível organizá-los em uma estrutura dicotômica, a saber, os direitos fundamentais *prima facie*, por formalmente expressos na Constituição (quer no rol específico, quer em outras paragens daquela), e os direitos fundamentais extraconstitucionais. Ao menos no caso brasileiro, estes últimos podem ser estruturados em implícitos ou decorrentes, que se originam do próprio regime e dos princípios já estabelecidos na própria Carta Política, e naqueles previstos em outros diplomas normativos, inclusive os tratados internacionais dos quais o Estado brasileiro seja parte.

4) Seja qual for o conceito de fundamentalidade que se adote, contudo, esse deverá concatenar-se com a perquirição acerca do parentesco que o direito estudado tenha com os demais direitos fundamentais formalmente constitucionais. E essa imbricação pode ocorrer por implicância, na acepção lógico-jurídica, que afirma a existência de um vínculo relacional entre dois ou mais direitos autônomos – um dos quais expressamente tido por fundamental –, pelo qual um deles não poderá estar afirmado sem que estejam consagrados os demais; ou por decorrência, no sentido de poder-se extrair de um direito fundamental expresso, por inferência dedutiva, um outro direito àquele subordinado, em virtude da existência de uma relação de continência que os vincula.

5) A expressão *ne bis in idem* em sua própria acepção semântica já impõe de imediato que se esclareça o que (*idem*) não deve ser

repetido (*ne bis*). Sua utilização jurídica, por via de regra, é associada à proibição de que um Estado imponha a um indivíduo uma dupla sanção ou um duplo processo (*ne bis*) em razão da prática de um mesmo crime (*idem*). No inevitável embate dialético entre a liberdade e a segurança, que perpassa o processo de elaboração das normas jurídicas, configura-se como um instituto híbrido. Ao mesmo tempo garante a liberdade do indivíduo, limitando o exercício da violência legítima monopolizada pelo Estado contra ele, ao impedir seu duplo sancionamento – ainda que eventualmente sacrificando as demandas do interesse da coletividade –, e é apanágio de segurança jurídica de todos, estabilizando a manifestação inicial do *jus puniendi* estatal e impedindo sua renovação permanente.

6) Nos países de linhagem jurídica costumeira, o princípio assemelha-se à proibição do *double jeopardy* (duplo risco), que é das mais antigas regras da *common law* inglesa. Tem suas raízes no princípio de que “nenhum homem deve ser colocado mais de uma vez em uma situação de risco (*jeopardy*) de sua vida pela mesma ofensa [...]”. A existência de uma absolvição ou condenação anterior pelo mesmo crime constitui impedimento a uma nova punição ou a um novo julgamento pelos mesmos fatos. Na vertente dos países de legislação codificada o *ne bis in idem* tem sua importância reconhecida com o alvorecer do movimento iluminista e encontra sua primeira formulação positiva no corpo da Constituição francesa de setembro de 1791. O princípio reverbera na legislação infraconstitucional brasileira basicamente em três diplomas legais, a saber, o Estatuto do Estrangeiro e os Códigos Penal e de Processo Penal. No que concerne à sua inserção nos tratados e convenções internacionais de que o Brasil é parte, destacam-se o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas (ONU) e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

7) Da análise conjugada de sua inserção no Estatuto do Estrangeiro e no Código Penal, pode-se extrair que são reconhecidas as duas faces da proibição do *ne bis in idem*, quais sejam, uma de cariz material, que conduz ao impedimento de uma segunda apenação pelos mesmos motivos que fundamentaram uma primeira condenação, e uma outra, de cunho processual, que resulta na vedação de um

novo processo e eventual novo julgamento, quando o réu já tenha sido julgado ou absolvido pelas mesmas razões. Para fins de determinação da identidade do julgamento e/ou do processo que é vedada pelo princípio, existem discrepâncias no que deve ser cotejado; enquanto para fins de extradição é o *fato* descrito na solicitação do Estado requerente, o CP refere ao *crime* perpetrado. O reconhecimento da sua função protetiva transcende o âmbito de mera eficácia interna, qual seja, veda-se o duplo julgamento, o múltiplo processo no âmbito da justiça penal brasileira quando o extraditando comprove já ter sido julgado ou acusado pelo mesmo fato em um terceiro Estado. Essa situação, todavia, ainda que tenha o condão de impedir a efetivação de uma eventual extradição do indivíduo, nos termos do Código Penal, não impedirá que ele seja novamente julgado pelo mesmo fato em território brasileiro, se existir competência nacional para o conhecimento do crime e assegurada a detração de pena que tenha sido cumprida no exterior.

8) O Código de Processo Penal, por sua vez, ao reconhecer as exceções da litispendência e da coisa julgada, também resguarda o princípio do *ne bis idem* na sua feição processual. Pode-se dizer que ocorrerão aqueles indesejáveis fenômenos processuais de repetição de demandas nos casos em que houver identidade dos elementos essenciais (os sujeitos, o pedido e a causa de pedir) de duas ou mais causas. Existirá a litispendência nas situações em que depois de instaurada a instância e antes do julgamento final da lide for renovada a propositura de ação idêntica. Se a demanda havia sido decidida anteriormente em caráter definitivo, igualmente veda-se a repetição de causas idênticas, agora em razão da eficácia preclusiva da imutabilidade que resulta da coisa julgada.

9) O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas apenas recebeu a adesão brasileira em 1992. A cláusula 7 de seu art. 14 estabelece que “Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e com os procedimentos penais de cada país”. Demonstra-se ambígua e limitada a garantia aí prevista em termos da projeção internacional do princípio, em decorrência da ressalva explicitada no

final do dispositivo, que possibilita a implementação de uma pluralidade de julgamentos em diferentes Estados. Fica afastada, destarte, a consagração de um *ne bis in idem* internacional, qual seja, não se reconhece a ampla projeção de efeitos dos julgados penais ou de processos instaurados em um determinado Estado na esfera do direito interno dos demais países.

10) A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) foi adotada e aberta à assinatura em 22.11.1969, e, também, apenas em 1992 foi ratificada e promulgada pelo Brasil. Sua cláusula 8<sup>a</sup>, item 4, estabelece que “O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”. O preceito parece consagrar apenas a vertente processual do princípio ao proibir tão-somente o duplo processo contra o indivíduo. Refere, igualmente, apenas às hipóteses de absolvição, quando a garantia aplica-se da mesma maneira ao que sofreu anterior condenação pelos mesmos motivos, exatamente para que não seja mais severamente sancionado. E, ainda, resguarda apenas efeitos da coisa julgada, não obstaculizando que durante a tramitação de um processo e antes da solução definitiva da lide outras investigações sejam instauradas ou outros processos iniciados por aquelas mesmas razões.

11) As limitações ao alcance do *bis in idem* no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, que resultam patenteadas do estudo das normas infraconstitucionais estudadas, são confirmadas pela análise dos acórdãos da jurisprudência criminal do Supremo Tribunal Federal. A Corte, apesar de reconhecer a dupla faceta material e formal do princípio, aplica-o com bastante rigor e parcimônia. Em geral, as questões suscitadas a esse título pelas teses defensiva esposadas no processo penal são resolvidas pelas regras do concurso aparente e efetivo de normas penais, sem que se torne factível a aplicação do princípio.

12) O princípio *ne bis in idem* em sua vertente criminal, em razão de sua própria essencialidade, configura-se como um direito fundamental multifário. Sob o ponto de vista ontológico manifesta-se como “*bis in idem*” material, consubstanciado no estabelecimento da impossibilidade de imposição ao indivíduo de mais de uma sanção

penal em razão de uma mesma prática delituosa, e como “*bis in idem*” *formal*, entendido como a proibição da realização de novo processo e/ou investigação criminal, bem como a decorrente realização de um segundo julgamento, após o indivíduo já ter sido anteriormente julgado pela mesma razão ou por já estar em curso um processo instaurado contra ele pelo mesmo motivo.

13) A ligação entre o *ne bis in idem* (nas angulações consideradas) com os demais valores constitucionais expressos se dá necessariamente pela mediação integradora do princípio da proporcionalidade. O sopesamento da presença dos seus subprincípios (da adequação ou idoneidade, da exigibilidade ou necessidade, e da proporcionalidade, em sentido estrito), por sua vez, permite constatar a efetiva observância desse parâmetro. Consoante a vertente da qual se cogite – *bis in idem* formal ou *bis in idem* material –, em graus diferenciados, são inegáveis as relações de aproximação entre o princípio estudado e certos direitos fundamentais catalogados pela Constituição Federal de 1988, em especial, respectivamente, com os princípios da intangibilidade da coisa julgada (art. 5º, XXXVI) e o da legalidade ou da reserva legal (art. 5º, XXXIX).

14) O princípio do respeito à coisa julgada, estreitamente vinculado à faceta formal do *ne bis in idem*, encontra consagração no art. 5º, XXXVI, da Carta Constitucional e impede a realização de novo julgamento do acusado pela prática de fato idêntico ao qual tenha sido julgado anteriormente, em caráter definitivo. Em seus reflexos penais, esse instituto processual-constitucional alicerça-se na supremacia da estabilidade e da segurança nas relações jurídicas, bem como na perspectiva de confiança que deve nortear as relações entre o Estado e seus súditos. No direito brasileiro a imutabilidade da sentença penal transitada em julgado tradicionalmente é tida por absoluta apenas para a acusação (*pro societate*), não o sendo para a defesa (*pro reo*). Para esta última, em várias hipóteses previstas na lei adjetiva penal, é possível o ajuizamento de revisão criminal. Além de não abranger a litispendência, o maior limite ao alcance do *bis in idem* em sua vertente formal, como imbricado na coisa julgada, todavia, parece ser que na verdade não há nenhuma imposição a ela vinculada – seja explícita ou lógico-jurídica – que conduza à vedação absoluta

do estabelecimento de hipóteses – ainda que excepcionais – de revisão *pro societate*, como ocorre, aliás, em vários ordenamentos de Estados de direito. Essa possibilidade, a rigor, em razão da prevalência do interesse público e da igualdade de armas entre as partes processuais, só não é possível unicamente por força do teor da casuística da lei processual penal de admissibilidade revisional hoje estabelecida.

15) A face material do *ne bis in idem*, ao contrário, obtém um maior reconhecimento de fundamentalidade constitucional. Do princípio da legalidade penal, insculpido no inciso XXXIX do art. 5º da CF de 1988 e no art. 1º do Código Penal, decorre a obrigatoriedade da fixação de uma sanção atrelada univocamente a uma dada norma penal incriminadora e delineada com anterioridade àquela prática ilícita considerada (*nulla pœna sine prœvia lege*). *A exigência de definição prévia da sanção penal, pois, conforta não só a determinação da modalidade da pena infligida e da forma de sua efetivação, como também impõe a explicitação dos limites precisos que balizam sua quantificação (máximo e mínimo legais para cada tipo penal). Como corolário dessa demanda incontornável de univocidade da pena previamente estabelecida e quantificada, resulta desarrazoada a infligção de uma nova pena para além daquela já antes aplicada, pela simples e suficiente razão de não ter sido o segundo sancionamento previsto com anterioridade. É que sendo a reprimenda penal por excelência – a pena privativa do direito ambulatorial – uma restrição gravosa à liberdade, essa só se legitima quando indispensável (“ultima ratio”) e eficiente para proteger de graves vulnerações (perigo e dano) um importante bem jurídico, digno dessa guarida (princípios da necessidade e da idoneidade da pena). Destarte, como restrição a direito fundamental, a pena só se valida na implementação da menor compressão possível aos direitos do indivíduo apenado (princípio da proporcionalidade em sentido estrito), ou seja, quando ela não ultrapassa (e aqui surge a proibição de excesso) a dosagem adequada no caso concreto para realizar aquele mister protetivo de bens jurídicos e sopesados seus fins preventivos (esses com a ingerência do gradiente neles projetado por meio do parâmetro máximo de reprovação fornecido pela culpa e das necessidades da prevenção para o estabelecimento do mínimo sancionador aplicável).*

## Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

- AMALFITANO, Chiara. Dal ne bis in idem internazionale al ne bis in idem europeo. *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Padova: CEDAM, ano 38, n. 4, p. 923-960, out./dez. 2002.
- AMAR, Akhil Reed. Double jeopardy Law made simple. *Yale Law Journal*, n. 106, p. 1807-1848, abr. 1997.
- BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.
- BELLORA, Corrado. Ne bis in idem e reato progressivo: un pericoloso orientamento giurisprudenziale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Nuova Serie, Milano: Giuffrè, anno 33, n. 4, p. 1626-1653, out./dez. 1990.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. São Paulo: Polis; Brasília: Universidade de Brasília, 1989.
- BODENHAMER, David J. *Fair trial: rights of the accused in American History*. New York: Oxford University Press, 1992.
- CANO CAMPOS, Tomás. Non bis in idem, prevalencia de la via penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador. *Revista de Administración Pública*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 156, p. 191-211, set./dez. 2001.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 1991.
- . *Constituição da República Portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra Ed., 1993.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002.
- CHIAVARIO, Mario. Le garanzie fondamentali del processo nel Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Nuova Serie, Milano: Giuffrè, anno 21, n. 2, p. 465-500, abr./jun. 1978.
- CORDERO, Francesco. Considerazioni sul principio d'identità del "fatto". *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Nuova Serie, Milano: Giuffrè, anno 1, p. 935-945, 1958.
- CORREIA, Eduardo. *A teoria do concurso em direito criminal – I Unidade e pluralidade de infracções – II Caso julgado e poderes de cognição do juiz*. Coimbra: Almedina, 1996.

- DEAN, Giovanni. Profili di un'indagine sul ne bis in idem estradizionale. *Rivista di Diritto Processuale*, Milano: Cedam, ano 53 (seconda serie), n. 1, p. 53-72, jan./mar. 1998.
- DELPÉRÉE, Francis. O direito à dignidade da pessoa humana. In: BARROS, Sérgio Resende; ZILVETI, Fernando Aurélio (Coord.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999.
- DEMÓSTENES. *Acerca de la inmunidad* – contra la Ley de Leptino. Tradução para o espanhol de Francisco de P. Samaranch e Julio Palli Bonet. [Original de 354 A.C.] Madrid: Aguilar, 1969.
- DENNIS, Ian. Rethinking double jeopardy: justice and finality in criminal process. *Criminal Law Review*, London: Sweet & Maxwell, dec. 2000, p. 933-951.
- FERRAJOLI, Luigi. Diritti fondamentali. In: *Teoria politica*, n. 2, Torino, 1998.
- FREDERICO MARQUES, José. *Estudos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- . *Tratado de direito penal*. Ed. rev. e atual. por Antônio Cláudio Mariz de Oliveira, Guilherme de Souza Nucci e Sérgio Eduardo Mendonça de Alvarenga. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1. [Original de 1954.]
- FIGUEIREDO DIAS. Extradicação e “non bis in idem”. In: *Direito e Justiça*. Lisboa: Universidade Católica, 1995. v. 9, t. 1. p. 213-222.
- GALANTINI, Novella. Il divieto di doppio processo come diritto della persona. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Nuova Serie, Milano: Giuffrè, anno 24, n. 3, p. 97-121, jul./set. 1981.
- GARCÍA ALBERO, Ramón. “Non bis in idem”: material y concurso de leyes penales. Barcelona: Cedecs, 1995.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Eficácia e autoridade da sentença penal*. São Paulo: Saraiva, 1978.
- GRISOLIA, Giovanni. *Il reato permanente*. Padova: Cedam, 1996.
- HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Tradução de Héctor Fix-Fierro. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- HEERS, Mireille. Le principe non bis in idem devant le Juge Administratif français – L’application en droit interne d’une garantie procédurale consacrée par les systèmes internationaux de protection des droits de l’homme. *Revue Trimestrielle des Droits de L’Homme*, Paris, ano 7, n. 25, p. 35-44, jan. 1996.

- HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional* (selección). Tradução de Pedro CruzVillalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- . *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. Tradução de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. corrig. e ampl. (1996). Madrid: Comares, 2002.
- LAW COMMISSION. *Double jeopardy*. A Consultation Paper n. 156. London, 1999. Disponível em: <<http://www.lawcom.gov.uk/docs/cp156sum.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2004.
- LEAHY, James E. *Liberty, justice and equality: how these constitutional guarantees have been shaped by United States Supreme Court since 1789*. Jefferson: MacFarland, 1992.
- LEFORT, Claude. *A invenção democrática*. Tradução de Isabel Marva Loureiro. São Paulo: Brasiliense, 1983.
- MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale: parte generale*. Milano: Cedam, 2001.
- MANZANO, Mercedes Pérez. *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). *Direito & legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003.
- MILLER, Charles A. The forest of due process of law: the American constitutional tradition. In: PENNOCK, J. Roland; CHAPMAN, John W. (Ed.). *Due process*. New York: New York University Press, 1977. p. 3-68.
- MIRANDA, Jorge. A incorporação ao direito interno de instrumentos jurídicos de direito internacional humanitário e direito internacional dos direitos humanos. [Palestra proferida no Seminário Internacional “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira”, promovido pelo Centro de Estudos Judiciários (CEJ) do Conselho da Justiça Federal, em 30 set. 1999.] *Revista do CEJ*, n. 11, Brasília: CEJ, 1999.
- . *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 2000. t. 4.
- MOORE, Michael S. The doctrinal and normative basis of the double-jeopardy requirement. In: ———. *Act and crime: the philosophy of action and its implications for criminal Law*. Oxford: Clarendon Press, 1993. p. 305-324.

MUÑOZ LORENTE, José. *La nueva configuración del principio non bis in idem*. Madrid: La Ley, 2001.

NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma teoria do Estado de Direito (do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito). *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Coimbra Editora, 1987. [Separata do volume XXIX do Suplemento].

———. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1995.

GARCÍAS PLANAS, Gabriel. Consecuencias del principio “non bis in idem” en derecho penal. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid: Centro de Publicaciones, t. 42, fasc. 1, p. 109–123, jan./abr. 1989.

PRALUS, Michel. Étude en droit pénal international et en droit communautaire d’un aspect du principe non bis in idem: non bis. *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris: Dalloz, n. 3, p. 551–574, jul./set. 1996.

QUERALT, Joan J. *El principio non bis in idem*. Madrid: Tecnos, 1992.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general: fundamentos, la estructura de la teoría del delito*. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Manuel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. 1.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1997.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2001.