

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO**

NE BIS IN IDEM

LIMITES JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS À PERSECUÇÃO PENAL

KEITY MARA FERREIRA DE SOUZA E SABOYA

**NATAL
2006**

KEITY MARA FERREIRA DE SOUZA E SABOYA

NE BIS IN IDEM:

LIMITES JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS À PERSECUÇÃO PENAL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Curso de Mestrado em Direito, Área de Concentração em Constituição e Garantia de Direitos, da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Doutor Marcelo Navarro Ribeiro Dantas

NATAL
2006

NE BIS IN IDEM:

LIMITES JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS À PERSECUÇÃO PENAL

Por

KEITY MARA FERREIRA DE SOUZA E SABOYA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Curso de Mestrado em Direito, Área de Concentração em Constituição e Garantia de Direitos, da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em: ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Doutor Marcelo Navarro Ribeiro Dantas – Orientador
UFRN

Prof. Doutor Walter Nunes da Silva Júnior
UFRN

Prof. Doutor Francisco de Queiroz B. Cavalcanti
UFPE

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Dr. Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, pela constante e precisa orientação, desde os tempos da mitológica Sala F1; ao Professor Dr. Yanko Alencar, pela infindável paciência, quando coordenador da Pós de Direito da UFRN; ao meu eterno mestre, Professor Dr. Walter Nunes da Silva Júnior, pela seriedade e compromisso com as ciências criminais; ao Professor Dr. José Luiz Borges Horta, pelo incentivo à pesquisa e, principalmente, pela amizade.

RESUMO

A presente dissertação tem por objeto o estudo da proibição da múltipla persecução penal, pelo mesmo fato, seja de forma simultânea ou sucessiva. Para tanto, através do método dialético, foram realizadas pesquisas com o objetivo de estabelecer o conteúdo do princípio *ne bis in idem*, em sua vertente processual penal, sempre tendo como premissa fundamental os valores albergados nos princípios e regras constitucionais. Assentados, no início da primeira seção do trabalho, a delimitação do tema e o objetivo da pesquisa, analisou-se, em seguida, a função basilar do processo penal, o qual, numa visão garantista, tem a relevante missão de limitar – frear - a fúria do poder punitivo estatal, correspondendo a um efetivo instrumento de garantia da liberdade dos cidadãos, quando subjugados ao *ius persecuendi*. Nessa mesma seção, restaram destacadas a consagração do modelo acusatório de processo pela Constituição Brasileira de 1988 e a necessidade de abandonar o mito da verdade real, como princípio informador do processo penal constitucional. Na segunda seção da pesquisa, foram apontados os elementos definidores do objeto de cognição, especialmente do objeto litigioso ou *thema decidendum*, havendo, também, sido abordadas as peculiaridades do instituto da coisa julgada no processo penal. Dando continuidade à pesquisa, na terceira seção, discorreu-se sobre a origem e evolução do princípio *ne bis in idem*, centrando-se no tema da pesquisa, qual seja, sua manifestação no processo penal e a interpretação que se deve atribuir aos termos que compõem sua expressão: relação processual com unidade de sujeito e de fato, através de

sentença definitiva. Deu-se ênfase, sobretudo, aos aspectos controvertidos do conceito de identidade do fato como pressuposto da proibição de múltipla persecução, abordando-se, dentre outros aspectos, a incidência de concurso aparente de normas e a alteração dos elementos do tipo penal. Constam, ainda, dessa seção, lineamentos gerais acerca da aplicação do princípio *ne bis in idem* processual no direito comparado e nas cortes brasileiras. Por último, sistematizou-se o sentido e alcance do princípio *ne bis in idem*, como limite à persecução penal, além de terem sido apresentadas sugestões, inclusive, de *lege ferenda*, a fim de que seja efetivamente garantido o direito fundamental assegurado à defesa, no sentido de que, pelo mesmo substrato fático, o *ius persecuendi* somente poderá ser exercido uma vez.

Palavras-chave: Processo penal. Objeto de cognição. Coisa julgada. *Ne bis in idem*. Proibição de múltipla persecução. Mesmo fato.

ABSTRACT

This legal research aims to demonstrate the prohibition in the Brazilian criminal system of a multiple imputation for the same fact in a simultaneous or successive way. For that it is developed a different idea of the subject. Through comparative, electronic and bibliographical researches, the dissertation was accomplished in a way to establish the content of the foundations of the criminal procedural emphasizing as fundamental premise the values of the Constitution. In the first section it was demonstrated the limits of the theme and the objective of the research. After that, it was analyzed the basic function of the criminal suit which has the important mission of limiting state's punitive power. In the same way, the criminal procedure corresponds to a warranty of the citizens' freedom. In the same section, it is shown how it is possible to abandon the myth of the real truth in the criminal law system. In the third section of the research, there were pointed elements and definitions about the cognition object, specially the litigious object or "*thema decidendum*", and also the peculiarities of the judged cases. In the fourth section the subject about origins and evolution of the criminal procedure and its objectives in the legal system is developed to demonstrate its perspectives. Some aspects of the identity's concept of the presupposition of the facts are as well demonstrated in order to relate the theme to the prohibition of multiple imputation. There are also considerations about some other important aspects as the incidence of the legal rules and the possible change on the elements of the penal type. There are several comments about legal procedural in other legal systems comparing them to Brazilian's most elevated Courts. In the

end it was systematized the limits to criminal imputation, emphasizing the defende's right as a foundation of the legal system. Is was registered that the *ius persequendi* can be exercised once.

Keywords: Criminal procedures. Cognition object. Judged cases. Multiple imputation prohibition. Same fact.

SUMÁRIO

PARTE I – O PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DE LIBERDADE

CAPÍTULO I – PROPOSIÇÕES PRELIMINARES

1 DELIMITAÇÃO DO TEMA.....11

2 OBJETIVOS DA PESQUISA.....12

CAPÍTULO II – O GARANTISMO COMO LIMITAÇÃO AO PODER PUNITIVO

1 TEORIA DO GARANTISMO PENAL – ASPECTOS PONTUAIS.....14

2 JURISDIÇÃO PENAL E O PARADIGMA GARANTISTA DE PROCESSO PENAL.....20

3 A VERDADE PROCESSUAL NO GARANTISMO..... 24

CAPÍTULO III – O MODELO DE PROCESSO PENAL ADOTADO PELA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

1 BREVE RETROSPECTO HISTÓRICO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....32

2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....39

3 CONSAGRAÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO DE PROCESSO PELA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988.....43

4 (RE)ALINHANDO A ATUAÇÃO (FUNÇÃO) DO JUIZ NO PROCESSO PENAL
CONSTITUCIONAL.....49

5 TENDÊNCIAS ATUAIS.....60

**PARTE II – PREMISSAS DOGMÁTICAS ESSENCIAIS AO DESENVOLVIMENTO
DO TEMA**

CAPÍTULO I – O *THEMA DECIDENDUM* DO PROCESSO PENAL

1 NOTAS EXPLICATIVAS.....65

2 OBJETO DE COGNIÇÃO E OBJETO LITIGIOSO.....66

3 OBJETO LITIGIOSO OU *THEMA DECIDENDUM* DO PROCESSO PENAL 70

4 O DEVER DE CORRELAÇÃO ENTRE A ACUSAÇÃO E A SENTENÇA E A
POSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO DO OBJETO LITIGIOSO OU *THEMA
DECIDENDUM*.....80

4.1 *Emendatio libelli*.....83

4.2 *Mutatio libelli*.....91

CAPÍTULO II – A COISA JULGADA NO PROCESSO PENAL

1 LINEAMENTOS.....102

2 COISA JULGADA PENAL.....107

3 EFEITOS.....117

4 LIMITES..... 123

PARTE III – O PRINCÍPIO *NE BIS IN IDEM*

CAPÍTULO I – ORIGEM E EVOLUÇÃO

1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....127

2 PROTEÇÃO INTERNACIONAL.....131

3 *NE BIS IN IDEM* EM DIVERSOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS.....134

4 <i>NE BIS IN IDEM</i> NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: GARANTIA CONSTITUCIONAL.....	141
5 CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DO PRINCÍPIO <i>NE BIS IN IDEM</i>	147
CAPÍTULO II – A INADMISSIBILIDADE DE MÚLTIPLA PERSECUÇÃO PENAL PELOS MESMOS FATOS	
1 PROBLEMÁTICA TERMINOLÓGICA.....	153
2 REQUISITOS PARA INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO <i>NE BIS IN IDEM</i>	155
2.1 Unidade de sujeito passivo.....	155
2.2 Identidade de fatos.....	156
2.2.1 Teoria naturalista.....	157
2.2.2 Teoria normativa.....	162
2.2.3 Fato processual: definição adotada.....	164
CAPÍTULO III - ASPECTOS CONTROVERTIDOS ACERCA DA IDENTIDADE DO FATO COMO PRESSUPOSTO PARA INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO <i>NE BIS IN IDEM</i>	
1 ALTERAÇÃO DOS ELEMENTOS DO TIPO PENAL.....	172
2 CONFLITO APARENTE DE NORMAS PENAS.....	177
3 CONCURSO DE CRIMES.....	181
4 CRIMES HABITUAIS E PERMANENTES.....	185
5 JUÍZO INCOMPETENTE.....	189
6 <i>MUTATIO LIBELLI</i>	190
PARTE IV – SÍNTESE E PROPOSIÇÕES FINAIS.....	194
REFERÊNCIAS.....	206
ANEXOS: JULGADOS SOBRE O PRINCÍPIO <i>NE BIS IN IDEM</i>.....	218

1 Concurso de agentes: inversão das condutas.....	218
2 Arquivamento de inquérito: mudança da capitulação legal.....	227
3 Arquivamento de inquérito policial: atipicidade do fato.....	228
4 Juízo absolutamente incompetente: sentença com eficácia de coisa julgada material.....	229
5 <i>Bis in idem</i> : identidade de acusação nuclear.....	230
6 <i>Bis in idem</i> : <i>mutatio libelli</i>	232
7 Crime continuado: caracterização do <i>bis in idem</i>	234
8 Crime continuado: inocorrência de coisa julgada.....	235

PARTE I

O PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DE LIBERDADE

CAPÍTULO I – PROPOSIÇÕES PRELIMINARES

1 DELIMITAÇÃO DO TEMA

O estudo do princípio *ne bis in idem*, especificamente, sua manifestação no processo penal, ao proibir múltipla persecução pelos mesmos fatos, constitui o tema da presente dissertação.

Com efeito, numa abordagem garantista, o objeto da pesquisa centra-se na interpretação, que se deve atribuir, aos diversos termos que integram, no ordenamento brasileiro, a enunciação do princípio *ne bis in idem* –

Ninguém poderá ser julgado ou punido novamente por um delito pelo qual já tenha sido absolvido ou condenado por sentença transitada em julgado, de acordo com a lei e o processo penal de cada país. (art. 14.7 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992) -

O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos. (art. 8.4 da Convenção Americana dos Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992) -,

assim como, na investigação dos requisitos para aplicação de referido princípio, sobretudo os aspectos controvertidos – tanto materiais, como processuais - acerca do conceito de identidade do fato como pressuposto para incidência do *ne bis in idem*.

Há de ser ressaltado que, a despeito do direito de não ser processado, nem julgado, mais de uma vez, pelos mesmos fatos, remontar ao direito romano, o tema ainda se mostra bastante atual, haja vista a multiplicidade e o alto grau de indeterminação das expressões que compõem o princípio *ne bis in idem*, aliado à ausência de sólido referencial teórico, pelo menos no cenário nacional, além de lacônica proteção legislativa, o que têm contribuído para o surgimento de interpretações equivocadas acerca de tão importante direito fundamental da defesa.

Daí, a necessidade de revisitação do tema, como forma de (re)construir o verdadeiro alcance e significado do princípio *ne bis in idem*, em sua vertente processual, tendo como referencial teórico os princípios e regras processuais penais albergados na Constituição Federal de 1988.

2 OBJETIVOS DA PESQUISA

Com o estudo do tema sob enfoque, pretende-se definir os contornos precisos e a extensão do princípio *ne bis in idem*, nomeadamente, no que se refere à proibição de múltipla persecução penal pelos mesmos fatos.

Para tanto, fazem-se necessárias incursões sobre o objeto de cognição do processo penal, especialmente, em relação ao objeto litigioso, os efeitos negativos da coisa julgada e seus elementos identificadores, como premissas necessárias à (re)construção de uma interpretação garantista dos requisitos de incidência da vertente processual penal do *ne bis in*

idem, quais sejam, unidades de sujeito e de fato, com o fim de definir os limites do *ius persecuendi*.

Alcançado o objetivo geral, busca-se, ainda, através do estudo de aspectos controvertidos da identidade do fato como pressuposto para incidência do princípio *ne bis in idem*, determinar se referida garantia se estenderá, unicamente, ao fato narrado na denúncia, ou se, ao contrário, abrangerá a realidade histórica do fato, ou seja, tal como efetivamente realizado, independentemente, do acerto ou equívoco no julgamento da respectiva ação penal.

Espera-se, enfim, estabelecer proposições precisas referentes à aplicação do princípio *ne bis in idem*, dando cumprimento efetivo à garantia constitucional da coisa julgada no processo penal, no que diz respeito ao direito a um julgamento único pelos mesmos fatos.

CAPÍTULO II – O GARANTISMO COMO LIMITAÇÃO AO PODER PUNITIVO

1 TEORIA DO GARANTISMO PENAL – ASPECTOS PONTUAIS

Inicialmente, deve ser ressaltado que, conforme indica Paulo Rangel, a teoria do garantismo penal não foi exclusivamente desenvolvida pelo Professor e jurista italiano Luigi Ferrajoli, havendo sido concebida na Itália, a partir do movimento da Magistratura Democrática, nos idos de 1964, o qual tinha como escopo principal estabelecer a força normativa da Constituição frente às normas infraconstitucionais violadoras dos direitos e garantias fundamentais¹.

Por outro lado, haja vista a adoção, em nosso ordenamento, de um modelo de Estado democrático de direito², o qual será adiante comentado - Parte I, Capítulo III, item 2 -, destinado, em suma, a assegurar o exercício dos direitos e garantias sociais e individuais, assim como dos princípios constitucionais, e, sendo esse um dos dogmas do garantismo, torna-se imperiosa a necessidade de examinar os aspectos pontuais do movimento ideológico, que rapidamente foi adotado pelos juristas dos estados democráticos, especialmente, Itália, Espanha, Portugal e alguns países da América Latina, inclusive o Brasil.

¹ RANGEL, Paulo. **Investigação criminal direta pelo Ministério Público**: visão crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 41.

² O Estado democrático de direito tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Após uma extensa e minuciosa investigação, concluída na obra “Direito e Razão”, considerada o marco teórico do garantismo, Ferrajoli propôs um sistema normativo, ou nas palavras de Norberto Bobbio, “as colunas mestras do Estado de Direito, que têm por fundamento e fim a tutela das liberdades dos indivíduos frente às variadas formas de exercício arbitrário do poder, particularmente odioso no direito penal”³.

Logo no início de sua obra, rebate os modelos autoritários, nos quais prepondera um direito penal máximo, voltado mais para a punição do delinqüente, do que propriamente para a definição de condutas penalmente ilícitas e suas respectivas sanções⁴.

De acordo com o conceito formulado por Ferrajoli, pode-se entender o termo garantismo em três acepções:

Segundo um primeiro significado, “garantismo” designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de estrita legalidade SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à potestade punitiva do estado em garantia do direito dos cidadãos. É, conseqüentemente, “garantista” todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente. [...].

Em um segundo significado, “garantismo” designa uma teoria jurídica da “validade” e da “efetividade” como categorias distintas não só entre si, mas, também, pela “existência” ou “vigor” das normas. Neste sentido, a palavra “garantismo” exprime uma aproximação teórica que mantém separados o “ser” e o “dever ser” no direito; e, aliás, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendentemente antigarantistas), interpretando-a com a antinomia [...] que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas. [...].

Segundo um terceiro significado, [...], “garantismo” designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Neste último sentido, o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o “ser” e o “dever ser” do direito⁵.

³ BOBBIO, Norberto *apud* FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do garantismo penal. Traduzido por Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 7.

⁴ CRUZ, Rogério Schietti Machado. A verdade processual em Ferrajoli. **IBCCRIM**, São Paulo, n. 106, set. 2001. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 12 jan. 2002.

⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, p. 684-685.

Para Lenio Streck, a teoria garantista corresponde a uma técnica de limitação e disciplina dos poderes públicos, podendo ser considerada o traço estrutural e substancial mais característico da democracia: garantias tanto liberais, como sociais, expressando os interesses dos mais débeis em relação aos mais fortes, assim como tutela das minorias marginalizadas frente às maiorias integradas⁶.

Por sua vez, Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho ensinam que

O garantismo penal é um esquema tipológico baseado no máximo grau de tutela dos direitos e na fiabilidade do juízo e da legislação, limitando o poder punitivo e garantindo a(s) pessoa(s) contra qualquer tipo de violência arbitrária, pública ou privada. Por se tratar de modelo ideal (e ideológico), apresenta inúmeros pressupostos e conseqüências lógicas e teóricas.

[...].

A doutrina garantista nega os pressupostos do positivismo dogmático, entendendo que (a) o poder é ontologicamente voltado à violação dos direitos; (b) legitimidade e legalidade são categorias diversas; e, conseqüentemente, (c) que os atos emanados pelo poder público, seja legislativo, executivo ou judiciário, não se presumem regulares, sendo necessária, pois, a criação de mecanismo eficaz de seu controle⁷.

Ainda para esses autores,

A teoria do garantismo penal pressupõe o direito como única alternativa à violência dos delitos e das penas, cuja existência apenas se justifica se percebido como mecanismos de tutela do indivíduo contra as formas públicas e privadas de vingança. O direito penal e processual penal passam a ser compreendidos, portanto, como lei do mais fraco, em alternativa à lei do mais forte, que vigeria na sua ausência. Defesa do mais fraco que no momento do delito é parte ofendida, no momento do processo é o réu e no momento da execução é o condenado⁸.

O modelo de direito garantista significa, portanto, submissão à norma constitucional, a qual todos deverão se sujeitar, sendo incorreto vinculá-lo a qualquer soberania interna de poderes institucionalizados, pois como preconizado nessa teoria, todos os poderes estão

⁶ STRECK, Lenio *apud* CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2. ed. ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 20.

⁷ CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, p. 21.

⁸ *Ibidem*, p. 20.

submetidos à vontade da lei que transformará os direitos fundamentais em direito constitucional interno⁹.

Para Ferrajoli, nesse sistema de estrita legalidade, não se admite incerteza ou imprevisibilidade na intervenção estatal, que se prende apenas a ideais de racionalidade, condicionados na máxima consecução da tutela de liberdade dos cidadãos contra o arbítrio estatal.

O modelo proposto na obra “Direito e Razão” segue dez axiomas jurídicos, consagrados pela tradição iluminista, que dispostos, de forma racional e seqüencial, estabelecem as *regras do jogo*, fundamentais num Estado democrático de direito:

A 1 - *Nulla poena sine crimine* (princípio da retributividade ou da "*consequenzialità*" da pena em relação ao crime);

A 2 - *Nullum crimen sine lege* (princípio da legalidade, em sentido lato ou em sentido estrito);

A 3 - *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* (princípio da necessidade);

A 4 - *Nulla necessitas sine iniuria* (princípio da ofensividade ou da lesividade do evento);

A 5 - *Nulla iniuria sine actione* (princípio da materialidade ou da exterioridade da ação);

A 6 - *Nulla actio sine culpa* (princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal);

A 7 - *Nulla culpa sine iudicio* (princípio de jurisdicionalidade em sentido lato e em sentido estrito);

A 8 - *Nullum iudicium sine accusatione* (princípio acusatório ou da separação entre as funções de acusar e julgar);

A 9 - *Nulla accusatio sine probatione* (princípio do ônus da prova ou de verificação);

⁹ FERRAJOLI, Luigi. **A teoria do garantismo e seus reflexos no processo penal**. Disponível em: <<http://www.geocities.com.br>>. Acesso em: 11 mai. 2001.

A 10 - *Nulla probatio sine defensione* (princípio do contraditório ou da defesa).

A função específica das garantias expressas nesses enunciados, adverte Ferrajoli, não é de consentir ou legitimar, mas de condicionar ou vincular, deslegitimando, conseqüentemente, o exercício absoluto do poder punitivo.

Ainda para o jusfilósofo, os direitos fundamentais adquirem *status* de intangibilidade, consubstanciando o que denomina de “esfera do não-decidível”, direitos sobre os quais, sequer, a totalidade pode decidir, ainda que sob a justificativa da manutenção do “bem comum”¹⁰.

Em razão dos axiomas propostos por Ferrajoli, ensina Aury Celso Lima Lopes Júnior que, no modelo garantista,

Não se admite nenhuma imposição de pena: sem que se produza a comissão de um delito; sem que ele esteja previamente tipificado por lei; sem que exista necessidade de sua proibição e punição; sem que os efeitos da conduta sejam lesivos para terceiros; sem o caráter exterior ou material da ação criminosa; sem a imputabilidade e culpabilidade do autor; e sem que tudo isso seja verificado através de uma prova empírica, levada pela acusação a um juiz imparcial em um processo público, contraditório, com amplitude de defesa e mediante um procedimento legalmente preestabelecido¹¹.

Além do caráter vinculado do poder público no Estado democrático de direito, constitui elemento básico da teoria do garantismo penal, a divergência entre validade e vigência de uma norma.

Ferrajoli explica que, nos Estados absolutistas, e em muitos dos modernos Estados totalitários, onde a única norma acerca da produção normativa é o princípio da mera legalidade, os conceitos de validade e vigência coincidem. Em sentido oposto, nos modernos

¹⁰ Sobre esse assunto, ver o conceito de democracia de Ferrajoli, no início do capítulo Garantismo e Estado de Direito, na obra FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do garantismo penal. Traduzido por Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

¹¹ LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. **O fundamento da existência do processo penal: instrumentalidade garantista**. Disponível em: <<http://www.serranoneves.com.br>>. Acesso em: 22 mar. 2004.

Estados constitucionais de direito, às condições de validade das leis, incorporam-se não só requisitos de regularidade formal, mas também condições substanciais ou de conteúdo.

Por conseguinte, para a teoria garantista, o conceito de vigência corresponde apenas à validade formal das normas, à mera regularidade do ato normativo, enquanto que validade, além dos requisitos de regularidade formal, significa adequação da norma produzida às condições de *justiça material*, ou seja, aos valores incorporados à Constituição, dentre eles, os princípios constitucionais de direitos humanos, da igualdade e da estrita legalidade penal¹².

Deve, ainda, ser enfatizada a nítida separação entre direito e moral no garantismo, razão pela qual somente em razão de lei em sentido estrito, e não por imoralidade intrínseca ou por anormalidade, é que um determinado comportamento poderá ser considerado crime. Por outro lado, a respectiva condenação do responsável por uma conduta delituosa não corresponde a um juízo moral, nem a um diagnóstico sobre a natureza “anormal” do acusado, o que exclui “toda função ética ou pedagógica da pena, concebida como aflição taxativa e abstratamente preestabelecida pela lei”¹³.

Registre-se, além disso, que mesmo se observando apenas um maior ou menor grau de garantismo nos sistemas penais concretos, e ainda que não haja em nenhum ordenamento jurídico sua adoção com vigência absoluta, o que provavelmente jamais ocorrerá, posto que o garantismo penal é um modelo ideal ou modelo limite, não se há de negar seu valor, sobretudo, político, por ser um “paradigma na luta pela transformação não somente dos sistemas positivos, mas principalmente da real atuação dos aparatos estatais”¹⁴.

Portanto, sábias são as observações de Ricardo de Brito A. P. Freitas, quando diz que

¹² Nessa concepção, além de inválida, a norma será injusta.

¹³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do garantismo penal. Traduzido por Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 33.

¹⁴ LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. **O fundamento da existência do processo penal: instrumentalidade garantista**. Disponível em: <<http://www.serrano.neves.com.br>>. Acesso em: 22 mar. 2004.

O aprofundamento do garantismo penal, no plano das idéias, é a utopia que pode impulsionar as transformações no modo de atuar do sistema penal através da concretização dos seus princípios e da inovação permanente. [...]. Trata-se de um programa ambicioso e única alternativa válida ao autoritarismo da lei e da ordem¹⁵.

2 JURISDIÇÃO PENAL E O PARADIGMA GARANTISTA DE PROCESSO PENAL

No que se refere à jurisdição, a originalidade do sistema garantista consiste, especialmente, na idéia de inseparabilidade das diversas garantias penais e processuais, tornando evidente a ilegitimidade dos sistemas que, embora consagrando determinados princípios garantistas, mostram-se alheios para outros.

Para Luigi Ferrajoli, as garantias penais seriam totalmente insatisfatórias se não fossem acompanhadas de conjunto correlato e subsidiário de garantias processuais, expressadas pelos princípios da presunção de inocência¹⁶ até prova em contrário, da nítida separação entre as funções de julgar e de acusar, do ônus acusatório da prova e do direito do acusado à defesa¹⁷.

No sistema garantista, o processo está fundamentado em seis axiomas¹⁸, assim sintetizados por Aury Celso Lima Lopes Júnior:

1º) Jurisdicionalidade - *Nulla poena, nulla culpa sine iudicio*: representa a exclusividade do poder jurisdicional, direito ao juiz natural, independência da magistratura e exclusiva submissão à lei.

¹⁵ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **As razões do positivismo penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 362-363.

¹⁶ A respeito da nomenclatura desse princípio (presunção de ou não-culpabilidade), cf. nota de rodapé nº 113.

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do garantismo penal. Traduzido por Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 431-432.

¹⁸ CALHAU, Lélío Braga. **O devido processo legal no processo penal: da Antígona ao garantismo**. Disponível em: <<http://www.direitopenal.adv.com.br>>. Acesso em: 11 jul. 2002.

2º) Inderrogabilidade *do juízo*: no sentido de indeclinabilidade da jurisdição.

3º) Separação das atividades de julgar e acusar - *Nullum iudicium sine accusatione*: configura o Ministério Público como órgão que exercerá privativamente a ação penal pública, garantindo a imparcialidade do juiz e submetendo sua atuação à prévia invocação por meio da ação penal.

4º) Presunção de inocência¹⁹: a garantia de que será mantido o estado de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória implica diversas conseqüências no tratamento atribuído ao acusado, inclusive quanto à decretação de medidas cautelares restritivas de liberdade e ao ônus da prova do fato imputado, de competência exclusiva da acusação.

5º) Contradição - *Nulla probatio sine defensione*: é um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, demonstrado, não de forma potestativa, mas através da contraposição dos interesses da acusação (expressão do interesse punitivo do Estado) e da defesa (expressão do interesse do acusado em não se submeter a acusações infundadas ou a penas arbitrárias e desproporcionais).

6º) Fundamentação das decisões judiciais: para o controle da contradição e de que existe prova suficiente para ilidir a presunção de inocência, também é fundamental o princípio da motivação de todas as decisões judiciais, como justificação necessária ao predomínio da racionalidade da decisão, poder ou autoridade do juiz²⁰.

Ademais, no processo penal garantista, além da ampla defesa, deve haver *paridade de armas* entre as partes, sendo inadmissível que se atribua ao acusado uma posição de inferioridade, ou submissão, ao Estado-acusador.

¹⁹ A respeito da nomenclatura desse princípio (presunção de inocência ou não-culpabilidade), cf. nota de rodapé nº 113.

²⁰ LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. **O fundamento da existência do processo penal: instrumentalidade garantista**. Disponível em: <<http://www.serrano.neves.com.br>>. Acesso em: 22 mar. 2004.

Para Ferrajoli, além de garantir a liberdade, as garantias procedimentais correspondem a garantias de verdade, uma vez que

[...] As garantias processuais que circundam a busca da verdade processual no processo cognitivo asseguram a obtenção de uma verdade mínima em obediência aos pressupostos da sanção, mas também garantida, graças ao caráter empírico e determinado das hipóteses acusatórias, por cânones de conhecimento como a presunção de inocência até prova em contrário, o ônus da prova a cargo da acusação, o princípio *in dubio pro reo*, a publicidade do procedimento probatório, o contraditório e o direito de defesa mediante refutação da acusação²¹.

Em razão da separação entre o direito e a moral, o juízo, no processo garantista, não poderá considerar a personalidade do acusado, mas tão-somente os fatos penalmente relevantes que lhe são formalmente imputados, objetivamente, por serem os únicos passíveis de verificação empírica.

Assim, baseando-se em lições de Ferrajoli, Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho explicam que

O juiz não deve submeter à indagação a alma do imputado, nem deve emitir veredictos morais sobre sua pessoa, mas apenas investigar seus comportamentos proibidos. E um cidadão pode ser julgado, antes de ser castigado, apenas por aquilo que fez, e não, como no juízo moral, também por aquilo que é.
[...] Pois se o cidadão tem o dever de cumprir a lei, ao mesmo tempo tem o direito de ser interiormente perverso e continuar sendo sem a ingerência dos aparatos de controle estatal²².

Por outro lado, o modelo garantista de processo penal confere uma específica legitimidade ao Poder Judiciário e à validade de suas decisões, centrada não em valores políticos, mas sim, na verdade, aproximada ou relativa, dos fatos que a ele são submetidos.

Explica Ferrajoli que o juízo penal e toda a atividade jurisdicional é um saber-poder, uma combinação de conhecimento (*veritas*) e de decisão (*auctoritas*). Nessa simbiose, quanto maior é o poder, menor é o saber, e vice-versa²³.

²¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do garantismo penal. Traduzido por Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 434-435.

²² CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2. ed. ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 13.

Dessa forma, entende que, numa concepção garantista, a natureza do juízo penal é voltada muito mais à verificação empírica dos pressupostos típicos acusatórios, do que à autoridade do juiz. E invertendo o princípio hobbesiano para a legislação (*auctoritas, non veritas facit legem*), quanto à jurisdição defendeu que *veritas, non auctoritas facit iudicium*, até pelo significado de *juris-dição*: *jus dicere* e não *jus dare*²⁴.

Por isso, afirma que o modelo garantista equivale a um sistema de minimização do poder e de maximização do saber judicial, à medida que condiciona a validade das decisões jurisdicionais à verdade, empírica e logicamente controlada, de suas motivações.

Além disso, identifica os valores da jurisdição penal com a imunidade dos cidadãos contra o arbítrio e o procedimento inquisitivo, com a defesa dos débeis mediante regra igualitárias para todos e com o princípio da dignidade da pessoa humana, sobretudo, no que se refere ao acusado²⁵.

Enfim, o papel da jurisdição, expresso pela teoria do garantismo, é a defesa intransigente dos direitos fundamentais²⁶, vinculando-se o julgador sempre à legalidade constitucionalmente válida, onde os princípios constitucionais representam “os parâmetros dos valores positivos e materiais da legitimação e da medida da legalidade”²⁷.

²³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do garantismo penal. Traduzido por Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 200., p. 39.

²⁴ Ainda para o jusfilósofo, a jurisdição distingue-se das demais funções estatais, “enquanto motivada por afirmações supostamente verdadeiras e não apenas por prescrições, de modo que não é meramente potestativa nem sequer discricionária, mas está vinculada à aplicação da lei aos fatos julgados, mediante o reconhecimento da primeira e o conhecimento dos segundos”. *Ibidem*, p. 32.

²⁵ *Ibidem*, p. 438.

²⁶ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 104.

²⁷ PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos atos de governo pela jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 79.

3 A VERDADE PROCESSUAL NO GARANTISMO

Em razão da íntima conexão entre o tema objeto do presente estudo - a vertente processual do *ne bis in idem* -, o qual impede que alguém seja processado, mais de uma vez, pelos mesmos fatos, e a possibilidade de se atingir o conhecimento integral dos fatos submetidos à jurisdição penal, faz-se necessário abordar o conceito de verdade que se deve ter no modelo de processo garantista, até mesmo como forma de se abandonar a busca da verdade real, que muitos ainda insistem em elencar como princípio informativo do processo penal.

O problema da verdade, para o Direito Processual Penal, sempre constituiu um ponto frágil e controvertido. A obtenção da “verdade real” configura um mito²⁸ que não se sustenta diante da realidade imposta pela obediência aos métodos de produção de provas de um Estado democrático de direito^{29,30}, com várias limitações, dentre elas, o respeito aos direitos e garantias das partes, assim como a necessidade de observância às regras processuais de formação e valoração das provas, como, por exemplo, a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal).

²⁸ Ensina Renato de Mello Jorge Silveira que “Habermas repudia a idéia de uma verdade material, vez tratar-se ela de se estipular uma teoria ontológica da verdade, estipulando-se pontos de vista valorativos. Não se pode partir de um conceito de realidade independente do termo ‘expressão verdadeira’. Daí, que o conceito de realidade não seja mais algo inerente a todos os fenômenos sobre os quais são possíveis expressões verdadeiras”. Ainda segundo o autor, tanto Habermas, como também Luhmann, convergem na formação de uma “verdade consensual”, que nada mais seria do que a análise da verdade frente a uma quebra das barreiras comunicativas. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Da verdade dada à verdade buscada. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 101, 2001. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 12 jan. 2002.

²⁹ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 114.

³⁰ Francesco Carnelutti já havia constatado a deficiência da razão para se chegar à verdade, afirmando que “a verdade está no todo, não na parte; e o todo é demais para nós. Mais tarde isso me serviu para compreender, ou ao menos tentar compreender, por que Cristo disse: ‘Eu sou a verdade’. [...]. Todos os grandes pensadores reconheceram a insuficiência do saber, a começar por Sócrates: se o verdadeiro saber é saber de não saber, que coisa é necessária para constatar essa insuficiência?”. CAMBI, Eduardo. Verdade processual objetivável e limites da razão jurídica iluminista. **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 96, out.-dez. 1999, p. 235.

Francisco das Neves Baptista lembra que a busca da chamada “verdade real” não tem utilidade alguma, relativamente à razão de ser do processo penal, de proteção do indivíduo contra o arbítrio da autoridade³¹, motivadora da desigualdade das partes na relação processual³².

Por outro lado, como bem destacado por Danielle Souza de Andrade e Silva, a admissão, pela Física Quântica, da relativização das partículas subatômicas trouxe humildade epistemológica à ciência, salientando Cláudio Souto, que “a pós-modernidade científica não chega a dispensar a razão, mas substitui uma razão de certeza por uma razão apenas probabilística”³³.

Para Ferrajoli, a definição da noção de verdade, juntamente com as condições nas quais são “verificados” os fatos postos em juízo, constituem parâmetro de vital importância na teoria de um processo inserido num sistema penal garantista. Sem uma adequada teoria da verdade, toda a construção do direito penal pós-iluminista (garantista ou cognitiva) “termina apoiada na areia”³⁴.

Ensina, ainda, que nos modelos substancialistas de Direito Penal, de fundamentação metajurídica - predominantemente de cunho moral, natural ou social - na definição do desvio punível, a verdade almejada é a chamada "verdade substancial ou material", ou seja, uma

³¹ “Dizer que o processo penal tem por única finalidade a aplicação do Direito Penal já não satisfaz aos processualistas que sustentam a transformação do processo de simples instrumento da Justiça em garantia de liberdade”. BARROS, Marco Antonio. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 21.

³² BAPTISTA, Francisco das Neves. **O mito da verdade real na dogmática do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 210.

³³ SOUTO, Cláudio *apud* SILVA, Danielle Souza de Andrade e. **A atuação do juiz no processo penal acusatório**. Incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988. Porto Alegre: SAFE, 2005, p. 31. Ainda sobre o assunto, ressalta Souto Borges que “a ciência nada pode antecipar ou garantir quanto ao conteúdo-de-verdade de uma teoria. Há sempre de contar com a eventualidade do erro na pesquisa científica”. BORGES, José Souto Maior *apud* SILVA, Danielle Souza de Andrade e. *Op. cit.*, p. 29.

³⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do garantismo penal. Traduzido por Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 39.

verdade absoluta, carente de limites, alcançável por qualquer meio, para além das rígidas regras procedimentais.

Contudo, a idéia de que se pode conseguir e asseverar uma verdade objetiva ou absolutamente certa é, na realidade, uma ingenuidade epistemológica, dividida com o realismo gnosiológico vulgar, visto que

A “verdade” de uma teoria científica e, geralmente, de qualquer argumentação ou proposição empírica é sempre, em suma, uma verdade não definitiva, mas contingente, não absoluta, mas relativa ao estado dos conhecimentos e experiências levadas a cabo na ordem das coisas de que se fala, de modo que, sempre, quando se afirma a “verdade” de uma ou de várias proposições, a única coisa que se diz é que estas são (plausivelmente) verdadeiras pelo que sabemos sobre elas, ou seja, em relação ao conjunto dos conhecimentos confirmados que dela possuímos. Para expressar essa relatividade da verdade alcançada em cada ocasião, pode-se muito bem usar a noção sugerida por Popper, de “aproximação” ou “acertamento” da verdade objetiva, entendida esta como um “modelo” ou uma “idéia reguladora” que “somos incapazes de igualar”, mas da qual podemos nos aproximar, sob a condição, não obstante, de que não se associem a tal noção conotações desorientadoras de tipo ontológico ou espacial, mas apenas o papel de um princípio regulador que os permita asseverar que uma tese ou uma teoria é mais plausível ou mais aproximativamente verdadeira e, portanto, preferível a outras por causa de seu maior “poder de explicação” e dos controles mais numerosos a que foi submetida com sucesso.

Tudo isso vale com maior razão para a verdade processual, que também pode ser concebida como uma verdade aproximada a respeito do ideal iluminista de perfeita correspondência³⁵³⁶. [grifos acrescentados].

O modelo garantista busca, portanto, uma verdade processual, alcançada com respeito a regras precisas, que assegurem às partes um maior controle sobre a atividade jurisdicional, e relativa somente a fatos e circunstâncias perfilados como penalmente relevantes.

³⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do garantismo penal. Traduzido por Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 42.

³⁶ Ferrajoli refere-se, ainda, à verdade como principal fonte de legitimidade da jurisdição penal, esclarecendo que “[...] o Poder Judiciário, que diversamente de qualquer outro poder público, não admite uma legitimação de tipo representativa ou consensual, mas apenas uma legitimação de tipo racional e legal, adequada ao caráter cognitivo dos fatos e recognitivo de sua qualificação jurídica, que é indispensável à motivação dos atos jurisdicionais. *Veritas, non auctoritas facit iudicium*, dissemos inicialmente a propósito da jurisdição [...]. Não se pode punir um cidadão só porque isso satisfaz a vontade ou o interesse da maioria. Nenhuma maioria, ainda que esmagadora, pode tornar legítima a condenação de um inocente ou sanar um erro cometido em prejuízo de um cidadão, único que seja. E nenhum consenso político [...] pode suprir a prova ausente em uma hipótese acusatória. Em um sistema penal garantista o consenso majoritário ou a investidura representativa do juiz não acrescenta nada à legitimidade da jurisdição, uma vez que nem a vontade nem o interesse geral e tampouco nenhum outro princípio de autoridade podem tornar verdadeiro aquilo que é falso e vice-versa”. *Ibidem*, p. 42.

Com efeito, ao inverso dos modelos substancialistas, num processo criminal garantista, não se permite a busca incondicional e absoluta da “verdade real”, mas tão-somente de uma verdade processual, baseada na prova existente nos autos, que pode ser concebida como a maior aproximação possível do “real” – fato efetivamente ocorrido.

Como explica Ferrajoli, a verdade é condicionada, em si mesma, pelo respeito aos procedimentos e garantias da defesa, sendo “mais controlada quanto ao método de aquisição e mais reduzida quanto ao conteúdo informativo que qualquer hipotética verdade substancial”³⁷. Nesse caráter probabilístico, admite-se, além da verdade fática³⁸ (alcançada através de processos indutivos), a verdade jurídica³⁹ (obtida por meio de processos dedutivos).

Corroborando a afirmação de ser a verdade processual uma verdade aproximativa⁴⁰, Pedro Sérgio dos Santos ensina que

Assim como não se pode dizer com certeza sobre a movimentação ou estado de uma partícula, onda ou de um pacote de energia, mas se estabelecer possibilidades prováveis para aquela ocorrência, a verdade sobre uma conduta humana dentro da realidade criminosa deve, até por uma questão de reconhecimento das limitações do processo cognitivo dos indivíduos, ser tida sempre como algo possível ou aproximado, ou como afirmou Neves Batista, deve-se ter uma “verdade necessária” para a boa aplicação da justiça, que é o objetivo maior⁴¹.

³⁷ LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. **O fundamento da existência do processo penal: instrumentalidade garantista**. Disponível em: <<http://www.serranoneves.com.br>>. Acesso em: 22 mar. 2004.

³⁸ Fatos ocorridos na realidade histórica.

³⁹ Normas que se referem aos fatos ocorridos.

⁴⁰ Em razão do caráter aproximativo ou probabilístico da verdade, o "decisionismo processual" e o "subjetivismo inquisitorial" do julgador são considerados antigarantistas, pois significam predisposição jurisdicional de exarar decisão já previamente definida, desconsiderando-se os fatos reconstruídos nos autos. No "decisionismo processual", os fatores mais recorrentes são as características pessoais do acusado, como a reincidência, por exemplo.

⁴¹ SANTOS, Pedro Sérgio dos. **Direito processual penal & a insuficiência metodológica: a alternativa da Mecânica Quântica**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 168.

Ainda, sobre o assunto, Sérgio Cruz Arenhart defende, com esteio em Habermas, que a verdade “não se descobre, mas se constrói, através da argumentação”, sendo um conceito dialético⁴².

No mesmo sentido, Nelson Saldanha entende que “no plano processual, os fatos (como no plano científico) se ‘constróem’ ou se reelaboram conforme o poder de argumentação”, advertindo, contudo, que “neste reside o perigo de que se perca a própria noção de verdade”⁴³.

Quanto aos limites da verdade processual no modelo garantista, manifestam-se em quatro sentidos: a) o objeto do juízo se restringe ao conteúdo da narrativa acusatória; b) a verdade alcançada deve estar corroborada por provas colhidas mediante regras e procedimentos normativamente pré-estabelecidos; c) trata-se sempre de uma verdade somente provável, passível de prova e oposição; e d) diante da dúvida ou na falta da prova dos fatos, sobre os quais se assenta a acusação, prevalece a presunção de inocência⁴⁴ e atribuição de falsidade formal ou processual às hipóteses acusatórias⁴⁵.

Ressalta Rogério Schietti Machado Cruz que essas limitações, à busca da verdade, tornam, inevitavelmente, mais onerosa a tarefa do Estado em oferecer uma resposta, com maior eficiência, aos anseios punitivos da maioria da população⁴⁶.

⁴² ARENHART, Sérgio Cruz. A verdade substancial. *Genesis – revista de direito processual civil* 3/690, Curitiba, set.-dez., 1996.

⁴³ SALDANHA, Nelson *apud* SILVA, Danielle Souza de Andrade e. **A atuação do juiz no processo penal acusatório**. Incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988. Porto Alegre: SAFE, 2005, p. 37.

⁴⁴ A respeito da nomenclatura desse princípio (presunção de inocência ou não-culpabilidade), cf. nota de rodapé nº 113.

⁴⁵ CRUZ, Rogério Schietti Machado. A verdade processual em Ferrajoli. **IBCCRIM**, São Paulo, n. 106, set. 2001. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 12 jan. 2002.

⁴⁶ *Ibidem*.

Entretanto, o sistema garantista não se legitima pela vontade da maioria, mas pela tradição pós-iluminista sedimentada nas cartas políticas dos povos modernos e nos documentos de regência transnacional e, especialmente, na defesa intransigente dos direitos fundamentais.

Por outro lado, constitui fator determinante da relatividade da idéia de verdade processual, a ausência de neutralidade do julgador, pois, embora observável quanto à sua imparcialidade e impessoalidade, é inatingível em sua plenitude⁴⁷.

Realmente, interpretar envolve escolha de valores, e ainda que atue de forma imparcial, ou seja, quando não esteja movido por interesses próprios ou de terceiros, o juiz sempre estará aplicando seu “senso de justiça”, suas crenças. Até por que se encontra fatalmente condicionado ao meio ambiente em que atua, aos seus sentimentos pessoais, às suas inclinações e emoções, ao seu meio social e cultural e aos seus valores ético-políticos.

À subjetividade judicial, deve-se acrescentar a subjetividade das fontes de provas, sobretudo em sistemas processuais como o nosso, onde a transcrição dos argumentos e declarações orais (perícias, testemunhos, interrogatórios, entre outros meios de prova), não traduz, com exatidão, o conhecimento direto ou indireto da fonte de prova⁴⁸.

Não obstante, há de ser ressaltado que a discricionariedade judicial deve ser sempre dirigida não a estender, mas a reduzir a intervenção penal enquanto não motivada por argumentos cognoscitivos seguros.

Em conseqüência, pode-se afirmar que a verdade buscada no modelo de processo penal garantista corresponde a uma verdade aproximativa, limitada, ou seja, o juiz, ao julgar

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 300.

⁴⁸ CRUZ, Rogério Schietti Machado. A verdade processual em Ferrajoli. **IBCCRIM**, São Paulo, n. 106, set. 2001. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 12 jan. 2002.

os fatos imputados ao acusado, deve escolher a hipótese racionalmente mais atendível entre suas diversas reconstruções possíveis, correspondendo a verdade à “hipótese mais provável”, segundo os elementos de confirmação existentes nos autos⁴⁹, desde que subordinados aos princípios e às garantias constitucionais assegurados constitucionalmente às partes⁵⁰. Inclusive, porque, como explica Bobbio, o Estado já não é um fim em si mesmo, mas somente um meio que tem como fim a tutela do homem e de seus direitos fundamentais.

Não se há de esquecer, porém, que, em razão dos princípios da presunção de inocência⁵¹ e do *in dubio pro reo*, o juízo de probabilidade a ser atingido, nas decisões condenatórias, deve ser em “altíssimo grau”, uma vez que a verdade aproximativa significa um convencimento judicial racional *beyond reasonable doubt*, onde a possibilidade da inoportunidade do fato *sub judice* seja praticamente inexistente, baseado na certeza de que nenhum inocente será castigado, à custa da incerteza de que também nenhum culpado possa resultar impune⁵².

Além disso, a respeito da verdade na teoria garantista, pertinentes são as observações de Aury Celso Lima Lopes Júnior:

A dúvida sobre a verdade jurídica exige a intervenção de instituições como a presunção de inocência do imputado até a sentença definitiva; o ônus da prova a cargo da acusação; o princípio *in dubio pro reo*; a absolvição em caso de incerteza sobre a verdade fática e, por outro lado, a analogia *in bonam partem* e a interpretação restritiva dos pressupostos típicos penais e extensiva das circunstâncias eximentes ou atenuantes. Como destaca Ferrajoli em diversos

⁴⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre acusação e sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 62.

⁵⁰ “Não há sentido em procurar distinguir a verdade formal da verdade material, como se fossem duas verdades distintas. A verdade processualmente atingível sempre será uma verdade limitada. A verdade processual é uma probabilidade, ainda que em altíssimo grau. O juiz deve buscar a máxima aproximação possível daquilo que se convencionou denominar de verdade”. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 434.

⁵¹ A respeito da nomenclatura desse princípio (presunção de inocência ou não-culpabilidade), cf. nota de rodapé nº 113.

⁵² FERRAJOLI, Luigi *apud* CRUZ, Rogério Schiatti Machado. A verdade processual em Ferrajoli. **IBCCRIM**, São Paulo, n. 106, set. 2001. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 12 jan. 2002.

momentos, a dúvida deve ser resolvida sempre pela aplicação do princípio *in dubio pro reo* (critério pragmático de solução das incertezas jurisdicionais) e a manutenção da presunção de inocência. A única certeza que se pretende no processo penal está relacionada com a existência dos pressupostos que condicionam a pena e a condenação, e não aos elementos para absolver⁵³.

Pelo exposto, urge ao juiz garantista abandonar a pretensão positivista de alcançar verdades intocáveis, pois com o avanço da ciência, dúvida não há de que as verdades são admitidas até que outras as superem.

Por isso, “a verdade necessária à conclusão justa do processo é a que se pode atingir sem arranhaduras na integridade humana do cidadão, não uma verdade real arrancada a qualquer preço”⁵⁴, até por que o processo penal justo, além de um instrumento de aplicação do direito, é uma garantia de liberdade do acusado, não se compadecendo com violação alguma aos direitos fundamentais do indivíduo.

Por fim, pela observação perspicaz, faz-se mister transcrever as palavras de Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, para quem

Conceitos como “verdade absoluta” ou “verdade material”, mais serviram para justificar abusos processuais do que para contribuir para uma melhoria da eficácia epistemológica do processo como instrumento de realização de justiça. Negar tais conceitos e afirmar que a verdade deve ser entendida como “elevadíssima probabilidade” é um caminho seguro para a busca da justiça. No processo o acerto dos fatos é um objetivo a ser seguido, embora se tenha consciência da impossibilidade de se atingir a “verdade objetiva ou absoluta”⁵⁵.

⁵³ LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. **O fundamento da existência do processo penal: instrumentalidade garantista**. Disponível em: <<http://www.serranoneves.com.br>>. Acesso em: 22 mar. 2004.

⁵⁴ BAPTISTA, Francisco das Neves. **O mito da verdade real na dogmática do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 186.

⁵⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 62.

CAPÍTULO III – O MODELO DE PROCESSO PENAL ADOTADO PELA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

1 BREVE RETROSPECTO HISTÓRICO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

A evolução do processo penal confunde-se com a do homem, pois não há poder mais incisivo, e até mesmo, primitivo, do que o de punir, especialmente, quando possibilita a supressão de liberdade, ou da vida, em determinados contextos.

Tendo como móvel a obtenção da reparação do dano ocasionado, os rituais de julgamentos penais da antiguidade eram, na maioria das infrações, resultantes de atividades desenvolvidas pelo próprio ofendido ou pela sua tribo⁵⁶.

Apesar do aperfeiçoamento paulatino das formas processuais, principalmente, nos vários períodos do império romano e no direito germânico, não houve, até a Idade Média, aplicação centralizada do poder punitivo, havendo surgido o monopólio dos meios de coerção pelo Estado⁵⁷, somente com a influência do direito canônico e com o fortalecimento das monarquias nos estados absolutistas⁵⁸.

⁵⁶ Em Roma, havia apenas duas infrações que autorizavam perseguição pública, por atingirem, diretamente, a estrutura do poder comunitário: *perduellio* (traição e atentado contra a segurança do Estado) e *parricidium* (morte do *pater*, do chefe do grupo).

⁵⁷ BAJER, Paula. **Processo penal e cidadania**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002, p. 11.

Com efeito, Portugal sofreu expressiva influência da Igreja Católica, especialmente o direito penal e o processo penal, tanto que as Ordenações, por várias vezes, utilizavam a expressão pecado como sinônimo de crime⁵⁹ e os tribunais de inquisição funcionaram em seu território, entre os séculos XVI a XIX⁶⁰.

Os primeiros processos criminais no Brasil, época das Ordenações Manuelinas, eram iniciados, via de regra, por “querelas” – delações de crimes feitas em juízo por particulares, em interesse próprio ou público – e por “denúncias” – feitas nos casos de “devassas”, que eram processadas sem a presença do acusado.

Posteriormente, entrou em vigor o Código de Dom Sebastião, de curta aplicação em razão do reinado de Felipe II, de Castela, em 1580, sobre Portugal. Em 1603, foram promulgadas as Ordenações Filipinas – legislação que refletia ainda o direito medieval e que exerceu bastante influência no direito pátrio, haja vista sua longa duração – mais de dois séculos -, tendo sido substituídas somente depois da Independência do Brasil.

⁵⁸ “A titularidade do direito de punir por parte do Estado surge no momento em que é suprimida a vingança privada e são implantados os critérios de justiça. O Estado, como ente jurídico e político, avoca para si o direito (e também o dever) de proteger a comunidade e inclusive o próprio delinqüente, como meio de cumprir sua função de procurar o bem comum, que se veria afetado pela transgressão da ordem jurídico-penal, por causa de uma conduta delitativa. [...]. À medida que o Estado se fortalece, consciente dos perigos que encerra a autodefesa, assumirá o monopólio da justiça, produzindo-se não só a revisão da natureza contratual do processo, senão a proibição expressa para os particulares de tomar a justiça por suas próprias mãos. Frente à violação de um bem juridicamente protegido, não cabe outra atividade que não a invocação da devida tutela jurisdicional. Impõe-se a necessária utilização da estrutura preestabelecida pelo Estado – o processo judicial – em que, mediante a atuação de um terceiro imparcial, cuja designação não corresponde à vontade das partes e resulta da imposição da estrutura institucional, será solucionado o conflito e sancionado o autor. O processo, como instituição estatal, é a única estrutura que se reconhece como legítima para a imposição da pena”. LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. **O fundamento da existência do processo penal: instrumentalidade garantista**. Disponível em: <<http://www.serranoneves.com.br>>. Acesso em: 22 mar. 2004.

⁵⁹ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **História do direito processual brasileiro**. Das origens lusas à Escola Crítica do Processo. Barueri/SP: Manole, 2002, p. 148.

⁶⁰ SILVA, Danielle Souza de Andrade e. **A atuação do juiz no processo penal acusatório**. Incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988. Porto Alegre: SAFE, 2005, p. 58.

Destacavam-se nas Ordenações Filipinas as “devassas” gerais e especiais, cabendo aos juízes *formar o corpo de delito e abrir inquirição devassa*, tão logo tivessem notícia da prática de crime.

Informa Danielle Souza de Andrade Silva que, por ocasião da vigência das Ordenações Filipinas – praticamente, durante todo o período colonial –, o processo penal pátrio tinha como características os seguintes traços: a inquisitorialidade, com a iniciativa de ofício, o emprego da tortura, o sistema de avaliação legal de provas e a predominância da forma escrita. Ainda segundo ela, “tal modelo correspondeu a uma concepção absolutista de Estado, com conseqüências culturais e jurídicas que até hoje se fazem sentir”⁶¹.

Com a promulgação da Constituição de 1824, deixou de vigorar no Brasil as Ordenações Filipinas, tendo nossa primeira Carta Política regulado a organização básica do Poder Judiciário e concebido o Código Criminal do Império e o Código de Processo Criminal, promulgados em 16/12/1830 e em 29/11/1832, respectivamente.

O Código Criminal do Império ainda manteve algumas penas cruéis, como a pena de morte, tendo o Código de Processo Criminal abolido as “devassas” e as “querelas”, que assumiram novas formas, agora com o nome de “queixas”. As denúncias podiam ser oferecidas pelo Promotor Público ou por qualquer pessoa do povo, sendo possível o procedimento *ex officio* em todos os casos de denúncia. Como regra geral, a competência para o julgamento era centrada no Júri, estando excluídas as contravenções e os crimes menos graves.

Com o advento da República e a Constituição de 1891, os Estados passaram a ter suas próprias constituições e leis, inclusive as de caráter processual, apesar de poucos terem utilizado essa faculdade de legislar.

⁶¹ SILVA, Danielle Souza de Andrade e. **A atuação do juiz no processo penal acusatório**. Incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988. Porto Alegre: SAFE, 2005, p. 59.

A legislação processual penal foi unificada com a Constituição de 1934, havendo sido promulgado, sob a égide da Carta Constitucional de 1937, o atual Código de Processo Penal – Decreto-lei nº 3.689/41, que entrou em vigor em 1º/01/1942, momento histórico em que imperava o autoritarismo, sendo bastante influenciado pelo Código Rocco italiano, produzido em pleno regime fascista.

O inquérito policial e o procedimento escrito foram mantidos, instaladas a instrução contraditória e a separação das funções julgadora e acusatória, tendo sido restringida a competência do júri e eliminado, quase por completo, o procedimento de ofício. Como avanço, pode-se mencionar a outorga ao Ministério Público da atribuição de requisição de inquérito policial e outras diligências.

Não obstante o aparente sentido liberal atribuído ao Código, vislumbra-se, com nitidez, a marcante presença de idéias autoritárias, nas quais a figura do Estado ocupa posições de privilégios frente ao cidadão.

Com efeito, constava da Exposição de Motivos que o novo Código visava dar *maior eficiência à ação repressiva do Estado contra os que delinqüem*, assim como que “as nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus [...] um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade”⁶².

Para José Frederico Marques, esse Código, elaborado sob a égide e os influxos autoritários do Estado Novo, decididamente não é, como já não era, um estatuto moderno, à altura das reais necessidades de nossa Justiça Criminal. Pois,

Continuamos presos, na esfera do processo penal, aos arcaicos princípios procedimentalistas do sistema escrito [...]. O resultado de trabalho legislativo tão defeituoso e arcaico está na crise tremenda por que atravessa hoje a Justiça Criminal,

⁶² SILVA, Danielle Souza de Andrade e. **A atuação do juiz no processo penal acusatório**. Incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988. Porto Alegre: SAFE, 2005, p. 62-63.

em todos os Estados Brasileiros. [...]. A exemplo do que se fizera na Itália fascista, esqueceram os nossos legisladores do papel relevante das formas procedimentais no processo penal e, sob o pretexto de por cobro a formalismos prejudiciais, estruturou as nulidades sob princípios não condizentes com as garantias necessárias ao acusado, além de o ter feito com um lamentável confucionismo e absoluta falta de técnica⁶³.

Alexandre Bizzoto e Andréia de Brito Rodrigues apontam outro fator contributivo ao caráter antiliberal e antidemocrático do Código de Processo Penal de 1941: a ausência de sedimentação do direito processual como um “ramo do Direito autônomo”⁶⁴.

Abandonando o caráter nitidamente autoritário do Código de Processo Penal, a Constituição de 1988, fruto de uma concepção democrática de Estado, instituiu um sistema de amplos direitos e garantias, sobretudo, para o processo penal, que se transformou num instrumento de garantia do cidadão frente ao Estado, prevalecendo sempre a preocupação com a liberdade, a começar pela afirmação da situação jurídica de presunção de inocência de quem ainda não tiver reconhecida a sua responsabilidade penal por sentença condenatória transitada em julgado (art. 5º, inciso LVII)⁶⁵.

Dentre outras inovações, o atual texto constitucional pôs fim aos últimos procedimentos *ex officio*, ao dispor em seu art. 129, inciso I, que é função institucional do Ministério Público “promover privativamente a ação penal pública, na forma da lei”, e ao permitir, no art. 5º, inciso LIX, “ação privada, se esta não for intentada no prazo legal”.

Com a afirmação da exclusiva titularidade do Ministério Público para o exercício da ação penal pública, ficaram revogados os preceitos da legislação infraconstitucional que autorizavam a instauração do processo, por portaria ou auto de prisão em flagrante

⁶³ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Volume 1. 2. ed. Campinas: Millenium Editora, 2000, p. 112.

⁶⁴ BIZZOTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. **Processo penal garantista**. Goiânia: AB, 1998, p. 2.

⁶⁵ Sobre a nomenclatura desse princípio (presunção de inocência ou de não-culpabilidade), cf. nota de rodapé nº 113.

(contravenções – arts. 531 a 538, do Código de Processo Penal; homicídios e lesões corporais, cuja autoria fosse conhecida no prazo de quinze dias – Lei nº 4.611/65) e, também, os que possibilitavam aos agentes de outros órgãos públicos, distintos do *Parquet*, o oferecimento da acusação, como era o caso da Lei nº 4.771/65.

A despeito de todas as mudanças advindas com o novo texto constitucional, o Código de Processo Penal em vigor continua sendo, quase em sua forma originária, o Decreto-lei nº 3.689/41, apresentando profundo descompasso com o sistema implantado, após a Constituição de 1988, tanto que se anunciam no Congresso Nacional inúmeras reformas, mais consentâneas com os princípios democráticos do processo penal contemporâneo.

Na realidade, ao longo dos quase sessenta e cinco anos de vigência do Código de Processo Penal, já houve algumas mudanças pontuais e marcantes como, por exemplo, o fim da prisão preventiva obrigatória, com a edição das Leis nºs. 5.348/67, 6.416/77 e 8.884/94; a possibilidade de apelar sem a necessidade de recolhimento prévio à prisão (Lei nº 5.941/73); as modificações no que concerne à prova pericial (Lei nº 8.862/94); a proibição de julgamento do acusado revel citado por edital (Lei nº 9.271/96); a previsão de contraditório no interrogatório do acusado (Lei 10.792/2003), dentre outras.

Da mesma forma, leis extravagantes procuraram aperfeiçoar o sistema processual pátrio, tais como as que instituíram os Juizados Especiais Criminais (Leis nºs. 9.099/95 e 10.259/2001), e que constituem, indiscutivelmente, o maior avanço já produzido em nosso sistema jurídico processual, desde a edição do Código de 1941. Há, ainda, a que disciplinou a proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas; a de interceptações telefônicas (Lei nº 9.296/96); a que possibilitou a utilização de sistema de transmissão de dados para a prática de atos processuais (Lei nº 9.800/99); a que dispôs sobre o uso e tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica (Lei nº 10.409/2002), e tantas outras, algumas das quais, é bem verdade, de duvidosa

constitucionalidade, como é o caso da Lei dos crimes hediondos (Leis nºs 8.072/90, 8.930/94 e 9.695/98) e a do crime organizado (Leis nºs 9.034/95 e 9.613/98).

De qualquer forma, há de se ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 1.570-2/DF, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 3º, da Lei 9.034/95 (Lei do crime organizado), esclarecendo que a busca e apreensão de documentos, relacionados a pedido de quebra de sigilo, realizada pessoalmente pelo magistrado, compromete o princípio da imparcialidade, violando, conseqüentemente, o devido processo legal. Ademais, as funções investigativas são atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil⁶⁶.

E, recentemente, contrariando os precedentes até então estabelecidos, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do disposto no § 1º, do art. 2º, da Lei 8.072/90, o qual proibia a progressão do regime de cumprimento da pena nos crimes hediondos, por afronta ao princípio da individualização da pena⁶⁷.

⁶⁶ “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9.034/95. LEI COMPLEMENTAR 105/01. SUPERVENIENTE. HIERARQUIA SUPERIOR. REVOGAÇÃO IMPLÍCITA. AÇÃO PREJUDICADA, EM PARTE. ‘JUIZ DE INSTRUÇÃO’. REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PESSOALMENTE. COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAR. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. OFENSA. FUNÇÕES DE INVESTIGAR E INQUIRIR. MITIGAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS POLÍCIAS FEDERAL E CIVIL. [...] 2. Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo magistrado. Comprometimento do princípio da imparcialidade e conseqüente violação ao devido processo legal. 3. Funções de investigador e inquisidor. Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigo 129, I e VIII e § 2º; e 144, § 1º, I e IV, e § 4º). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia. Precedentes. Ação julgada procedente, em parte”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 1.570/DF**. Acórdão Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 12 fev. 2004; por maioria. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 30 jun. 2006.

⁶⁷ “Em conclusão de julgamento, o Tribunal, por maioria, deferiu pedido de habeas corpus e declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, que veda a possibilidade de progressão do regime de cumprimento da pena nos crimes hediondos definidos no art. 1º do mesmo diploma legal — v. Informativos 315, 334 e 372. Inicialmente, o Tribunal resolveu restringir a análise da matéria à progressão de regime, tendo em conta o pedido formulado. Quanto a esse ponto, entendeu-se que a vedação de progressão de regime prevista na norma impugnada afronta o direito à individualização da pena (CF, art. 5º, LXVI), já que, ao não permitir que se considerem as particularidades de cada pessoa, a sua capacidade de reintegração social e os esforços aplicados com vistas à ressocialização, acaba tornando inócua a garantia constitucional. Ressaltou-se, também, que o dispositivo impugnado apresenta incoerência, porquanto impede a progressividade, mas admite o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena (Lei 8.072/90, art. 5º). Vencidos os Ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Nelson Jobim, que indeferiam a ordem, mantendo a orientação até então fixada pela Corte no sentido da constitucionalidade da norma atacada. O Tribunal, por unanimidade, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará conseqüências jurídicas com relação às

2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Consta do preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a instituição de um “Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais”, dispondo, ainda, o art. 1º, que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado democrático de direito, tendo como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Como forma de entender, e até justificar, a consagração do sistema processual acusatório ou de partes, faz-se mister analisar os aspectos essenciais do modelo de estado adotado pelo constituinte brasileiro.

O Estado de direito, cuja principal ideologia é a limitação de poder, surgiu como forma de conter o poder absoluto das monarquias, o qual era exercido de forma arbitrária e discricionária nos modelos de organização estatais até então existentes.

Nascido sob o influxo dos ideais das revoluções americana e francesa, o Estado de direito tem sua estrutura baseada na separação entre os poderes - ou funções - estatais, na submissão à vontade impessoal das normas jurídicas e na possibilidade do controle da constitucionalidade das leis por parte do Poder Judiciário.

Entretanto, com o desenvolvimento das relações sociais e o aumento dos conflitos, principalmente, entre indivíduos e Estado, passou-se a exigir uma organização estatal que não

penas já extintas nesta data, uma vez que a decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão. HC 82959/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 23.2.2006. (HC-82959)”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo nº 418**; *Habeas Corpus* nº 82.959/SP. Acórdão Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 23 fev. 2006; por maioria. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 15 mar. 2006. Espera-se, com essa orientação, que o Supremo Tribunal Federal reveja a (in)constitucionalidade do art. 2º, inciso I, da Lei 8.072/90, o qual proíbe, sem qualquer consideração às particularidades do caso, a concessão de liberdade provisória aos acusados de praticarem crimes hediondos e assemelhados.

somente assegurasse a limitação formal do poder político, mas, principalmente, substancial, no sentido de assegurar a efetivação dos direitos e liberdades fundamentais do homem, pois já não era mais possível atribuir à lei a razão máxima do Estado. Faltava, ademais, a *legitimação do poder*⁶⁸, alcançada com o acréscimo de uma terceira característica ao modelo original, qual seja, a democracia⁶⁹.

Surgiu, então, uma nova concepção do Estado de direito, denominada Estado democrático de direito, no qual a lei “não é um ato livre dentro da constituição; é um ato, positiva e negativamente determinado pela lei fundamental”⁷⁰.

No plano formal, o Estado democrático de direito é informado por todos os fundamentos do Estado de direito. A diferença entre essas formas de organização estatal reside no plano substancial, porquanto no Estado democrático de direito todos os poderes têm por fim garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, encontrando-se “limitados por deveres jurídicos, relativos não só à forma, mas também aos conteúdos de seu exercício, cuja violação é causa de invalidez dos atos acionáveis judicialmente”⁷¹.

Para Oswaldo Luiz Palu, o Estado democrático de direito é um modelo de estado com fortes vertentes axiológicas, onde se buscou substituir a idéia do Estado legal – formalista – por um Estado informado por ideais de justiça. Para ele, o Estado democrático de direito

⁶⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 98.

⁶⁹ Oswaldo Luiz Palu ressalta que o princípio democrático havia sido acolhido nas concepções anteriores de estado, porém, com o surgimento do Estado democrático de direito, procurou-se fixar a participação popular nas decisões governamentais e o efetivo controle da Administração. PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos atos de governo pela jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 73.

⁷⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes *apud* FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e Constituição**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 64.

⁷¹ FERRAJOLI, Luigi *apud* FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 47.

submete-se ao Direito e não à lei em sentido formal, ressaltando tanto a participação do cidadão (Estado Democrático), como a busca de justiça material (Estado de Direito)⁷².

Além disso, impõe-se, nessa forma de Estado, a incorporação limitativa em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, ou seja, das “vedações legais de lesão aos direitos de liberdade e das obrigações de dar satisfação aos direitos sociais, assim como dos correlativos poderes dos cidadãos de ativarem a tutela judicial”⁷³.

Dessa forma, ao mesmo tempo em que a lei é condicionante, posto que determina o agir dos poderes públicos, é também condicionada, pois este agir é direcionado à efetivação dos direitos fundamentais.

Como observa Canotilho, o Estado de direito democrático-constitucional – denominação que atribui ao modelo de organização estatal em destaque – é mais do que um Estado de direito, na medida em que os poderes são delimitados e exercidos democraticamente, derivando o poder político do “poder dos cidadãos”⁷⁴. O elemento democrático não foi apenas introduzido para “travar” o poder (*to check the power*), mas também pela necessidade de legitimação do exercício do poder político (*to legitimize State power*).

Para ele,

Só o princípio da soberania popular segundo o qual “todo o poder vem do povo” assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular. Assim, o princípio da soberania popular concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados serve de “charneira” entre o “Estado de direito” e o “Estado democrático” possibilitando a compreensão da moderna fórmula Estado de direito democrático⁷⁵.

⁷² PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos atos de governo pela jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 73.

⁷³ FERRAJOLI, Luigi *apud* FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 688.

⁷⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 98.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 100.

Interessante registrar que, em razão da limitação imposta legalmente aos poderes públicos em garantia dos direitos fundamentais, Ferrajoli entende que a democracia de um Estado de direito não se funda, exclusivamente, no consenso dos contratantes, mas, ao contrário, na garantia de seus direitos. A democracia mais perfeita, representativa ou direta, seria em regra absoluta e totalitária se o poder do povo fosse nele ilimitado, pois uma decisão majoritária não é suficiente para legitimá-la⁷⁶.

E conclui que

Nem sequer por unanimidade pode um povo decidir (ou consentir que se decida) que um homem morra ou seja privado sem culpa de sua liberdade, que pense ou escreva, de determinada maneira, que não se reúna ou não se associe com outros, que se case ou não se case com determinada pessoa ou permaneça indissolúvelmente ligado a ela, que tenha ou não tenha filhos, que faça ou não faça tal trabalho ou outras coisas do gênero. A garantia desses direitos vitais é a condição indispensável da convivência pacífica. Por isso a sua lesão por parte do Estado justifica não simplesmente a crítica ou o dissenso, como por questões não vitais sobre as quais vale a regra da maioria, mas à resistência à opressão [...]. Sobre questões de existência [...] não se deixa à minoria⁷⁷.

Quanto à função jurisdicional, dúvida não há de que nesse modelo de estado, até como forma de conter o poder governamental onipresente nas anteriores formas de organização estatal, houve um “alargamento da função jurisdicional para suprir a deficiência dos instrumentos de controle do poder advindos do Estado Liberal”⁷⁸.

Por isso, costuma-se afirmar que no Estado democrático de direito, a jurisdição assumiu um lugar de destaque, qual seja, assegurar os valores estampados na Constituição, sobretudo, a concretização dos direitos fundamentais, devendo, inclusive, nesse mister, ser intervencionista, em caso de omissão do Poder Executivo ou Legislativo.

⁷⁶ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **As razões do positivismo penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 18.

⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do garantismo penal. Traduzido por Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 690.

⁷⁸ PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos atos de governo pela jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 85.

3 CONSAGRAÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO DE PROCESSO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O sistema acusatório tem suas raízes na Grécia e em Roma, instalado com fundamento na acusação oficial, embora se permitisse, excepcionalmente, a iniciativa da vítima, de parentes próximos e até de qualquer pessoa do povo. Esse sistema floresceu na Inglaterra e na França, após a Revolução de 1789, sendo hoje adotado na maioria dos países do continente americano e em muitos do continente europeu.

Historicamente, o que caracteriza o processo acusatório é a rígida separação entre as funções de acusar, julgar e defender, sendo assegurada ao acusado, que é tratado como sujeito da relação processual⁷⁹, a igualdade de armas, de acordo com o princípio do equilíbrio de situações⁸⁰, através de procedimentos baseados em regras de oralidade e publicidade, num regime de prova livre.

A apreciação das provas incumbe a um juiz imparcial, que deverá, necessariamente, fundamentar sua decisão de acordo com os elementos informativos coligidos pela acusação e pela defesa. O sistema acusatório procura a igualdade de poderes de atuação processual entre a acusação e a defesa, ficando o julgador numa situação de independência, “super partes”⁸¹, apenas interessado na apreciação objetiva do caso que lhe é submetido pela acusação.

Luiz Flávio Gomes, citando Luigi Ferrajoli, enfatiza que se pode chamar acusatório

⁷⁹ Para o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, o direito processual penal moderno exige que o réu participe, seja ator, não se resumindo a mero espectador do processo.

⁸⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do processo. **Novas tendências do direito processual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 7.

⁸¹ SILVA, Germano Marques. **Curso de processo penal**. Volume I. 3. ed. Lourdes: Editorial Verbo, 1996, p. 54.

Todo sistema processual que configura o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o processo como iniciativa da acusação, a quem compete provar o alegado, garantindo-se o contraditório [...]. Em suma: é acusatório o modelo que respeita a proibição do *ne procedat iudex ex officio*⁸².

A Constituição Federal Brasileira de 1988 adotou, indubitavelmente, o sistema acusatório de processo penal, uma vez que:

- a) as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais incumbem às polícias civis e à polícia federal, inclusive à militar, no que diz respeito aos crimes militares – art. 144 e seus parágrafos;
- b) estabelece o contraditório⁸³ e a ampla defesa⁸⁴, com todos os meios e recursos a ela inerentes – art. 5º, inciso LV;
- c) a ação penal pública é promovida, privativamente, pelo Ministério Público – art. 129, I, embora seja assegurado ao ofendido o direito à ação penal privada subsidiária da pública – art. 5º, LIX;
- d) a função de julgar está afeta a juízes constitucionalmente investidos – arts. 5º, LIII e 92;
- e) exige a motivação das decisões judiciais – art. 93, IX, e a publicidade dos atos processuais, podendo a lei restringi-la apenas, quando a defesa da intimidade ou o interesse público o exigirem – art. 5º, LX.

⁸² MORAES, Alexandre (Coord.). **Os dez anos da Constituição Federal – temas diversos**. Constitucionalidade dos poderes inquisitivos do juiz. STF abre caminho para juiz político. São Paulo: Atlas, 1999, p. 16.

⁸³ De acordo com Eugênio Pacelli de Oliveira, a doutrina moderna entende o princípio constitucional do contraditório, não somente como a garantia do direito à informação de qualquer fato ou a alegação contrária ao interesse das partes e o direito à reação (contrariedade) a ambos, como também que a oportunidade de resposta possa se realizar na mesma intensidade e extensão, ou seja, exige-se a garantia de participação em simétrica paridade. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 19.

⁸⁴ A ampla defesa realiza-se por meio da defesa técnica, através da participação obrigatória e indisponível de um defensor, e da autodefesa, que é disponível, sendo exercida pelo próprio acusado.

A despeito da clara eleição do sistema acusatório pelo constituinte brasileiro de 1988, haja vista, notadamente, a adoção da nítida separação entre as funções de acusar, julgar e defender, assim como a consagração da ampla defesa, do contraditório e da presunção de inocência⁸⁵, alguns doutrinadores preferem classificar o sistema processual penal brasileiro como misto, em razão do processo penal ser composto, inicialmente, do inquérito policial sem contraditório, portanto, inquisitivo, e da ampla liberdade de iniciativa probatória conferida ao juiz.

No entanto, embora mantidas essas reminiscências inquisitivas, o processo penal brasileiro tem uma estrutura eminentemente acusatória, não podendo a fase investigatória preliminar ser considerada característica do sistema processual misto, pois

O inquérito policial não integra a instrução do processo. Trata-se de uma fase meramente investigatória, dispensável e cuja única finalidade é fornecer ao titular da ação penal elementos suficientes para a formação da *opinio delictis* e o conseqüente oferecimento da acusação.

Muito embora a atividade da Polícia Judiciária tenha por finalidade preparar uma futura ação penal, colhendo os primeiros elementos de informação e impedindo, *e.g.*, que os vestígios do crime desapareçam, essa atribuição não se desenvolve em face de uma acusação formal e tampouco pressupõe a existência das partes⁸⁶.

Realmente, o processo de tipo acusatório caracteriza-se, essencialmente, por ser um *duelo* entre a acusação e a defesa, disciplinado por um terceiro - o juiz -, que, ocupando uma situação de supremacia e de independência relativamente ao acusador e ao acusado, não pode promover o processo (*ne procedat iudex ex officio*), nem condenar para além da acusação (*sententia debet esse conformis libello*)⁸⁷, o que corresponde ao modelo pátrio de processo penal.

⁸⁵ Sobre a nomenclatura desse princípio (presunção de inocência ou de não-culpabilidade), cf. nota de rodapé nº 113.

⁸⁶ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 59.

⁸⁷ SILVA, Germano Marques da. **Curso de processo penal**. Volume I. 3. ed. Lourdes: Editorial Verbo, 1996, p. 54.

Por outro lado, no que se refere à iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório, Ada Pellegrini Grinover ensina que, ao contrário dos mal-entendidos induzidos por alguns teóricos entre o sistema acusatório e o *adversarial system*⁸⁸ dos países anglo-saxônicos, o processo penal acusatório, ou processo de partes (em contraposição ao inquisitório), deve ser entendido, sinteticamente, como aquele em que as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a órgãos diversos, daí decorrendo os seguintes corolários:

a) Os elementos probatórios colhidos na fase investigatória, prévia ao processo, servem exclusivamente para a formação do convencimento do acusador, não podendo ingressar no processo e ser valorados como provas (salvo se se tratar de prova antecipada, submetida ao contraditório judicial, ou de prova cautelar, de urgência, sujeita a contraditório posterior; b) O exercício da jurisdição depende de acusação formulada por órgão diverso do juiz (o que corresponde ao aforismo latino *nemo in iudicio tradetur sine accusatione*); c) Todo o processo deve desenvolver-se em contraditório pleno, perante o juiz natural⁸⁹.

Além disso, afirma a autora que o conceito de processo penal acusatório e de processo de partes (no sentido de a acusação e a defesa serem sujeitos da relação jurídico-processual, juntamente com o juiz) não tem, entre suas características, a inércia do juiz em relação à atividade probatória, não correspondendo à dicotomia acusatório-inquisitório ao binômio *adversarial-inquisitorial system*.

Ainda sobre a consagração do modelo acusatório pela Constituição Brasileira de 1988, Danielle Souza de Andrade e Silva entende que

[...] Embora mantido o inquérito policial, está-se diante de um sistema acusatório. O verdadeiro processo de partes estaria denunciado em regras como a da titularidade da ação penal pública ao Ministério Público (art. 129, I, da CF), que se desvincula do Poder Executivo (Capítulo IV do Título IV da Constituição), a

⁸⁸ Modelo que se caracteriza pela predominância das partes na determinação da marcha processual e na produção das provas, próprio do sistema anglo-saxão, que se opõe ao *inquisitorial system*, da Europa continental e dos países por ela influenciados, dentre eles o Brasil, onde as mencionadas atividades recaem de preferência sobre o juiz. Ada Pellegrini Grinover, ensina que, mesmo nos países anglo-saxônicos, o caráter *adversarial* do sistema vem cedendo espaço ao desenvolvimento oficial, em razão da concepção publicista que hoje informa o processo e a percepção de sua função social. GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal brasileiro. A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 84.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 78.

constitucionalização da função do advogado (art. 133, CF) e a instituição das defensorias públicas (art. 134). O papel de acusar tocará unicamente ao Ministério Público, ou ao querelante, nas ações penais de iniciativa privada, ao passo que o juiz decidirá a imputação formulada, descabendo falar quer em julgamento por parte do acusador, quer em acusação de ofício⁹⁰.

Vê-se, portanto, que os princípios fundamentais do sistema acusatório foram integralmente consagrados na Constituição Federal de 1988, conforme demonstrado anteriormente, podendo-se afirmar, em consequente, que o modelo de processo adotado pelo constituinte brasileiro é o acusatório ou processo de partes.

Com acerto, o Supremo Tribunal Federal decidiu que, em relação a crimes de ação penal pública cometidos após a Constituição Federal, é nula, *ab initio*, a ação penal intentada por outro órgão que não o Ministério Público^{91,92}.

No julgamento do *Habeas Corpus* 67.931-5, uma das decisões precursoras sobre a matéria, o Ministro Celso de Mello assim se pronunciou:

[...]. O monopólio da titularidade da ação pública pertence ao Ministério Público, que a exerce em nome do Estado. Trata-se, hoje, de atribuição de índole constitucional deferida, com exclusividade, à instituição do Ministério Público. A nova ordem normativa instaurada no Brasil – e formalmente plasmada na Constituição da República – outorgou ao *Parquet*, dentre as múltiplas e relevantes funções institucionais que lhe são inerentes, a de “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei” (art. 129, I).

[...].

O postulado do monopólio estatal da ação penal pública deferido ao *Parquet*, que comportava várias exceções no regime anterior – v.g., procedimento penal *ex officio* e ação penal privada subsidiária da pública (CP, art. 100, § 3º; CPP, art. 29), sofre,

⁹⁰ SILVA, Danielle Souza de Andrade e. **A atuação do juiz no processo penal acusatório**. Incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988. Porto Alegre: SAFE, 2005, p. 63-64.

⁹¹ “Recurso extraordinário. Ação penal por contravenção. Constituição Federal de 1988, art. 129, I. Entre as funções institucionais do Ministério Público está a de promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei. Legitimidade do Ministério Público para promover, privativamente, a ação penal, na espécie. Nulidade do processo, *ab initio*, porque iniciada a ação penal por portaria do órgão jurisdicional. Recurso extraordinário conhecido e provido” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário 139168**. Relator: Ministro Néri da Silveira. 26 nov. 1991. Brasília, DF, DJ 10/04/1992, p. 4800.

⁹² Assim também entendeu o Ministro José Cândido, do STJ: “Recurso de Habeas Corpus. Contravenção. Ação penal pública. Art. 129, inciso I, da Carta Magna. Ocorrido o fato contravençional após 05.10.88, a ação penal pública respectiva deve iniciar-se pela denúncia do Ministério Público, na forma do art. 129, inciso I, da Constituição Federal. Recurso provido para anular a sentença, dando-se cumprimento à regra constitucional”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso de Habeas Corpus 183**. Relator: Ministro José Cândido. 08 mai. 1990. Brasília, DF, DJ 21/05/1990, p. 4438.

presentemente, uma só derrogação, prevista no art. 5º, LIX, do texto constitucional, *in verbis*: “será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal”.

Essa prescrição constitucional operou, em face da absoluta supremacia jurídica de que se revestem as normas da Constituição, a imediata derrogação de diplomas legislativos editados sob a égide do regime anterior, que deferiam a titularidade do poder de agir, mediante ação penal pública, dentre outros, a magistrados e autoridades policiais (CPP, art. 531; Lei 4.611/65).

[...].

Ao suprimir a possibilidade da anômala instauração da *persecutio criminis*, mediante oferecimento de ação penal pública por órgão judiciário, por exemplo, revelou-se, o legislador constituinte, sensível à advertência de nosso maior constitucionalista do Império, JOSÉ ANTÔNIO PIMENTA BUENO, o Marquês de São Vicente (“Apontamentos sobre o processo criminal”, p. 105/106, 5. ed.), *verbis*: “Que faz o juiz quando procede *ex officio*? Constitui-se simultaneamente julgador e parte adversa do delinqüente; dá denúncia a si próprio, escolhe as testemunhas e inquire-as, perguntando o que julga conveniente; e, por isso, avalie as provas que ele criou, e pronuncia ou não, como entende. Há nisto garantia alguma?”.

A nova regra constitucional – art. 129, n. I, tal como foi juridicamente positivada, persegue objetivos claros. De um lado, traduz significativa limitação imposta ao próprio Estado, que não mais poderá, no desempenho de sua função legislativa, conferir legitimidade ativa para a ação penal pública – ressalvada a situação de inércia do *Parquet*, a outros órgãos, instituições e agentes. De outro lado, registra a preocupação penal, garantia efetiva e concreta de que será julgado por magistrado imparcial⁹³.

Posteriormente, ao decidir a já mencionada Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.570/DF, o Supremo Tribunal Federal reafirmou a adoção do modelo acusatório de processo penal pelo ordenamento jurídico pátrio, ao reconhecer a inconstitucionalidade do art. 3º, da Lei 9.034/95 – Lei do crime organizado -, por ter conferido ao magistrado função investigativa, atribuição exclusiva da polícia judiciária e do Ministério Público, como dispõem os arts. 129 e 144, da Constituição Federal.

Nesse julgamento, o Ministro Maurício Corrêa reconheceu que:

[...] A norma [art. 3º, da Lei 9.034/95] fere a imparcialidade do juiz e “é, igualmente inconstitucional, porque vulnera o modelo acusatório, de processo de partes, instituído pela Constituição de 1988, quando considera os ofícios de acusação e da defesa como funções essenciais ao exercício da jurisdição, atribuindo estas aos juízes, que têm competência para processar e julgar, mas não para investigar no âmbito extra-processual”.

[...].

⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 67.931-5. Relator: Ministro Moreira Alves. 18 abr. 1990. Brasília, DF, DJ 31/09/1990, p. 8657.

10. O dispositivo em questão parece ter criado a figura de juiz de instrução, que nunca existiu na legislação brasileira, tendo-se notícia de que em alguns países da Europa esse modelo obsoleto tende a extinguir-se. Não se trata, como sustentam as informações do Ministério da Justiça submetidas ao Advogado-Geral da União (fl. 104), de simples participação do juiz na coleta da prova, tal como ocorre na inspeção judicial (CPC, artigos 440 e 443) Nessa última hipótese, as partes têm o direito de assistir à inspeção, prestando esclarecimentos que reputem de interesse para a causa (CPC, artigo 442, parágrafo único) Já no caso em exame, as partes têm acesso somente ao auto de diligência, já formado sem sua interferência.

11. A propósito, o 2 do artigo 39 dispõe que o magistrado relatará as informações colhidas e promoverá a anexação de cópias autenticadas dos documentos que tiverem relevância probatória. Ora, exige-se do julgador, desde logo, juízo de valor quanto aos meios probantes, vinculando, por óbvio, sua apreciação subjetiva no momento futuro da sentença. Claro está que a incumbência do juiz não é apenas a de avaliar a prova preexistente, a cargo das partes, como ocorre regularmente, mas efetivamente produzir provas, seja em favor da acusação ou da defesa. A lei acaba por promover uma equiparação do juiz às partes, o que se me afigura inadmissível no sistema judiciário vigente no País.

12. Para Walter Nunes da Silva Júnior, “a psicologia judiciária logrou demonstrar que o inconveniente do juízo de instrução é a vinculação, inconsciente, do Juiz, às descobertas angariadas com as investigações feitas por ele, diminuindo-lhe a capacidade de enxergar com maior acuidade e isenção todas as provas pertinentes à elucidação do caso (...) Nesse passo, entendo que o art. 3º da Lei n 9.034/95 é inconstitucional, pois o sistema acusatório puro, tendo como uma de suas características a atribuição da atividade investigatória preparatória à polícia judiciária e ao Ministério Público, está expressamente catalogado na Constituição da República”.

13. Em verdade, a legislação atribuiu ao juiz as funções de investigador e inquisidor, atribuições essas conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigos 129, I e VIII e § 2º; e 144, § 1º, I e IV; e § 4º). Tal figura revela-se incompatível com o sistema acusatório atualmente em vigor, que veda a atuação de ofício do órgão julgador⁹⁴.

4 (RE)ALINHANDO A ATUAÇÃO (FUNÇÃO) DO JUIZ NO PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL

Ante a consagração do sistema acusatório de processo penal pela Constituição Brasileira de 1988, o qual se coaduna perfeitamente com o modelo garantista de limitação ao direito de punir, não há como apartar o estudo da atuação (função) do juiz, do modelo de

⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 1.570/DF**. Acórdão Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 12 fev. 2004; por maioria. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 30 jun. 2006.

processo penal garantista, que tem por fundamento e fim, em suma, a tutela das liberdades do indivíduo frente às variadas formas de exercício arbitrário de poder.

Nesse sistema, diferentemente do modelo positivista, o juiz passa a assumir uma relevante função de garantidor dos direitos fundamentais consagrados ou decorrentes da Constituição, não podendo ficar inerte diante de violações ou ameaças de lesão aos direitos do acusado⁹⁵.

Todavia, não são poucos os magistrados brasileiros que ainda guardam ranços do positivismo normativista, mantendo-se distante da preocupação acerca da validade das leis, dando pouco espaço à criatividade⁹⁶, transformando os tribunais de justiça em *tribunais de legalidade*.

Com efeito, em razão da influência do positivismo jurídico, verifica-se, no sistema judiciário brasileiro, apego excessivo às formalidades legais, sem qualquer preocupação com a justiça, mas apenas com o cumprimento do modelo legalista-positivista, na forma preconizada na ideologia purista de Kelsen.

Como bem salientado por Djason B. Della Cunha, o Poder Judiciário brasileiro atravessa uma crise que se traduz por uma “administração autoritária e elitista da justiça”, além de um desajuste estrutural, acarretando baixíssima eficácia em suas decisões⁹⁷.

Para esse autor, dentre outras conjunturas, referida crise pode ser atribuída aos dogmas da racionalidade técnico-dogmática, à retórica da neutralidade e à tradição monista kelseniana

⁹⁵ Explica Alberto Silva Franco que, no sistema garantista, o juiz assume uma nova posição, e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, consubstanciada na função de proteção de direitos humanos de todos e de cada um, ainda que para isso tenha de adotar uma posição contrária à opinião da maioria. FRANCO, Alberto Silva. **O juiz e o modelo garantista**. Disponível em: <<http://www.ibccrim.com.br>>. Acesso em: 11 mai. 1998.

⁹⁶ CINTRA, Dyrceu *apud* STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 849.

⁹⁷ CUNHA, Djason B. Della. **Crise do direito e da regulação jurídica nos estados constitucionais periféricos**. Modernidade e Globalização. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 60.

da cultura jurídica nacional, que reduziu o Direito a manifestações emanadas, exclusivamente, pelo Estado, convertendo-se aquele apenas num “instrumento de poder”⁹⁸⁹⁹.

Magistralmente, Dalmo de Abreu Dallari ratifica a predominância do positivismo na formação dos juízes brasileiros, nos seguintes termos:

[...]. Geralmente fanatizados pela lógica aparente do positivismo jurídico, muitas vezes [os juízes] não chegam a perceber que o excessivo apego a exigências formais impede ou dificulta ao extremo a consideração dos direitos envolvidos no processo. Condicionados por uma visão exclusivamente formalista do direito, esses juízes concebem o respeito das formalidades processuais como o objetivo mais importante da função judicial. Não se sensibilizam pelas mais graves violações de direito humanos, desde que sejam respeitadas as formalidades.

[...].

Ainda é comum ouvir-se um juiz afirmar, com orgulho vizinho da arrogância, que é “escravo da lei”. E com isso fica em paz com sua consciência, como se tivesse atingido o cume da perfeição, e não assume responsabilidade pelas injustiças e pelos conflitos humanos e sociais que muitas vezes decorrem de suas decisões. Com alguma consciência esse juiz perceberia a contradição de um juiz-escravo e saberia que um julgador só poderá ser justo se for independente. Um juiz não pode ser escravo de ninguém nem de nada, nem mesmo da lei¹⁰⁰.

Realmente, romper com o modelo legalista-positivista é uma necessidade que se impõe, devendo ser reconhecido que “a função judicial não é automática ou de pura subsunção, senão reflexiva; não é fruto de um mero voluntarismo, senão de resoluções contrastadas pelos fatos, pelas normas (sujeição à lei) e em definitivo pela Constituição”¹⁰¹.

É indispensável essa reforma de mentalidade para que o sistema judiciário não seja, como denunciou Marcel Camus¹⁰², “uma forma legal de promover injustiças”, merecendo

⁹⁸ CUNHA, D Jason B. Della. **Crise do direito e da regulação jurídica nos estados constitucionais periféricos**. Modernidade e Globalização. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 60.

⁹⁹ Além disso, o sistema penal brasileiro é extremamente seletivo, uma vez que é rigoroso em relação aos “microdelitos” contra o patrimônio e deficiente na punição dos responsáveis por “macrolesões” que atingem toda a coletividade. BICUDO, Hélio Pereira *apud* PENTEADO, Jaques de Camargo (coord.). *A visão do julgador. Justiça penal*. Críticas e sugestões. V. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 50.

¹⁰⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 80-81.

¹⁰¹ GOMES, Luiz Flávio. **A dimensão da magistratura**: no estado constitucional e democrático de direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 150.

¹⁰² CAMUS, Marcel *apud* DALLARI, Dalmo de Abreu. *Op. cit.*, p. 83.

total acolhida o pensamento do jurista argentino Roberto Dromi, na obra *El Poder Judicial*, no sentido da recuperação do critério de que “o Direito é uma ordenação imposta pela ‘razão prática’, não pela ‘razão pura’”¹⁰³.

Para José Renato Nalini, nesse novo paradigma de juiz, deverá haver plena conscientização de que dele depende a concretização constitucional¹⁰⁴, retomando-se a velha fórmula americana do *Justice Hughes – we are under a constitution, but the constitution is what the judge say it is*.

De fato, a sociedade reclama um novo modelo de juiz, garante dos direitos fundamentais, engajado com a realidade social e com a eficácia material dos preceitos constitucionais, ou seja, um verdadeiro guardião do Estado democrático de direito.

Daí, a necessidade de (re)alinhar o papel da magistratura brasileira frente ao Estado democrático de direito, devendo os juízes efetivamente fazerem uso das garantias orgânicas do sistema em destaque. Dentre elas, a independência, a imparcialidade, a separação entre os órgãos julgador e acusador, o juiz natural e a obrigatoriedade da ação penal¹⁰⁵.

Exige-se do juiz criminal contemporâneo um reconhecimento crítico do contexto histórico no qual o Código de Processo Penal foi elaborado para, em seguida, adaptá-lo aos princípios e regras constitucionais, não podendo esquecer que sua sujeição à lei dá-se apenas quando essa é válida, ou seja, quando coerente com a Constituição¹⁰⁶.

¹⁰³ DROMI, Robert *apud* DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 94.

¹⁰⁴ NALINI, José Renato *apud* PENTEADO, Jaques Camargo (coord.). A visão do julgador. **Justiça penal**. Críticas e sugestões. V. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 52.

¹⁰⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do garantismo penal. Traduzido por Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 433.

¹⁰⁶ FERRAJOLI, Luigi. O Direito como sistema de garantias, **Revista do Ministério Público**, nº 61, Lisboa, *apud* FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 71.

Na garantia efetiva dos direitos fundamentais, o juiz deve, inclusive, ser intervencionista, para

[...] Reparar as injustiças sofridas, para tutelar o indivíduo mesmo quando a maioria e até a totalidade dos outros se coligam contra ele, para absolver no caso de falta de provas, mesmo quando a opinião pública exige a condenação, ou para condenar, havendo prova, quando a mesma opinião pública é favorável à absolvição¹⁰⁷.

O juiz há, também, de ser tolerante às razões controversas, examinar minuciosamente todas as hipóteses e contra-hipóteses demonstradas pela partes, ser imparcial diante do conflito, além de prudente, equilibrado, ponderado e ter a “dúvida como hábito profissional e como estilo intelectual”¹⁰⁸.

Além disso, no que se refere à jurisdição penal,

Há um só sujeito do qual sói preocupar-se que os juízes obtenham, senão o consenso, ao menos a confiança, graças a garantias idôneas de exceção: e esse sujeito é o imputado, habitualmente expressão não da maioria, mas de uma minoria mais ou menos marginalizada e sempre em conflito com o interesse punitivo do Estado e de suas expressões políticas¹⁰⁹.

Nesse novo paradigma de juiz garantista, não mais se admite a decretação de medidas restritivas de liberdade apenas por força de legislação infraconstitucional anacrônica, como é o caso da lei dos crimes hediondos (8.072/90), a qual proíbe, de forma automática, a concessão de liberdade provisória¹¹⁰¹¹¹.

¹⁰⁷ FERRAJOLI, Luigi. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do garantismo penal. Traduzido por Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 72.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 439.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 439.

¹¹⁰ Sobre a Lei dos crimes hediondos, há de ser enaltecida a histórica decisão do Supremo Tribunal Federal, que declarou a inconstitucionalidade da proibição do regime progressivo nos crimes hediondos, nos seguintes termos: “Em conclusão de julgamento, o Tribunal, por maioria, deferiu pedido de *habeas corpus* e declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, que veda a possibilidade de progressão do regime de cumprimento da pena nos crimes hediondos definidos no art. 1º do mesmo diploma legal — v. Informativos 315, 334 e 372. Inicialmente, o Tribunal resolveu restringir a análise da matéria à progressão de regime, tendo em conta o pedido formulado. Quanto a esse ponto, entendeu-se que a vedação de progressão de regime prevista na norma impugnada afronta o direito à individualização da pena (CF, art. 5º, LXVI), já que, ao não permitir que se considerem as particularidades de cada pessoa, a sua capacidade de reintegração social e os esforços aplicados com vistas à ressocialização, acaba tornando inócua a garantia constitucional. Ressaltou-se, também, que o dispositivo impugnado apresenta incoerência, porquanto impede a progressividade, mas admite o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena (Lei

Da mesma forma, já não se reconhece como legítima a intervenção do Ministério Público em 2ª instância, após a defesa, ainda que como *custos legis*, sob pena de ofensa ao princípio da *par conditio ou da paridade de armas*, que assegura efetiva igualdade processual¹¹².

8.072/90, art. 5º). Vencidos os Ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Nelson Jobim, que indeferiam a ordem, mantendo a orientação até então fixada pela Corte no sentido da constitucionalidade da norma atacada. O Tribunal, por unanimidade, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará consequências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, uma vez que a decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão. HC 82959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, 23.2.2006. (HC-82959)”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo nº 418**; *Habeas Corpus* nº 82959/SP. Acórdão Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 23 fev. 2006; por maioria. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 15 mar. 2006. Espera-se que, com essa orientação, o Supremo Tribunal Federal reveja a (in)constitucionalidade do art. 2º, inciso I, da Lei 8.072/90, o qual proíbe, sem qualquer consideração às particularidades do caso, a concessão de liberdade provisória.

¹¹¹ Ainda a propósito das medidas cautelares restritivas de liberdade no processo penal, Fauzi Hassan Choukr destaca que “outra forma inequívoca da manifestação autoritária do Código de Processo Penal é a utilização de uma expressão vaga e sem qualquer referencial semântico como ‘ordem pública’ para fundamentar a prisão preventiva, conceito este que fica extremamente ao sabor de interpretações ocasionais, e que a jurisprudência, ao longo de toda uma vida de código, ainda não conseguiu padronizar”. CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2001, p. 17.

¹¹² Rogério Lauria Tucci observa que a paridade de armas integra o devido processo legal, devendo ser assegurada com o objetivo de realização da igualdade substancial, só atingida quando “ao equilíbrio de situações, preconizado abstratamente pelo legislador, corresponder à realidade processual”. COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. **Igualdade no direito processual penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 90.

Por outro lado, haja vista o princípio da presunção de inocência¹¹³, o qual confere regra especial de tratamento ao acusado, sendo, durante todo o *iter* persecutório, vedadas restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, assim como o princípio *nemo tenetur se degetere*, segundo o qual assiste ao acusado o direito de não produzir prova contra si mesmo e, por conseguinte, o de não colaborar com o juízo, verifica-se a flagrante inconstitucionalidade praticada, diariamente, por vários juízes e tribunais brasileiros, quando fundamentam decretos de prisão preventiva apenas pela ausência do acusado do distrito da culpa¹¹⁴.

Observa-se, também, que, a condução coercitiva do acusado para o interrogatório, ou qualquer outro ato, prevista no art. 260, do Código de Processo Penal, viola substancialmente

¹¹³ No que diz respeito à nomenclatura do princípio encartado no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, alguns doutrinadores defendem os termos *presunção de não-culpabilidade*, em vez de *presunção de inocência*. Para Walter Nunes da Silva Júnior, “em verdade, o princípio não é o da presunção de inocência. De fato, quando alguém responde a processo criminal, existe mesmo uma presunção de que não é inocente, de que tenha praticado o ilícito, circunstância sentida mediante a verificação da quarta condição de ação no âmbito penal, traduzida nos elementos em que fulcrada a denúncia no que pertine à materialidade do ilícito e aos indícios de que o agente a quem imputada a ação tenha sido o seu autor. Essa presunção de autoria, no entanto, para autorizar pronunciamento judicial condenatório, haverá de transformar-se, ao final da instrução processual, em certeza real. O que há, portanto, é a presunção de não-culpabilidade, já que o agente só pode ser considerado culpado se isso vier a ficar amplamente demonstrado em sentença condenatória com trânsito em julgado, não mais passível de reforma, a não ser mediante reexame por força de *habeas corpus* ou revisão criminal”. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. **Crime organizado: nova lei**. Disponível em: <<http://www.jfn.gov.br>>. Acesso em 10 jun. 2006. Para Bellavista, o princípio em comento “trata-se de uma presunção legal de natureza política, mais próxima das funções judiciais. E é um princípio político que conecta o processo penal com as escolhas político-constitucionais que o hospedam e governam. [...] É mais voltado para circunscrever a própria função jurisdicional do que para estabelecer uma verdade processual”. Por isso, entende que não há qualquer diferença entre os termos presunção de inocência e presunção de não-culpabilidade. *Apud* CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal (em face) da Constituição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 150. Realmente, não se há de limitar um princípio fundamental do processo penal a uma simples noção semântica do termo *presunção*. Como bem afirma Eugênio Pacelli de Oliveira, o princípio da inocência deve ser encarado não como presunção, mas como “verdadeira realidade ou concretização jurídica”, razão pela qual costuma utilizar a expressão *estado de inocência* ao se referir a mencionado princípio. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 174. Por outro lado, a presunção de inocência, enquanto regra de tratamento dispensado ao acusado, significa não somente posturas negativas por parte do juiz (não culpabilidade), mas também positivas (efetivo tratamento de inocente).

¹¹⁴ De qualquer forma, pelo menos no que diz respeito aos processos suspensos em razão da aplicação do disposto no art. 366, do Código de Processo Penal, o Supremo Tribunal Federal entende que a ausência de localização do acusado, por não se confundir com fuga, não autoriza, por si só, o decreto de prisão preventiva. Nesse sentido: HC 86611/SP e HC 85713/SP.

os princípios da presunção de inocência¹¹⁵ e do *nemo tenetur se degetere*¹¹⁶¹¹⁷, ao compelir o acusado a colaborar na produção de provas que possam incriminá-lo, não obstante abalizadas posições em sentido contrário¹¹⁸.

Além disso, num processo garantista, com limitações ao accertamento de fatos, dúvida não há de que o objeto da persecução penal é a prova da culpa e não da inocência, de forma que ela não precisa ser demonstrada, pois é presumida desde o início. Sendo assim, não se pode esquecer que o ônus da prova, no que diz respeito à prática de fato típico, ilícito e culpável imputado ao acusado, é de exclusiva atribuição do órgão acusador¹¹⁹, conforme

¹¹⁵ O princípio da presunção de inocência veda a utilização do acusado como meio de prova. A participação do acusado no processo penal deverá ser limitada ao integral respeito a sua vontade. VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal**. Coimbra: Coimbra editora, 2000, p. 95.

¹¹⁶ “Não pode ser determinada a execução coercitiva das medidas tendentes à produção da prova, porque, em razão do *nemo tenetur se degetere*, o acusado não pode ser compelido a cooperar na produção de provas que possam incriminá-lo. O dever de comparecimento fica [...] comprometido, em face do *nemo tenetur se degetere*, já que não há sentido em conduzir-se coercitivamente o acusado para a produção de prova se ele não pode ser compelido a dela participar”. QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. O princípio *nemo tenetur se degetere* e suas decorrências no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 313.

¹¹⁷ “Através do princípio *nemo tenetur se degetere*, o sujeito passivo não pode ser compelido a declarar ou mesmo participar de qualquer atividade que possa incriminá-lo ou prejudicar sua defesa. Não pode ser compelido a participar de acareações, reconstituições, fornecer material para realização de exames periciais (exame de sangue, DNA, escrita, etc.) etc”. LOPES JÚNIOR, Aury Celso. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 320.

¹¹⁸ Para Eugênio Pacelli de Oliveira, o princípio *nemo tenetur se degetere* corresponde ao “direito de não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem a confessar-se culpado”, não sendo adequado entendê-lo como “garantia processual de não-participação”. Para ele, “não se compreende como a exigência de fornecimento de padrões gráficos, ou, [...], de padrões de voz, poderiam causar danos à integridade corporal ou à dignidade do acusado”. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 214-215.

¹¹⁹ Compete à acusação provar a existência do fato típico imputado, na totalidade de seus elementos, e a respectiva autoria. Com maestria, ressalta Paulo Rangel que: “a Constituição da República Federativa do Brasil dispõe de forma clara que enquanto não houver trânsito em julgado da sentença penal condenatória não pode o réu ser considerado culpado (cf. art. 5º, LVII), significando a transferência do ônus da prova todo para a acusação, ou seja, o Ministério Público assume o encargo de provar os fatos descritos na denúncia não sendo mais lícito ao Estado exigir do réu a comprovação de sua inocência. Desta forma, claro nos parece que, se o Ministério Público tem que narrar um fato criminoso com todas as suas circunstâncias (cf. art. 41 do CPP), o ônus de provar que este fato é típico (encontra perfeita adequação na lei penal, portanto, trata-se de uma conduta proibida); é ilícito (contrário ao direito e que não está açambarcado por nenhuma excludente de ilicitude) e que seu autor é culpável, ou seja, se possui as condições mínimas indispensáveis para atribuir-se-lhe esse fato, o que significa dizer, se está mentalmente são ou conhece a antijuridicidade do fato, pertence-lhe. Não há como entregar ao réu, dentro de um Estado Constitucional dito Democrático de Direito, e, que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CRFB), o ônus de provar sua inocência.

exigência do princípio da presunção de inocência, sendo mais uma razão para a não aplicação do disposto no art. 260, do Código de Processo Penal.

Exige-se, também, uma viragem paradigmática do papel do juiz criminal, no que diz respeito ao recebimento de denúncia ou queixa em 1ª instância, a fim de ser dado efetivo cumprimento ao preceito do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, que impõe a motivação de todas as decisões judiciais.

O recebimento de denúncia ou queixa não corresponde a mero despacho de expediente, tratando-se de uma decisão¹²⁰, sendo, inafastável, portando, o dever constitucional de sua motivação, especialmente para possibilitar o exercício da ampla defesa, apesar de decisões em sentido contrário do Supremo Tribunal Federal¹²¹.

Há de ser ressaltado que, não se pode falar em fundamentação hábil, quando a decisão de recebimento da denúncia ou queixa limita-se a repetir, genericamente, a existência dos requisitos legais. Na verdade, faz-se absolutamente necessário que o órgão jurisdicional

[...].A regra do art. 156 do CPP deve receber uma interpretação conforme a Constituição Regra essa inspirada pela Constituição do Estado Novo de Vargas (10 de novembro de 1937) que, segundo Boris Fausto, foi o Estado que “concentrou a maior soma de poderes até aquele momento da história do Brasil independente. A inclinação centralizadora, revelada desde os primeiros meses após a revolução de 1930, realizou-se plenamente (...). O Estado Novo perseguiu, prendeu, torturou, forçou ao exílio intelectuais e políticos, sobretudo de esquerda e alguns liberais”. Trata-se, assim, de dispositivo legal que não pode perdurar nos dias de hoje frente à Constituição democrática que inspira os valores supremos fundamentais de dignidade da pessoa humana. Do contrário, entender que o art. 156 do CPP está em perfeita harmonia com a Constituição de 1988 é fazer irradiar, quase que ripristinando, os ideais políticos, econômicos, culturais e sociais da Era Vargas”. RANGEL, Paulo. **O garantismo penal e o aditamento à denúncia**. Disponível em: <<http://www.podium.com.br>>. Acesso em: 26 out. 2002.

¹²⁰ “Ao prescrever os requisitos das peças acusatórias (art. 41), ao indicar as hipóteses em que a acusação deve ser rejeitada (art. 43, I, II e III), do que se inferem, *a contrario*, os casos em que deve ser recebida, e também quando proclama ser ilegal a coação sem justa causa (art. 648, I), a lei processual está traçando um modelo de decisão em que são estabelecidos os temas que devem ser objeto de cognição judicial nesse momento procedimental de graves repercussões para o acusado”. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 208.

¹²¹ *Ibidem*, p. 208.

justifique efetivamente tal decisão, “em consonância e perfeita harmonia com os elementos colhidos nos autos de investigação criminal ou constantes das peças de informação”¹²².

No que se refere à ampla defesa, bem como ao contraditório, é imprescindível que seja dada à defesa oportunidade de reação integral à acusação, não apenas em relação aos fatos descritos na denúncia ou queixa, mas também quanto à classificação jurídica desses fatos. É certo que o tipo penal exerce influência decisiva na condução da defesa, de forma que sua alteração poderá surpreender a defesa, causando-lhe, inclusive, prejuízo.

Em face da adoção do modelo de processo garantista e, conseqüentemente, do princípio da secularização¹²³, impõe-se que os juízes abandonem a idéia de que o direito penal tem a missão de impor ou de reforçar a moral, estando, portanto, em desacordo com todos os valores constitucionais a cominação de qualquer juízo de censura sobre a pessoa do acusado. Daí o anacronismo de várias das circunstâncias judiciais de aplicação de pena¹²⁴, dispostas no art. 59, do Código Penal, aplicadas, quase sem ressalva, pelos juízes e tribunais.

Por fim, é inegável que o processo penal necessita racionalizar seus procedimentos, principalmente, para tornar efetivo o direito constitucional do acusado de ser julgado em prazo razoável, previsto no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal.

É fundamental definir claramente o prazo máximo de duração do processo penal, sobretudo, das prisões cautelares, como fizeram os ordenamentos jurídicos do Paraguai, de

¹²² TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 245.

¹²³ “O termo secularização é utilizado para definir os processos pelos quais a sociedade, a partir do século XV, produziu uma cisão entre a cultura eclesíástica e as doutrinas filosóficas (laicização), mais especificamente entre a moral do clero e o modo de produção das ciências”. CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo. **Aplicação da pena e garantismo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 5.

¹²⁴ “[...] O caráter normativo da separação entre o direito e a moral exige que o juízo não verse sobre a personalidade do réu, mas apenas sobre os fatos penalmente proibidos que lhe são imputados e que são, por outra parte, passíveis de serem empiricamente provados pela acusação e refutados pela defesa. Assim, o juiz [...] não deve submeter à indagação à alma do imputado, nem deve emitir vereditos morais sobre sua pessoa, mas apenas investigar seus comportamentos proibidos. E um cidadão pode ser julgado, antes de ser castigado, apenas por aquilo que fez, e não, como no juízo moral, também por aquilo que é”. *Ibidem*, p. 13.

Portugal e da Alemanha¹²⁵, sem que haja, contudo, a supressão de direitos e garantias fundamentais.

Como adverte Aury Celso Lima Lopes Júnior, a consagração constitucional do princípio da duração razoável do prazo do processo, não obstante representar um avanço democrático, em razão da falta de uma clara definição do prazo máximo de duração do processo penal acarreta uma situação de extrema gravidade, impondo, não raras vezes, a ilegítima pena processual decorrente da (de)mora.

Na prática,

Infelizmente, a cada dia os Tribunais avalizam a (de)mora judicial a partir dos mais frágeis argumentos, invocando a gravidade (*in abstracto?*), o clamor público (ou seria opinião publicada?), ou a simples rotulação de “crime hediondo”, como se essa infeliz definição legal se bastasse, auto-legitimando qualquer ato repressivo.

[...] As pessoas têm o direito de saber (dimensão democrática), de antemão e com precisão, qual é o tempo máximo que poderá durar um processo penal. Estamos diante de exercício de poder e que, portanto, necessita e exige limites e controle (inclusive temporal). Trata-se de um mínimo de respeito às regras éticas do jogo (e aqui emprego o conceito de Calamandrei, *il processo come giuoco*, ou de guerra, de James Goldschmidt)¹²⁶.

As desarmonias processuais, acima descritas, são apenas algumas das inúmeras violações praticadas diariamente aos direitos fundamentais dos cidadãos submetidos à fúria punitiva estatal, demonstrando a imperiosa necessidade de (re)alinhamento da função judicante exercida no processo penal, notadamente, a que se espera num modelo de processo penal garantista.

¹²⁵ “Um bom exemplo de limite normativo interno encontramos no CPP paraguaio: o prazo máximo de duração do processo penal será de 3 anos (art. 136), após o qual, o juiz o declarará extinto (adoção de uma solução processual extintiva). Também fixa um limite para a fase pré-processual, que uma vez superado, dará lugar a extinção da ação penal. Por fim, existe ainda a *resolução ficta*, quando a Corte Suprema não julgar um recurso interposto no prazo devido. Se o recurso é da defesa, uma vez superado o prazo máximo previsto para sua tramitação, entender-se-á que o pedido foi provido na sua integralidade. Quando o postulado for desfavorável ao imputado (recurso interposto pelo acusador), superado o prazo sem julgamento, o recurso será automaticamente rechaçado. Além disso, deve-se estabelecer um dever de revisar periodicamente o decreto de prisão cautelar, pelo próprio juiz, como o fazem o CPP português (a cada 3 meses, art. 213.1) ou o alemão (a cada 3 meses, StPO § 122)”. LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. A (de)mora jurisdicional e o direito de ser julgado em um prazo razoável no processo penal. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v.13, n.152, p. 4-5, jul. 2005. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 13 dez. 2005.

¹²⁶ *Ibidem*.

Urge que os magistrados brasileiros efetivamente assumam a função de guardião dos direitos fundamentais do cidadão, pautando suas decisões nos postulados constitucionais, inclusive, os adotados nos tratados e convenções relativos aos direitos humanos¹²⁷, tomando, enfim, “consciência de que, além da jurisdição penal, exercem também a jurisdição constitucional das liberdades e que, por isso, não podem compactuar com nenhum agravo à Constituição Federal”¹²⁸.

5 TENDÊNCIAS ATUAIS

De todo exposto, conclui-se que a relação processual penal é a mais sublime representação da relação entre Estado e indivíduo, ou, mais especificamente, entre autoridade e liberdade, havendo Jorge de Figueiredo Dias, de forma exímia, sintetizado assim tal dilema: “Diz-me como tratas o argüido, dir-te-ei o processo penal que tens e o Estado que o instituiu”¹²⁹.

De fato, o processo penal é fruto do avanço civilizatório da humanidade, resultante da jurisdicização do poder punitivo estatal¹³⁰, tendo surgido como instrumento para frear os excessos e os arbítrios dos estados absolutistas, com forte inspiração nos ideais iluministas,

¹²⁷ RANGEL, Paulo. **Juiz garantista**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.com.br>>. Acesso em: 02 fev. 2006.

¹²⁸ FRANCO, Alberto Silva *apud* PENTEADO, Jaques de Camargo (coord.). A visão do julgador. **Justiça Penal**. Críticas e sugestões. V. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 53.

¹²⁹ DIAS, Jorge Figueiredo *apud* BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre acusação e sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 107.

¹³⁰ JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 81.

principalmente em escritos europeus de meados do século XVIII pertinentes ao direito penal, em especial a obra *Dos delitos e das penas*, de Cesare Bonesana – o Marquês de Beccaria¹³¹.

Por outro lado, restou assente que a ciência processual penal inicia o século XXI com a convicção de que não é mais possível apartar-se do referencial constitucional¹³², adquirindo o processo, além dos aspectos técnicos, feições muito mais politizadas, além de compromisso ético de atuação da Justiça e de garantia da liberdade¹³³.

Como acentua Vázquez Rossi¹³⁴, dentro de um moderno Estado de direito democrático, de base constitucional, em que o poder se encontra limitado por sua mesma regulamentação e legitimado pelo respeito de direitos fundamentais, a finalidade do ordenamento punitivo é a proteção dos direitos humanos e dos bens jurídicos imprescindíveis a sua coexistência.

¹³¹ Como bem observa Walter Nunes da Silva Júnior: “Contraopondo-se ao regime absolutista e embalada pelos ideais iluministas, a concepção dessa época entendia o Direito Criminal como um recurso limitador dos poderes do Estado em relação à punição. Dentre os teóricos dessa corrente, destaca o filósofo italiano Beccaria pelo seu pioneirismo em manifestar-se na obra “*Dos delitos e das penas*” - a favor das limitações do poder do Estado com base na obediência a direitos essenciais da pessoa humana, pensamento que guardou identidade com as declarações dos Direitos Humanos catalogados mais tarde na Constituição americana e anunciados com a Revolução Francesa. O processo penal surge, então, como um dos instrumentos para exercer esse controle de poder. Mais tarde, no século XIX, outros teóricos italianos - Lombroso e Ferri - rompem com esse modelo e pensam o processo penal sob a ótica determinista, considerando-o uma ferramenta repressora nas mãos do Estado”. SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. **Adurn**. Seção sindical. Notícias. Ano 9, n. 250, 25/12/2005. Disponível em: <<http://www.adurn.ufrn.br>>. Acesso em: 30 jun 2006.

¹³² Nesse sentido: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 01.

¹³³ Essas são as lições de Ada Pellegrini Grinover, ao delinear os novos propósitos da ciência processual, projetados pela que denominou “Nova Escola Processual de São Paulo”: “os estudos constitucionais do processo, em que as atenções se voltam para o dado jurídico-constitucional, como resultante das forças políticas e sociais de determinado momento histórico; a transformação do processo, de instrumento puramente técnico, em instrumento ético e político de atuação da Justiça e de garantia da liberdade; a plena e total aderência ao processo à realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação, que é a de servir de instrumento à efetiva realização de direitos materiais. É assim que o eixo dos estudos dos novos processualistas das Arcadas se desloca para outros enfoques e posturas, rumo ao instrumentalismo substancial do processo e à efetividade da Justiça, quando todo o sistema processual passa a ser visto como instrumento para atingir os escopos jurídicos, sociais e políticos da jurisdição, e a técnica processual, como meio para a obtenção de cada um deles”. GRINOVER, Ada Pellegrini. “A Nova Escola Processual de São Paulo”. **Novas tendências do direito processual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 448.

¹³⁴ ROSSI, Vázquez *apud* RANGEL, Paulo. **O garantismo penal e o aditamento à denúncia**. Disponível em: <<http://www.podium.com.br>>. Acesso em: 26 out. 2002.

Com efeito, o devido processo penal justo é a garantia constitucional que todo e qualquer indivíduo, residente ou não no país, nacional ou estrangeiro, tem, que, só em casos excepcionais, será privado de sua liberdade. Lesionados os bens jurídicos penalmente relevantes, nasce a pretensão processual penal, com o escopo de não só aplicar as sanções descritas nas normas penais violadas, mas, primacialmente, assegurar ao indivíduo-acusado os direitos e as garantias previstos na Constituição.

O processo penal tem, portanto, uma função garantista, assegurando, efetivamente, ao cidadão, todos os direitos previstos na Constituição. E tal função é relevante na medida em que se observa que, de nada adiantaria, por exemplo, se conceder a um acusado o direito à ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes, se determinada sanção penal lhe fosse aplicada sem que pudesse se defender dos fatos que lhe foram imputados, se sequer fosse citado para responder à acusação, ou se fosse condenado por fato diverso do relatado na denúncia ou queixa.

O processo, como instrumento para a efetivação do Direito Penal, deve realizar, por conseguinte, sua dupla função: de um lado, tornar viável a aplicação da pena, e de outro, servir como efetivo instrumento de garantia dos direitos e liberdades individuais, protegendo os indivíduos contra os atos abusivos do Estado¹³⁵.

Nesse sentido, o processo penal deve servir como instrumento de limitação da atividade estatal, estruturando-se, de modo a garantir plena efetividade aos direitos individuais constitucionalmente assegurados¹³⁶, restringindo a atuação estatal a limites

¹³⁵ Para Antonio Scarance Fernandes, “o escopo do processo penal é a obtenção de um julgamento com respeito àquelas garantias constitucionais da pessoa e que constituem a essência da jurisdição”. FERNANDES, Antonio Scarance. **Reação defensiva à imputação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 26.

¹³⁶ Segundo Andrei Zenkner Schmidt, “o surgimento da teoria dos direitos fundamentais [...] possuiu o mérito de fornecer à comunidade jurídica um sólido sistema de regulação formal e substancial da atividade do Estado em todos os seus níveis. O ponto de partida é o mesmo Estado de Direito, ou seja, conceber o poder soberano abaixo dos ditames da lei, bem como sujeito a ela. Porém, o resultado final vai muito além disso; a validade dos atos (administrativos, judicantes ou legiferantes) praticados pelo Estado está sujeita não só aos vínculos formais estabelecidos pelo Estado Liberal, como, ademais, aos limites substanciais estabelecidos

compatíveis com os princípios constitucionais fundamentais, sendo, portanto, inadmissível qualquer tutela à “defesa social” acima dos direitos e garantias individuais.

Assim sendo, o processo penal contemporâneo não pode mais ser entendido como instrumento apenas de persecução¹³⁷, de aplicação de pena, de controle social. Ao contrário, se faz, também - e até primacialmente - para a garantia do acusado, sendo “fruto de uma opção garantista em favor dos inocentes, inclusive ao preço da impunidade de algum culpado”¹³⁸.

Na lição oportuna de Sérgio Luiz de Souza Araújo,

Se o interesse repressivo diz respeito a toda sociedade, de vez que o crime rompe com as condições de estabilidade no meio social, não é menos verdade que a sociedade tem interesse na efetiva tutela do direito de liberdade. A liberdade não interessa apenas ao acusado num processo criminal. A liberdade humana é o maior fenômeno do universo, e o direito (o direito processual em particular) é a ciência que tem em mira garanti-la e assegurá-la¹³⁹.

Podemos dizer, pois, como Ada Pellegrini Grinover, que

No Estado de Direito o processo penal não deixa de representar tutela da liberdade pessoal; e no tocante à persecução criminal deve constituir-se na antítese do despotismo, abandonando todo e qualquer aviltamento da personalidade humana. O processo é uma expressão de civilização e de cultura e conseqüentemente se submete aos limites impostos pelo reconhecimento dos valores da dignidade do homem¹⁴⁰.

É importante observar que a liberdade tutelada pelo processo penal “não é enfocada dentro de uma ótica meramente privada, mas como algo que toca a todos, enquanto cidadãos

pelo Estado Democrático de Direito”. SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito**. Porto Alegre, 2001, p. 92.

¹³⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 20.

¹³⁸ FERRALOLI, Luigi *apud* FONTES JÚNIOR, João Bosco Araújo. **Liberdades fundamentais e segurança pública**. Do direito à imagem ao direito à intimidade. A garantia constitucional do efetivo estado de inocência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 219.

¹³⁹ ARAÚJO, Sérgio Luiz de Souza. **Teoria geral do processo penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 19.

¹⁴⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. “A Nova Escola Processual de São Paulo”. **Novas tendências do direito processual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 67.

de uma coletividade civilizada”¹⁴¹, visto que mesmo quando o processo penal suprime a liberdade de alguns, ainda assim, há a afirmação da liberdade dos demais.

Afinal, o processo penal é o mais sublime instrumento de garantia de liberdade de todos os cidadãos, inexistindo dúvida de que, para a sociedade moderna é suficiente que os criminosos sejam geralmente castigados, mas, indubitavelmente, “seu maior interesse é preservar que seus inocentes estejam sempre protegidos, sem exceção”¹⁴².

Em conclusão, constata-se *o resgate do pensamento filosófico que norteou o surgimento do Direito Processual Penal*¹⁴³, evidenciando-se o processo penal contemporâneo, de há muito, superou a fase repressora, retomando o ideário garantista dos direitos fundamentais que remonta ao iluminismo e, portanto, a fase libertária, com ressonância na ordem internacional, sempre com a preocupação política e jurídica de tutelar a liberdade dos indivíduos que estão sob o *ius persecuendi* estatal.

¹⁴¹ JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 81.

¹⁴² FONTES JÚNIOR, João Bosco Araújo. **Liberdades fundamentais e segurança pública**. Do direito à imagem ao direito à intimidade. A garantia constitucional do efetivo estado de inocência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 219.

¹⁴³ SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. **Adurn**. Seção sindical. Notícias. Ano 9, n. 250, 25/12/2005. Disponível em: <<http://www.adurn.ufrn.br>>. Acesso em: 30 jun 2006.

PARTE II

PREMISSAS DOGMÁTICAS ESSENCIAIS AO DESENVOLVIMENTO DO TEMA

CAPÍTULO I – O *THEMA DECIDENDUM* DO PROCESSO PENAL

1 NOTAS EXPLICATIVAS

Antes de colacionarmos os diversos entendimentos doutrinários concernentes ao *thema decidendum* do processo penal, faz-se necessário, mais uma vez, ressaltar que o propósito da presente pesquisa centra-se na interpretação que se deve atribuir aos diversos termos que integram, no ordenamento brasileiro, a enunciação do princípio *ne bis in idem*, obviamente, numa leitura constitucional, dentro do paradigma garantista de processo penal, como forma, inclusive, de ser demonstrada a afirmação de que “o Direito Processual Penal é Direito Constitucional aplicado”¹⁴⁴ ou “espelho da realidade constitucional”, na feliz expressão de Roxin¹⁴⁵.

¹⁴⁴ HENKEL *apud* ISASCA, Frederico. **Alteração substancial dos factos e sua relevância no processo penal português**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 4.

¹⁴⁵ ROXIN *apud* ISASCA, Frederico. *Op. cit.*, p. 4.

Sendo assim, não se pretende examinar com minúcia os diversos fundamentos dogmáticos das teorias processuais, tema ligado à Teoria Geral do Processo, desenvolvidos, em sua grande maioria, para o processo civil, e transportadas, não raras vezes, inadequadamente, para o processo penal¹⁴⁶.

Todavia, por guardar íntima conexão com a individuação da demanda, assim como com os limites objetivos da coisa julgada, qualquer estudo relacionado ao *ne bis in idem* seria incompleto, sem uma prévia análise, mesmo sucinta, sobre o *thema decidendum* do processo penal.

Assim é que Paulo Rangel, baseado nas lições de Claus Roxin, aponta três funções essenciais do *thema decidendum* do processo penal: a designação do objeto da litispêndência, a demarcação dos limites da investigação judicial e da obtenção da sentença, assim como a definição da extensão da coisa julgada¹⁴⁷.

Por isso, adiante, examinaremos os elementos essenciais que permitem identificar o objeto litigioso ou *thema decidendum* do processo penal, sobretudo, os aspectos que influenciam os conceitos referentes à definição e à extensão da coisa julgada penal.

2 OBJETO DE COGNIÇÃO E OBJETO LITIGIOSO

¹⁴⁶ Cavaleiro de Ferreira adverte que “há de [se] usar de muita cautela na recepção indiscriminada de conceitos, mesmo de carácter muito genérico, da doutrina processual civil. Não podem transladar-se para o processo penal conceitos delineados em função do processo civil”. CARVALHO, Américo A. Taipa de. **Sucessão de leis penais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 232.

¹⁴⁷ RANGEL, Paulo. **O garantismo penal e o aditamento à denúncia**. Disponível em: <<http://www.podium.com.br>>. Acesso em: 26 out. 2002.

Ainda como consideração prévia, antes de buscarmos a identificação do *thema decidendum* do processo penal, faz-se mister diferenciar as expressões objeto do processo e objeto litigioso, conceitos dogmáticos desenvolvidos pelos estudiosos do processo civil.

Segundo Cândido Rangel Dinamarco,

A palavra *objeto* resulta do encontro da preposição latina *ob* com o verbo *jacio*, dando o verbo composto *objicio*. [...] *Ob* significa *diante, defronte, à vista*; e *jacio* quer dizer *lançar, atirar, arremessar*. Daí o significado de *objicio*, que é *propor* (*pro + pôr*), ou seja, *pôr diante de*. E *objeto* [...] serve para designar *algo que se põe diante de uma pessoa, ou como alvo de alguma atividade sua*¹⁴⁸.

Desse modo, designa o objeto de cognição do processo, como sendo o seu conteúdo, aquilo que se coloca diante juiz para ser resolvido¹⁴⁹.

Em razão dessa conceituação, diversos processualistas civis, entre eles, Dinamarco, costumam relacionar o objeto do processo com o pedido, ou seja, com a aspiração do demandante, matéria sobre a qual decidirá o órgão jurisdicional¹⁵⁰.

Contudo, Arruda Alvim, criticando o emprego da expressão *objeto do processo* no sentido acima exposto, e tomando como base a terminologia alemã, prefere vincular o mérito, ou a lide¹⁵¹, à locução *objeto litigioso*, registrando que o pedido do autor é o que fixa o mérito¹⁵².

¹⁴⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 238.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 238.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 273.

¹⁵¹ A Exposição de Motivos do Código de Processo Civil assevera que a palavra *lide* serve para designar o mérito da causa.

¹⁵² ALVIM, J. Arruda. **Manual de direito processual civil**. Volume 1. Parte geral. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 372.

Ressalta, também, que, em razão do disposto nos arts. 468 e 469, do Código de Processo Civil¹⁵³¹⁵⁴, o juiz, ao julgar o processo, aprecia e decide todas as questões ali postas, mas a imutabilidade da coisa julgada recairá, apenas, no que se refere à parte dispositiva – que equivale ao mérito, pedido ou objeto litigioso.

Daí, afirmar “ser o objeto [de cognição] do processo mais amplo que o objeto litigioso, desde que no primeiro está contido o segundo (lide), somadas às alegações do réu”¹⁵⁵.

Vê-se, então, que Arruda Alvim atribui ao objeto do processo um conteúdo maior, englobando, além do mérito, todas as demais questões a serem conhecidas pelo juiz para a decisão da causa, ou, em outras palavras, “o conjunto de questões que constitui a matéria lógica a ser elaborada pelo juiz na preparação do julgamento da causa”¹⁵⁶.

A mesma distinção é feita por Sydney Sanches, ao sustentar que o objeto litigioso reside no pedido formulado pelo autor ou pelo réu, nas oportunidades em que o ordenamento jurídico lhe permita. Corresponde ao mérito da causa, estando seu conceito incluído no conceito do objeto de cognição do processo¹⁵⁷.

¹⁵³ “Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas”.

¹⁵⁴ “Art. 469. Não fazem coisa julgada: I – os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II – a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; III – a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo”.

¹⁵⁵ ALVIM, J. Arruda. **Manual de direito processual civil**. Volume 1. Parte geral. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 385.

¹⁵⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 266.

¹⁵⁷ SANCHES, Sydney *apud* DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit*, p. 266.

Igualmente, Kazuo Watanabe emprega a expressão *objeto litigioso* do processo, “no sentido de *thema decidendum*, objeto sobre o qual deve o juiz decidir *principaliter*, e não todo o objeto da cognição e da resolução”¹⁵⁸.

Destaca que “a cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar [...] todas as questões de fato e as de direito deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*”¹⁵⁹.

E assevera que, em direção ao provimento final do processo, o juiz se depara, além do pedido, com uma série de pontos relevantes, de direito e de fato, alegados, ou não, pelas partes, devendo o juiz, além de conhecê-los, também resolvê-los¹⁶⁰. São as chamadas *questões de mérito*, antecedentes lógicos do julgamento da causa, que “terão sede nos motivos” e constituirão os fundamentos da decisão.

Assim sendo, a cognição deve ser estabelecida não apenas sobre o objeto litigioso, mas também sobre todas as demais questões de mérito, por ser aquela gênero, do qual esse é espécie.

De qualquer forma, como já destacado, anteriormente, aqui não é sede própria para serem estudadas as diversas teorias sobre tal tema, fazendo-se necessário, apenas, registrar que, para os fins deste trabalho, o objeto de cognição do processo constitui o que Liebman chamava de *objeto do conhecimento do juiz*¹⁶¹, enquanto que o objeto litigioso, correspondente ao mérito, será tomado no sentido de *thema decidendum*.

¹⁵⁸ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 3. ed. Campinas/SP: Bookseller, 2005, p. 122.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 53.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 122.

¹⁶¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 266.

3 OBJETO LITIGIOSO OU *THEMA DECIDENDUM* DO PROCESSO PENAL

No item anterior, foi visto que alguns estudiosos do processo civil, como Arruda Alvim, Sydney Sanches e Kazuo Watanabe, afirmam que o objeto litigioso do processo é fixado pelo pedido, equivalendo ao mérito da causa ou lide¹⁶².

Considerando que, no processo penal, diferentemente do processo civil, o pedido, por ser geralmente genérico, encontra-se destituído de grande importância, sendo extremamente discutível a existência de lide no processo penal¹⁶³ - ou, mesmo que se a admitisse¹⁶⁴, não seria essencial, podendo o processo ser concebido sem uma efetiva oposição do acusado à pretensão do autor¹⁶⁵ -, qual seria, então, o objeto litigioso - *thema decidendum* - do processo penal?

A observação que se impõe, em relação ao pedido, principalmente, nas ações penais condenatórias, diz respeito a sua prescindibilidade¹⁶⁶, pouco importando a pretensão de aplicação de sanção penal diversa daquela cominada, abstratamente, no tipo penal descrito na peça acusatória.

¹⁶² Para Arruda Alvim, “o conceito de mérito é congruente ao de lide, como ao de objeto litigioso”. ALVIM, J. Arruda. **Manual de direito processual civil**. Volume 1. Parte geral. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 372.

¹⁶³ No sentido carneluttiano de *conflito de interesses qualificado por uma pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro*.

¹⁶⁴ Como o fazem Julio Fabbrini Mirabete, Fernando Capez, Hélio Tornaghi, Frederico Marques, Fernando da Costa Tourinho Filho, entre outros. MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. A questão da lide no processo penal. **DireitoNet**, São Paulo, 01 abr. 2005. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/19/76/1976/>>. Acesso em: 06 mar. 2006.

¹⁶⁵ JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 24.

¹⁶⁶ Ainda que, após a descrição dos elementos essenciais sobre o fato imputado e o acusado, o Ministério Público deixe de formular o pedido de condenação ou requeira providência distinta, o juiz, em razão do que dispõe o art. 383 do Código de Processo Penal, poderá, ao prolatar a sentença, condenar o acusado, desde que seja a solução que lhe pareça ser adequada ao caso. Há de ser ressaltado, contudo, que, nas ações penais de iniciativa privada, a ausência de pedido de condenação, por ocasião da apresentação de alegações finais, poderá acarretar a extinção de punibilidade, pela preempção (art. 60, inciso III, do Código de Processo Penal).

Com razão, Frederico Marques afirma:

No processo civil, o *petitum* deve ser determinado e certo, por isso que o juiz não poderá pronunciar-se sobre o que dele não constitua objeto [...].

Na acusação, o que deve ficar perfeitamente caracterizado é o fato delituoso, uma vez que a sanção a ser imposta depende da qualificação jurídica dada a esse fato.

Isso significa que a acusação contém pedido condenatório não específico no que tange à graduação da pena e imposição de outras sanções cabíveis.

Há, assim, verdadeiro pedido genérico, na acusação. A denúncia contém pedido, na realidade, de aplicação da *sanctio juris* devida e adequada para o fato delituoso que a acusação descreve¹⁶⁷.

De outro lado, a utilização do conceito carneluttiano de lide - *conflito de interesses qualificado por uma pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro* – apresenta dificuldades intransponíveis para o processo penal, a começar pela definição de *conflito de interesses*, inexistente num modelo garantista de processo penal, como o nosso.

Realmente, o grande interesse do Estado corresponde à efetivação dos princípios e regras insculpidos na Constituição Federal, até por que a liberdade tutelada no processo não importa apenas ao acusado, mas a toda a sociedade.

Como lembra Eugênio Pacelli de Oliveira,

O interesse na preservação da liberdade individual é também um interesse público, uma vez que interessa ao Estado, na mesma medida, a condenação do culpado e a absolvição do inocente. O Estado, no processo penal, somente pode pretender a correta aplicação da lei penal¹⁶⁸.

No mesmo sentido, destaca Aragonese Alonso que, “tem o Estado o dever de proteger ao próprio delinqüente, pois isso também é uma maneira de garantir o livre desenvolvimento da personalidade, que é a função da justiça” (tradução livre)¹⁶⁹.

¹⁶⁷ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Volume II. 2. ed. Campinas/SP: Millenium, 2000, p. 185.

¹⁶⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 54.

¹⁶⁹ “Tiene el Estado el deber de proteger al propio delincuente, pues esto también es una forma de garantizar el libre desarrollo de la personalidad, que es la función de la justicia”. ARAGONESES ALONSO *apud* LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. O fundamento da existência do processo penal: instrumentalidade garantista. **Jus**

Daí, ser o escopo do processo penal, não somente aplicar sanções descritas nas normas penais violadas, mas, primacialmente, assegurar ao indivíduo-acusado os direitos e as garantias previstos na Constituição, sendo, portanto, “inaceitável no processo penal a lide para referir [seu] conteúdo, que deve ser apresentado pela expressão caso penal”¹⁷⁰.

Em contraposição, os que admitem a existência de lide no processo penal¹⁷¹, entendem que, com a prática de um delito, surge um *conflicto de interesses* entre a pretensão punitiva do Estado e o *ius libertatis* do acusado. Asseveram que “a pretensão punitiva encontra no direito de liberdade a resistência necessária para qualificar esse conflito como litígio, surgindo, assim, a lide penal”¹⁷².

No entanto, não tem sentido algum empregar o conceito de lide como pretensão insatisfeita, uma vez que, no processo penal, a aplicação da pena somente pode ser levada a efeito, através do devido processo legal, haja vista o monopólio da jurisdição penal por parte do Estado¹⁷³ - *nulla poena sino iudicio*¹⁷⁴.

navigandi, Teresina, a. 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1060>>. Acesso em: 22 mar. 2005.

¹⁷⁰ COUTINHO, Jacinto N. Miranda *apud* MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. A questão da lide no processo penal. **DireitoNet**, São Paulo, 01 abr. 2005. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/19/76/1976/>>. Acesso em: 06 mar. 2006.

¹⁷¹ De acordo com Alexandre Moreira, para uma boa parte da doutrina nacional, com a “prática de um delito nasce o litígio entre o direito de punir do Estado e o direito de liberdade do acusado. Esse litígio, transposto para o processo penal, se transforma em lide, que consiste em um conflito de interesses entre a acusação e a defesa: uma parte requer a punição, a outra resiste a essa pretensão”. Seguindo essa orientação: Julio Fabbrini Mirabete, Fernando Capez, Hélio Tornaghi, Frederico Marques, Fernando da Costa Tourinho Filho, entre outros MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. *Op. cit.*

¹⁷² MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Volume 1. 2. ed. Campinas: Millenium Editora, 2000, p. 25.

¹⁷³ “É o que GOMEZ ORBANEJA denomina de *principio de la necesidad del proceso penal*, [...], pois não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito e atuar a pena. O princípio apontado pelo autor resulta da efetiva aplicação no campo penal do adágio latino *nulla poena et nulla culpa sine iudicio*”. LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. O fundamento da existência do processo penal: instrumentalidade garantista. **Jus navigandi**, Teresina, a. 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1060>>. Acesso em: 22 mar. 2005.

Não obstante, há de se acentuar que, como bem disse Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró,

A lide pode até estar presente no processo penal, quando, por exemplo, formulada a acusação pelo ministério público ou pelo querelante, o acusado resiste a tal pretensão. Na grande maioria dos casos, inclusive, é isto que ocorre. Porém, a lide não é necessária para o nascimento e desenvolvimento do processo penal. Ao contrário, a lide é absolutamente irrelevante para o desenvolvimento e a decisão do processo¹⁷⁵¹⁷⁶.

Conseqüentemente, ao menos nos termos estabelecidos no processo civil, especialmente na visão carneluttiana, não há qualquer justificativa para o emprego da expressão *lide* no processo penal, a não ser que sua definição fosse substancialmente alterada¹⁷⁷, o que não traria nenhuma utilidade, prática ou teórica, ao estudo do processo penal¹⁷⁸.

Na verdade, em rigor, o elemento indispensável à existência do processo penal é a formulação, em Juízo, da pretensão processual penal, a qual significa, nas ações penais condenatórias, aspiração de imposição de sanção penal ao autor do fato tido por delituoso.

Para Guasp,

¹⁷⁴ “A aplicação do direito punitivo deve sempre ser canalizada para o Poder Judiciário, que é o único caminho para sua eventual ‘satisfação’ da pretensão punitiva, que já nasce insatisfeita”. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 206.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 205.

¹⁷⁶ Também Marcellus Polastri Lima, para quem “considerando, sobretudo, que a pretensão no processo penal é sempre insatisfeita, e que sempre será necessário o devido processo penal e que, além disso, o Ministério Público não visa somente à condenação mas a própria realização da justiça, podendo vir a ter interesse na absolvição do réu, é de se considerar que a transposição do conceito de lide do direito privado para o processo penal encontra inúmeras dificuldades, podendo-se afirmar que se existe lide no processo penal esta não é relevante para o mesmo”. LIMA, Marcellus Polastri. **Tutela cautelar no processo penal**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005, p. 48.

¹⁷⁷ JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 23.

¹⁷⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 55.

O importante para o processo não é evidentemente o conflito, que não resulta necessário que exista, senão a reclamação perante o Juiz, que pode ir ou não ligada com aquele (tradução livre)¹⁷⁹.

[...].

Esta reclamação da parte é precisamente a pretensão processual, pois pretensão processual não quer dizer outra coisa que reclamação frente à pessoa distinta e diante o Juiz de uma conduta determinada. É inevitável extrair disso a consequência de que o inequívoco objeto do processo é a pretensão processual (tradução livre)¹⁸⁰.

E, assim, conclui seu conceito de pretensão processual:

A pretensão processual, pela sua estrutura, é uma declaração de vontade pela qual uma pessoa reclama de outra, perante um terceiro acima de ambas [*supraordinado*], um bem da vida, formulado numa petição fundada, isto é, cotada ou delimitada, segundo os acontecimentos de fato que expressamente se assinalarem (tradução livre)¹⁸¹.

Do mesmo modo, elencando a pretensão como categoria essencial ao processo penal, Afrânio Silva Jardim ensina que, uma vez deduzida [a pretensão], “através do exercício da ação, teremos necessariamente um processo, mesmo que haja reconhecimento formal por parte do réu do direito alegado pelo autor”¹⁸².

Também, dentre os doutrinadores nacionais, Aury Celso Lima Lopes Júnior, baseado nas lições de James Goldschmidt, especialmente, na obra *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*, entende ser a pretensão o objeto do processo penal¹⁸³, afirmando Paulo

¹⁷⁹ “Lo importante para el proceso no es evidentemente el conflicto, que no resulta necesario que exista, sino la reclamación ante el Juez, que puede ir o no ligada con aquél”. GUASP DELGADO, Jaime. **La pretensión procesal**. Madrid: Civitas, 1981, p. 27.

¹⁸⁰ “Esta reclamación de parte es precisamente la pretensión procesal, pues pretensión procesal no quiere decir otra cosa que reclamación frente a persona distinta y ante el Juez de una conducta determinada. Es inevitable extraer de ello la consecuencia de que el inequívoco objeto del proceso es la pretensión procesal”. *Ibidem*, p. 62.

¹⁸¹ “La pretensión procesal, por su estructura, es una declaración de voluntad por la cual una persona reclama de otra, ante un tercero supraordinado a ambas, un bien de la vida, formulado en torno al mismo una petición fundada, esto es, acotada o delimitada, según los acaecimientos de hecho que expresamente se señalen”. *Ibidem*, p. 84.

¹⁸² JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 25.

¹⁸³ LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. O fundamento da existência do processo penal: instrumentalidade garantista. **Jus navigandi**, Teresina, a. 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1060>>. Acesso em: 22 mar. 2005.

Rangel que a pretensão processual penal, “que serve de veículo para a imputação penal de fato definido como infração penal, é que traduz o objeto do processo”¹⁸⁴.

Dessa exposição sumária, infere-se que a tendência entre os processualistas penais é a de entender que o objeto litigioso do processo penal é a *pretensão processual* manifestada em Juízo.

Há, todavia, de ser feita uma ressalva ao entendimento de alguns processualistas penais, quando indicam ser a pretensão punitiva, e não a processual, o objeto litigioso do processo, haja vista que aquela existe antes do processo, sendo decorrente da violação à norma penal.

A propósito, adverte Antonio Scarance Fernandes que “pode haver pretensão punitiva e inexistir o processo, porque não se descobriu a autoria ou ocorreu a extinção de punibilidade”¹⁸⁵.

De igual modo, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró afirma que

A pretensão punitiva seria o poder do Estado de exigir de quem comete um delito a submissão à sanção penal. [...]. Tal conceito de pretensão punitiva refere-se à pretensão material e não processual, esta sim, objeto do processo. [...]. Definida a pretensão punitiva como pretensão material, deve-se destacar que a distinção entre a pretensão material e a pretensão processual não é mera questão terminológica. A pretensão processual é aquela veiculada em juízo, através do exercício da ação, e terá existência independentemente do direito material que fundamenta o pedido do autor. Sem pretensão processual não existiria o processo. Essa pretensão, contudo, no final do processo, poderá ser acolhida ou rejeitada, mas nunca será uma pretensão inexistente¹⁸⁶.

Qual seria, então, o conteúdo da pretensão processual penal?

¹⁸⁴ RANGEL, Paulo. **O garantismo penal e o aditamento à denúncia**. Disponível em: <<http://www.podium.com.br>>. Acesso em: 26 out. 2002.

¹⁸⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. **Reação defensiva à imputação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 40.

¹⁸⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre acusação e sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 77-78.

A pretensão processual penal é deduzida por um fato jurídico-processual, tendo por conteúdo o fato juridicamente qualificado imputado¹⁸⁷ a alguém. Em outras palavras, a pretensão processual corresponde à imputação de um fato concreto, penalmente relevante¹⁸⁸, ou, como dizia Carnelutti,

A afirmação de que uma pessoa (imputado) cometeu um fato previsto [tipificado] por uma norma penal. Exatamente, pois, tal conteúdo cinde-se em três partes: a) afirmação de um fato; b) afirmação de um tipo penal; c) afirmação de conformidade do fato com o tipo penal (tradução livre)¹⁸⁹.

Em uma acepção substancial, o objeto litigioso do processo penal corresponde ao “acontecimento histórico, assunto ou pedaço unitário da vida vertido na acusação e imputado, como crime, a um determinado sujeito e que durante a tramitação processual se pretende reconstruir o mais fielmente possível”¹⁹⁰.

¹⁸⁷ Entende-se, por imputação, o “ato processual através do qual, ao se narrar um fato, formula-se a pretensão processual”. MAGALHÃES, Maria Cristina Faria. **A correlação entre acusação e sentença nas ações penais condenatórias**. A conformidade entre a lei processual e a Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 76.

¹⁸⁸ Encontramos em nota de rodapé 164, da obra de Badaró, as seguintes explicações sobre o objeto do processo penal: “Arturo Santoro (*Manuale di diritto processuale penale*. Torino: Utet, 1957. p. 17) esclarece que “in verità, nel processo penale non vi è un *petitum*, cioè una richiesta Che si rivolge al giudice dal P. M., c’è soltanto un’imputazione, per la quale questo agisce, e sulla quale il giudice dovrà emettere la sua decisione. Quel Che si domanda al giudice è la pronunzia sopra un reato imputato [na verdade, no processo penal não há um *petitum*, isto é um requerimento que se encaminha ao juiz pelo MP, há somente uma imputação, pela qual ele age, e sobre a qual o juiz deverá emitir a sua decisão. O que se pede ao juiz é o pronunciamento sobre o crime imputado – tradução livre]. Também Sansò (*La correlazione...*, p. 263) explica que “in penale non v’ha, infatti, una *causa petendi*, una ‘*postulatio*’: quell’organo pubblico, che è soggetto attivo della imputazione, non trae le conseguenze dal fatto imputato, ma si limita solo ad indicare la fattispecie legale, nella quale gli sembra rientrare il fatto attribuito [em penal não há, de fato, uma *causa petendi*, uma ‘*postulatio*’: aquele órgão público, que é sujeito ativo da imputação, não subtrai as conseqüências do fato imputado, mas limita-se somente a indicar a tipo legal, na qual parece-lhe subsumir o fato atribuído - tradução livre]”. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre acusação e sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 89-90.

¹⁸⁹ “La afirmación de que una persona (imputado) ha cometido un hecho previsto por una norma penal. Exactamente, pues, tal contenido se escinde en tres partes: a) afirmación de un hecho; b) afirmación de un supuesto penal; c) afirmación de conformidad del hecho con el supuesto penal”. CARNELUTTI, Francesco. **Lecciones sobre el proceso penal**. Vol. IV. Tradução por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Bosch & Cia, [s.d], p. 9.

¹⁹⁰ ISASCA, Frederico. **Alteração substancial dos factos e sua relevância no processo penal português**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 240.

Importante destacar, outrossim, que o objeto [litigioso] do processo penal não é a imputação ou atribuição em si, mas aquilo que foi imputado – o fato penalmente relevante individualizado na peça acusatória¹⁹¹.

O conteúdo da imputação, pois, fixará o *thema decidendum* ou objeto litigioso do processo penal, delimitando a extensão da prestação jurisdicional. Daí, a exigência de ser o fato criminoso descrito com todas as circunstâncias juridicamente relevantes¹⁹².

Como bem ressaltado pelo professor Frederico Marques, o fato imputado consiste na descrição das modificações do mundo exterior, relevantes para o Direito Penal e tudo que possa individualizá-lo, devendo, portanto, vir acompanhado de todas as circunstâncias incidentais que sirvam para individualizá-lo¹⁹³; de todas as circunstâncias de ordem material, ligadas ao fato e ao agente por ele responsável.

No processo penal, por força do princípio da obrigatoriedade¹⁹⁴, no que diz respeito, pelo menos, às ações penais de iniciativa pública, torna-se imperiosa a imputação do fato atribuído ao acusado, em sua integralidade, não sendo permitido ao acusador excluir qualquer parcela ou fração das circunstâncias fáticas¹⁹⁵.

¹⁹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre acusação e sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 81.

¹⁹² O art. 41, do Código de Processo Penal, reza que a denúncia ou queixa “conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias”.

¹⁹³ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Volume II. 2. ed. Campinas/SP: Millenium, 2000, p. 186.

¹⁹⁴ “O princípio da obrigatoriedade (ou *da legalidade*) que vigora entre nós obriga a autoridade policial a instaurar inquérito policial e o órgão ao Ministério Público ao promover a ação penal quando da ocorrência da prática de crime que se apure mediante ação penal pública (arts. 5º, 6º e 24 do CPP)”. MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 50.

¹⁹⁵ “Uma vez tomado o acontecimento da vida como a base do processo, necessário será que este seja suficientemente descrito, pois sem uma correcta e concreta individualização dos factos acusados, não é possível ao agente defender-se convenientemente e poder afastar de si uma possível punição, nem ao tribunal é fornecida a base de confiança e de certeza necessárias para fundamentar e proferir uma decisão, quer esta seja absolutória quer condenatória, e aplicar, de uma forma justa, a lei penal”. ISASCA, Frederico *apud* RANGEL, Paulo. **O garantismo penal e o aditamento à denúncia**. Disponível em: <<http://www.podium.com.br>>. Acesso em: 26 out. 2002.

Além disso, conforme será visto, adiante, na Parte III, Capítulo II, item 2, n. 2.2, deste estudo, onde se analisará o conceito de *identidade do fato* como pressuposto para incidência do *ne bis in idem*¹⁹⁶, a não observância da exigência de completude do fato atribuído ao imputado tem, no processo penal, diversas conseqüências, principalmente, porque, nesse tipo de relação processual, diversamente do processo civil, a coisa julgada recai sobre todo o objeto de cognição, e não apenas sobre o objeto litigioso ou *thema decidendum*.

Isso quer dizer que, no processo penal, a autoridade da coisa julgada incide sobre todo o fato, e não apenas sobre a “porção do fato” trazida para o processo¹⁹⁷.

Como explica Eduardo Correa, a impossibilidade de renovação de julgamento será estendida “a todas as atividades que possam ser polarizadas num todo pela concreta violação acusada, tenham ou não sido apreciadas na sentença e quer esta seja condenatória ou absolutória”¹⁹⁸, pois

Posta uma questão penal ante um magistrado, deve este necessariamente resolvê-la. E resolvê-la esgotantemente até onde deva e possa. Aquilo, pois, que, devendo tê-lo

¹⁹⁶ Sendo certo que o tipo penal integra o conteúdo da imputação, conforme bem demonstra o art. 41, do Código de Processo Penal, ao exigir a individualização do *fato criminoso*, com todas as suas circunstâncias, adota-se uma posição mista, não se negando a incidência de critérios jurídico-penais do fato imputado – teoria normativa –, sem olvidar, todavia, da perspectiva naturalista, a qual, também, deverá ser considerada. Para efeito de confronto entre duas ou mais ações penais, o fato principal, ensejador de arguição de coisa julgada e, por conseguinte, de violação ao enunciado do *ne bis in idem*, corresponde ao mesmo fato-base do processo anterior, a mesma situação fundamental ou núcleo essencial da infração imputada anteriormente ao acusado. Em outros termos, trazida a juízo determinada estrutura básica de uma infração, mesmo que haja mudança de alguns dos elementos descritos no primeiro processo, não se admitirá nova ação penal, em razão da repetição da estrutura básica do fato.

¹⁹⁷ Sem dúvida, “ainda que o fato narrado na denúncia, sobre o qual se desenvolveu toda a atividade probatória, não se subsuma efetivamente àquele da *realidade histórica*, uma vez proferida a sentença definitiva, nunca mais se poderá instaurar nova persecução penal sob o mesmo fundamento, ou seja, *sobre o mesmo fato*. [...]. A coisa julgada abarcará o núcleo, bem como quaisquer que tenha sido, na realidade, as suas circunstâncias e/ou circunstâncias elementares. Fala-se aqui em núcleo central com a finalidade de identificar o elemento comum nas diversas definições jurídicas passíveis de incidência sobre o mesmo fato da realidade. [...]. O núcleo da conduta funcionaria assim como o dado da realidade efetivamente julgado. As suas circunstâncias e/ou circunstâncias elementares estariam cobertas pela coisa julgada como desdobramento lógico-dedutivos do julgamento, ou seja, pela preclusão lógica dos demais fatos cuja ocorrência dependeria da existência do núcleo então julgado”. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 517-518.

¹⁹⁸ CORREIA, Eduardo Henriques da Silva. **A teoria do concurso em direito criminal**. Coimbra: Almedina, 1996, p. 339.

vido, não se decidiu na sentença directamente, tem de considerar-se indirectamente resolvido; aquilo que não se resolveu por via expressa deve tomar-se como decidido tacitamente¹⁹⁹.

Ainda sobre o assunto, elucidativas são as lições de Figueiredo Dias, quando assevera que, dentre os princípios que informam o objeto do processo, encontra-se o princípio da consunção, pelo qual o objeto do processo deve ser conhecido e julgado na sua totalidade - unitária e indivisivelmente – e, mesmo quando não o tenha sido, considerar-se-á irrepetivelmente decidido²⁰⁰.

O princípio da consunção leva a afirmação de que tudo aquilo que poderia ter sido imputado ao acusado, em referência a dada situação histórica, e não o foi, jamais poderá vir a sê-lo novamente²⁰¹.

Enfim, pelos argumentos acima expostos, constata-se que o objeto litigioso do processo penal²⁰², equivalente ao seu *thema decidendum*²⁰³, é a pretensão processual

¹⁹⁹ CORREIA, Eduardo Henriques da Silva. **A teoria do concurso em direito criminal**. Coimbra: Almedina, 1996, p. 304.

²⁰⁰ DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito processual penal**. Vol. I. 1. ed. 1974, reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 145.

²⁰¹ SANTOS, Gil Moreira. A estabilidade objectiva da lide em processo penal. **Revista portuguesa de ciência criminal**. Ano 2. Fascículo 4. Out-dez 1992.

²⁰² Ainda sobre o objeto do processo penal, Leone entende que “o objeto específico del proceso penal es la imputación que emana de la *notitia criminis* sobre la cual el ministerio público pide la decisión del juez, y sobre la cual se delinea, en concreto el mencionado conflicto [o objeto específico do processo penal é a imputação que emana da *notitia criminis* sobre a qual o Ministério Público pede a decisão do juiz, e sobre a qual se delinea, em concreto o mencionado conflito – tradução livre]”. LEONE, Giovane. **Tratado de derecho procesal penal**. Vol. I. Tradução por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Bosch & Cía, [s.d], p. 182. Para Beling, “el <<objeto procesal>> es el asunto de la vida (causa <<res>>), en torno del cual gira el proceso, y cuya resolución (mediante decisión sobre el fondo) constituye la tarea propia del proceso [...]. El <<objeto procesal>> constituye únicamente el <<tema>> de la investigación y de la resolución: en otras palabras [o <<objeto processual>> é o assunto da vida (causa <<res>>), em torno da qual gira o processo, e cuja resolução (mediante decisão sobre o fundo) constitui a tarefa própria do processo [...]. O <<objeto processual>> constitui unicamente o <<tema>> da investigação e da resolução: em outras palavras – tradução livre]”. BELING, Ernst. **Derecho procesal penal**. Traduzido por Miguel Fenech. Buenos Aires: Editorial Labor, 1943, p. 79.

²⁰³ Matéria posta à apreciação (decisão) do juiz; o tema a ser investigado e julgado. *Ibidem*, p. 80.

representada, substancialmente, por um fato relevante penalmente, atribuído ao imputado, a fim de que seja aplicada a respectiva sanção penal prevista em lei, quando restar provado.

4 O DEVER DE CORRELAÇÃO ENTRE A ACUSAÇÃO E A SENTENÇA E A POSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO DO OBJETO LITIGIOSO OU *THEMA DECIDENDUM*

A definição e fixação do *thema decidendum* pela acusação são conseqüências da estrutura acusatória do processo penal, ficando o juiz vinculado ao fato imputado. Conseqüentemente, o objeto litigioso do processo penal condenatório equivale ao seu objeto de julgamento²⁰⁴.

Figueiredo Dias designa tal efeito de *vinculação temática*²⁰⁵, consubstanciando nele, além da consunção, examinada anteriormente, os princípios da identidade e da unidade ou indivisibilidade, pelos quais o objeto do processo penal deve manter-se o mesmo, da acusação ao trânsito em julgado da sentença, e ser conhecido e julgado na sua totalidade - unitária e indivisivelmente²⁰⁶.

De forma semelhante, Jimenez Asenjo assevera que o objeto do processo penal caracteriza-se, essencialmente, pela identidade ou imutabilidade, pela individualidade e pela integridade, assim, concebendo-as:

²⁰⁴ POZZER, Benedito Roberto Garcia. **Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2001, p. 148.

²⁰⁵ “Os valores e interesses subjacentes a esta vinculação temática do tribunal, implicada no princípio da acusação, facilmente se apreendem quando se pense que ela constitui a pedra angular de um efectivo e consistente *direito de defesa do argüido* – sem o qual o fim do processo penal é inalcançável -, que assim se vê protegido contra arbitrários alargamentos da actividade cognitória e decisória do tribunal e assegura seus direitos de contrariedade e audiência; e quando se pense também que só assim o Estado pode ter a esperança de realizar seus interesses de punir só os verdadeiros culpados”. DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito processual penal**. Vol. I. 1. ed. 1974, reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 145.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 145.

- a) imutabilidade: também conhecida como identidade, expressa-se pelo dever de manutenção, durante toda a atividade processual, do objeto processual deduzido inicialmente;
- b) individualidade: a condição singular de cada acontecimento; as notas essências que o separam e o distinguem dos demais;
- c) integridade: corolário do princípio da consunção, significa a exigência de se incluir, no objeto do processo, todos os elementos que o componham; “cada processo, pois, deve esgotar o objeto ou objetos que o determinam a realizar sem que importe que o autor descreva incompletamente o mesmo” (tradução livre)²⁰⁷.

Além do mais, a vinculação temática no processo penal não decorre, apenas, de tais atributos, uma vez que, do princípio da correlação entre acusação e sentença, também decorre a obrigação de vinculação do juiz ao fato imputado.

Com efeito, o princípio da correlação entre acusação e sentença, também chamado de congruência da condenação com a imputação, ou, ainda, da correspondência entre o fato imputado e o fato constante da sentença, corolário do sistema processual acusatório, implica na identidade de representação entre o conteúdo da imputação - *thema decidendum* ou objeto litigioso do processo²⁰⁸ - e o conteúdo da sentença²⁰⁹.

Os limites do poder de cognição do juiz penal são aferidos pela imputação, estando delimitados pela matéria de fato constante da acusação, como exigência, não apenas da regra

²⁰⁷ “Cada proceso, pues, debe agotar el objeto u objetos que le determinan a obrar sin que importe que el autor describa incompletamente el mismo”. JIMENEZ ASENJO, Enrique. **Derecho procesal penal**. Vol. I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, [s.d], p. 134-135.

²⁰⁸ O objeto litigioso no processo penal está ligado à imputação, que, como visto, alhures, constitui o fato penalmente relevante imputado ao acusado.

²⁰⁹ Convém lembrar que a defesa do acusado baseia-se nos fatos imputados, por isso, mais uma razão para que tais fatos efetivamente vinculem o juiz criminal, definindo a extensão do provimento jurisdicional.

de separação orgânica entre as funções do órgão acusador e a do órgão julgador - princípio acusatório -, mas também dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Assim sendo, a sentença deve guardar plena consonância – total correlação – com o fato delituoso descrito na acusação, estando vedados, pois, os julgamentos *citra, ultra* e *extra petita*²¹⁰.

Em regra, não se permite a modificação do objeto litigioso do processo, devendo esse permanecer inalterado, durante todo o desenvolver do *iter* procedimental. Assim, desde o momento inicial, com a acusação, até o seu término, com a sentença, o *thema decidendum* do processo não pode, ordinariamente, sofrer variações.

Entretanto, isso não quer dizer que, de forma absoluta, todo o objeto litigioso do processo penal deva permanecer imutável, mesmo porque a instrução criminal pode revelar algo diverso do que foi imputado, como a “existência de fatos novos ou circunstâncias do fato imputado que não eram do conhecimento do demandante quando da propositura da ação penal”²¹¹.

De outro lado, como já analisado, os princípios da unidade e da consunção²¹², consideram, com a prolação da sentença, o esgotamento do conteúdo da pretensão, em sua totalidade, ainda que tenha havido deficiência na imputação²¹³, representando, mais uma

²¹⁰ É nula a sentença que condena o acusado por fatos diversos dos descritos na peça acusatória, ressalvadas as hipóteses dos arts. 383 e 384, do Código de Processo Penal.

²¹¹ MAGALHÃES, Maria Cristina Faria. **A correlação entre acusação e sentença nas ações penais condenatórias**. A conformidade entre a lei processual e a Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 82.

²¹² Segundo os quais o fato imputado deve ser conhecido e julgado na sua totalidade (unitária e indivisivelmente) e, mesmo quando não o tenha sido, deve considerar-se irremediavelmente decidido.

²¹³ “En el proceso penal, a diferencia de lo que ocurre en el civil, la pretensión es examinada desde todos los puntos de vista, es decir, que el Tribunal no sólo resuelve la calificación que a los hechos han dado las partes acusadoras y las acusadas, en su caso, sino que en virtud del principio de oficialidad que se hace compatible con la forma acusatoria de nuestro procedimiento, tal como se regula por nuestro derecho positivo, puede proponer una calificación distinta cuando estime que ha sido calificado el hecho con manifiesto error (artículo 733): así pues el conocimiento del Tribunal agota el objeto del proceso, y no puede interponerse de

razão, para que haja a permissibilidade de modificação do objeto litigioso ou *thema decidendum*.

A questão é saber em que medida é possível alterar o objeto litigioso do processo²¹⁴, quais são os mecanismos que possibilitam tal providência, sem que isso represente uma ofensa aos princípios da correlação entre acusação e sentença e, sobretudo, aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da inércia da jurisdição.

A propósito, o Código de Processo Penal brasileiro foi bastante lacônico²¹⁵, ao disciplinar os institutos que possibilitam a alteração do objeto litigioso do processo penal, fazendo-o apenas nos arts. 383 e 384.

4.1 *Emendatio libelli*

nuevo la pretensión punitiva por el solo hecho de que su calificación sea diferente [no processo penal, a diferença do que acontece no civil, a pretensão é examinada desde todos os pontos de vista, quer dizer, que o Tribunal não só resolve a qualificação que aos fatos deram as partes acusadoras e as acusadas, em seu caso, mas em virtude do princípio da oficialidade que se faz compatível com a forma acusatória de nosso procedimento, tal como se regula por nosso direito positivo, pode propor uma qualificação diferente quando entender que foi qualificado o fato com manifesto erro (artigo 733): assim sendo o conhecimento do Tribunal esgota o objeto do processo, e não pode interpor-se novamente a pretensão punitiva pelo só fato de que sua qualificação seja diferente - tradução livre]”. FENECH, Miguel. **Derecho procesal penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Labor, 1952, p. 542.

²¹⁴ Como assinala Nuvolone, “o objeto do processo penal é algo que pode apresentar um caráter dinâmico, suscetível de contínuo desenvolvimento. O juiz penal não é chamado a decidir sobre uma demanda, mas a estabelecer a verdade a respeito de um fato ou de um complexo de fatos e sua relevância jurídico-penal. Assim, se no curso do processo afluírem fatos diversos, que possam dar causa à responsabilização penal do acusado, o juiz deverá conhecê-los”. *Apud* BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre acusação e sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 111.

²¹⁵ Para Maria Cristina Magalhães, a economia legislativa na disciplina do princípio da correlação entre acusação e sentença [apenas dois artigos do CPP: 383 e 384], “revelou-se prejudicial, visto que se mostrou insuficiente para disciplinar todas as hipóteses surgidas”. MAGALHÃES, Maria Cristina Faria. **A correlação entre acusação e sentença nas ações penais condenatórias**. A conformidade entre a lei processual e a Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 107.

Não obstante esteja vinculado aos fatos narrados na denúncia ou queixa, o juiz, por vezes, depara-se com equívocos do autor da peça acusatória, cometidos ao proceder à classificação jurídica ou capitulação do fato imputado ao acusado.

Diante dessa situação, o juiz, mantida inalterada a base fática, poderá modificar a qualificação jurídica que constar da imputação, nos literais termos do art. 383, do Código de Processo Penal.

Todavia, como indica Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, o fato, objeto do processo penal, deve ser relevante penalmente e, conseqüentemente, enquadrável em um modelo penal. “Sendo o delito um fato jurídico, isto é, um fato conforme um modelo ou tipo penal, o conteúdo da imputação é a afirmação de que uma pessoa (o imputado) praticou um fato previsto por uma norma penal”²¹⁶.

Sem dúvida, como já afirmado no item 3, deste capítulo, a imputação corresponde à afirmação de um fato subsumível a uma norma penal, integrando, portanto, seu conteúdo a qualificação jurídico-penal atribuída ao fato²¹⁷. Não é por outra razão que se exige, para o recebimento da denúncia ou queixa, a tipicidade da conduta narrada.

Ainda a respeito da classificação jurídico-penal do fato como elemento integrante da imputação e, por conseguinte, do objeto litigioso do processo penal, Antônio Scarance Fernandes ensina que:

O fato narrado só tem valor quando ligado à norma incriminadora, pois só dessa forma é fato típico, sendo difícil de aceitar que a mudança na norma não represente

²¹⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre acusação e sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 83.

²¹⁷ A pretensão processual corresponde à imputação de um fato concreto, penalmente relevante, ou, como dizia Carnelutti, a afirmação de que uma pessoa (imputado) cometeu um fato previsto [tipificado] por uma norma penal. Exatamente, pois, tal conteúdo cinde-se em três partes: a) afirmação de um fato; b) afirmação de um tipo penal; c) afirmação de conformidade do fato com o tipo penal (tradução livre). CARNELUTTI, Francesco. **Lecciones sobre el proceso penal**. Vol. IV. Tradução por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Bosch & Cia, [s.d], p. 9.

diversa valoração do fato, como se um fato classificado como homicídio fosse valorado da mesma forma se qualificado como lesão corporal seguida de morte²¹⁸.

Desse modo, não obstante prevalecer o entendimento de que o acusado defende-se apenas dos fatos imputados, e não da classificação jurídica atribuída a eles, a fim de ser dada efetividade aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, deverá ser proporcionada à defesa oportunidade de reação, não somente no que se refere aos fatos, mas também no que diz respeito à classificação jurídica desses fatos, pois é certo que o tipo penal integra o conteúdo da imputação, além de exercer influência decisiva na condução do processo, de forma que sua alteração poderá causar prejuízos ao acusado²¹⁹.

Sobre a exigência de contraditório prévio à decisão que retifica a classificação jurídica ou capitulação do fato imputado, há de ser ressaltado que

[...] Essa estreita vinculação entre o fato e a norma faz com que o contraditório deixe de se limitar à questão de fato, para abranger também o debate sobre a norma jurídica aplicável a uma situação substancial. Justifica-se a limitação do contraditório à matéria fática pela aplicação dos brocardos *jura novit curia* e *narra mihi factum, dabo tibi ius*, segundo os quais, dados os fatos pelas partes, incumbe ao juiz dizer do direito. Isso não exclui, contudo, a necessidade de o juiz, quando der ao fato valoração jurídica diferente daquela debatida no processo, proporcionar às partes oportunidade de se manifestarem, evitando-se, assim, surpresa e prejuízo²²⁰.

²¹⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. **Reação defensiva à imputação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 232-233.

²¹⁹ “Enrique Ruiz Vadillo assinala, de forma a nosso juízo incontestável, o seguinte: “Es imprescindible que entre el objeto de la acusación y el qui sirve de soporte a la condena haya homogeneidad. La razón de la exigencia es la misma: la proscripción de toda indefensión. Son todas ellas manifestaciones del mismo principio. Si alguien es acusado de hurto y de este delito se defiende, si se encuentra, después, con una condena por coacciones, aunque la pena sea inferior y hasta le pueda producir satisfacción espiritual el cambio del título de imputación, por tener este último una menor carga de reproche social, no cabe duda de que ha quedado indefenso porque frente a esse delito de coacciones no se ha podido defender de una manera eficaz [é imprescindible que entre o objeto da acusação e o que serve de suporte à condenação haja homogeneidade. A razão da exigência é a mesma: a proscrição de toda falta de defesa. São todas elas manifestações do mesmo princípio. Se alguém é acusado de furto e deste delito se defende, se se encontra, depois, com uma condenação por constrangimento, embora a pena seja inferior e até lhe possa produzir satisfação espiritual a mudança do título de imputação, por ter este último uma menor carga de reprovação social, não cabe dúvida de que ficou indefeso porque frente a esse delito de constrangimento não pôde se defender de uma maneira eficaz - tradução livre]”. PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 165.

²²⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. *Op. cit.*, p. 232-233.

Por isso, atualmente, preconiza-se a necessidade de uma defesa, não só fática, mas também jurídica²²¹, não devendo versar simplesmente sobre fatos, até por que o acusado não se defende só dos fatos, senão dos fatos juridicamente classificados²²².

Weber Martins Batista compartilha desse pensamento, ao entender que poderá advir prejuízo para a defesa pela simples correção da classificação contida na peça acusatória, sem qualquer outra providência, o que expressa em duas situações:

A inicial – por exemplo – diz expressamente que o réu, depois de ameaçar a vítima com uma arma, subtraiu-lhe o carro e fugiu, sem ser perseguido, sendo detido cerca de meia hora depois, quando os componentes de uma patrulha, avisados pelo rádio, surpreendem-no no interior do veículo roubado. Ainda que o Ministério Público [por equívoco] classifique o fato como roubo tentado, mas desde que descreveu um crime de roubo consumado – não houve perseguição, o agente foi detido quando o objeto já saíra da esfera de vigilância ou custódia do dono – o juiz pode condenar o réu por este último crime, sem necessidade de qualquer providência.

O mesmo poderá ocorrer – outro exemplo – na hipótese de o Ministério Público imputar aos réus, três *trombadinhas*, o fato de terem dado um *tranco* na vítima, uma pessoa de idade, jogando-a no chão e disso se aproveitando para subtrair seu dinheiro. Ainda que aquele classifique o crime como furto, pode o juiz, por entender que o fato descrito e provado caracteriza roubo, condenar os réus por este último, sem necessidade de baixar os autos ao Ministério Público ou à defesa.

Analisando a hipótese, afirma Espínola Filho que não há em falar em surpresa para a defesa, pois o fato continua a ser o mesmo inicialmente descrito. [...].

A verdade, no entanto, é que em muitos casos haverá surpresa para o réu que, por força da interpretação dada ao fato pelo Ministério Público, defendeu-se de um crime e acabou sendo condenado por outro.

Nos exemplos dados, se o juiz alertasse o réu para a possibilidade de condenação por roubo consumado, e não apenas tentado – no primeiro exemplo – ou por roubo, não por furto – no segundo -, poderia aquele discutir o problema da consumação, no primeiro caso, ou o da caracterização da violência, no segundo, e, quem sabe, obter êxito.

Não há dúvida de que o réu se defende de fatos, não de números, mas a verdade é que a classificação incorreta dada aos fatos pode acabar prejudicando a defesa, que

²²¹ Para Germano Marques da Silva, “a doutrina tradicional dominante entendia que o objecto do processo penal são comportamentos humanos concretos, sendo, pelo menos em princípio, irrelevante a qualificação jurídica que lhes fosse dada, como irrelevante seria a pretensão formulada na acusação! [...]. A partir da acusação o objecto do processo é a pretensão que se caracteriza quanto ao seu conteúdo substancial por duas dimensões: uma dimensão qualitativa e uma dimensão quantitativa. [...] Não se entenderia a razão pela qual a lei cercaria de garantias a delimitação do pressuposto factual objectivo do crime e do processo e havia de deixar inteira liberdade ao tribunal no que concerne à qualificação jurídica”. SILVA, Germano Marques. **Curso de processo penal**. Volume I. Lisboa: Editorial Verbo, 2000, p. 334/337.

²²² SUÁREZ SANCHES, Alberto. **El debido proceso penal**. 2. ed. Bogota: Universidad Externado de Colômbia, 2004, p. 282.

no processo penal – não se pode esquecer – não é apenas defesa, simples defesa, mas ampla defesa²²³.

Por sua vez, Benedito Pozzer acentua que, mais grave do que os exemplos trazidos por Weber Martins Batista, é a situação na qual a acusação, para determinado tipo penal, possibilita meios defensivos não previstos para aquele considerado ao final, na sentença.

E continua:

Assim ocorrerá, quando alguém é acusado do cometimento de injúria (artigo 140, do Código Penal), segundo a classificação acusatória; para, depois da instrução, ser condenado pelo crime de calúnia ou difamação (artigos 138 e 139, do Código Penal), tanto que narrados.

Ninguém poderá negar os danos causados pelas simples corrigenda do magistrado na sentença. Ora, se correta fosse a classificação da denúncia ou queixa, imputando-se calúnia ou difamação, o acusado poderia valer-se da *exceção da verdade*, ou da retratação, previstas no Código Penal [...]. E, demonstrada a verdade dos fatos imputados à vítima, resultaria na absolvição, ou, com a retratação, poderia alcançar a isenção de pena, que lhe foram impedidas pela capitulação equivocada, restando nulo o processo, por não permitir a ampla defesa²²⁴.

A exigência de contraditório prévio à decisão não significa que o juiz não possa dar aos fatos narrados uma outra definição jurídica ou decidir diversamente uma questão de direito. Entretanto, para assim agir, deve observar o contraditório, permitindo que as partes se manifestem a respeito da norma a ser aplicada ou sobre a *questio iuris*, até por que para que seja pleno e efetivo, o princípio do contraditório há de incidir, não somente sobre o material fático e probatório, mas também acerca das questões de direito²²⁵.

²²³ BATISTA, Weber Martins. **Direito penal e direito processual penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 162-163.

²²⁴ POZZER, Benedito. **Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2001, p. 152-153.

²²⁵ Legislações estrangeiras adotam essa maior amplitude do princípio do contraditório. A lei francesa adota expressamente a idéia, determinando que o juiz não pode fundamentar sua decisão sobre questões de direito, ainda que de ordem pública, que ele haja suscitado de ofício, sem ter previamente chamado as partes a apresentar suas alegações. A StPo estabelece, no § 265, que o acusado não pode ser condenado em virtude de outro preceito penal que o citado na acusação jurisdicionalmente admitida, sem que previamente tenha sido advertido, especialmente, da modificação do ponto de vista jurídico, dando-se-lhe oportunidade de defesa. Também o Código de Processo Penal Modelo para a Iberoamérica, em seu art. 322, prevê que o acusado não pode ser condenado em virtude de um preceito penal distinto do invocado na acusação, se previamente não tenha sido advertido sobre a possibilidade de modificação da qualificação jurídica. E o legislador espanhol do século XIX estabeleceu, no art. 733 da Ley de Enjuiciamiento Criminal, que, se em função das provas

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró fala em verdadeiro dever do juiz de provocar o prévio contraditório entre as partes, sobre qualquer questão que apresente relevância decisória, seja ela processual ou de mérito, de fato ou de direito, prejudicial ou preliminar. O desrespeito ao contraditório sobre as questões de direito expõe as partes ao perigo de uma sentença surpresa²²⁶.

Ressalte-se que quando o juiz, em respeito ao contraditório, ordena a intimação das partes para que se manifestem sobre uma possível classificação jurídica diversa, não fica vinculado à nova definição legal. Diante dos argumentos apresentados pelas partes, o julgador poderá sentenciar tanto considerando a capitulação originária quanto a nova.

Pelos argumentos expostos, não resta dúvida de que o acusado não tem de defender-se apenas de fatos naturalisticamente considerados, mas de fatos juridicamente qualificados, porquanto os fatos naturalísticos descritos na peça acusatória somente têm relevância quando constituem um desvalor jurídico.

A despeito das razões acima aduzidas, em sentido diametralmente oposto, grande parte da doutrina e dos tribunais pátrios entendem ser desnecessária a intimação das partes, por ocasião da aplicação da *emendatio libelli*, pois, além de inexistir previsão legal nesse sentido, a errônea classificação jurídica dada aos fatos imputados ao acusado não teria o condão de

colhidas o tribunal entender que o fato julgado foi qualificado com erro manifesto, poderá o presidente determinar que as partes ilustrem o tribunal acerca de o fato ser qualificado como um novo delito. Da mesma forma, no art. 358, n. 3., do Código de Processo Penal português, foi disciplinada a necessidade de o juiz, antes de sentenciar, dar oportunidade às partes de pronunciarem sobre a alteração da qualificação. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre acusação e sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 163.

²²⁶ *Ibidem*, p. 165.

prejudicar a defesa, por ser essa embasada em fatos que estavam suficientemente narrados na peça acusatória²²⁷.

No entanto, é preciso rever tais posicionamentos. Como tanto afirmado nesta exposição, o processo penal contemporâneo tem uma função garantista, servindo como efetivo instrumento de tutela, com observância a todos os direitos e às liberdades constitucionais assegurados ao acusado na persecução penal.

Sendo assim, em respeito ao devido processo penal, e sua respectiva função garantista, em especial, aos princípios do contraditório e da ampla defesa, que devem ser plenos e efetivos, entende-se imprescindível que o juiz, antes de proferir a sentença, dando diversa definição jurídica aos fatos constantes da denúncia ou da queixa, possibilite às partes manifestação acerca da diversa qualificação jurídica.

Além do mais, o juiz, ao convidar as partes a se manifestarem a respeito de uma possível *emendatio libelli*, não prejudica a eficácia da persecução penal. Ao contrário, terá assegurado o pleno e efetivo exercício do contraditório, não se havendo de falar em “gastar” mais tempo, mas de “investir” um tempo melhor na melhoria do resultado do processo²²⁸.

Sobre a lamentável redação do art. 383, do Código de Processo Penal, Antônio Scarance Fernandes defende que as garantias constitucionais e as exigências do devido processo legal impedem que as partes sejam surpreendidas com uma alteração sobre a qual não se estabeleceu prévio contraditório²²⁹. Tanto a acusação como a defesa têm interesse na

²²⁷ Seguindo essa orientação: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 73.389/SP. Relator: Ministro Maurício Corrêa. 30 abr. 1996. Brasília, DF, DJ 06/09/1996, p. 31851. No mesmo sentido: STJ - RHC 11.054/SP.

²²⁸ CARNELUTTI, Francesco *apud* BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre acusação e sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 165.

²²⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. **Reação defensiva à imputação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 232.

classificação, pelos seus efeitos penais e processuais, não havendo, por isso, razão para o juiz deixar de ouvir às partes antes de alterar a classificação inicial.

Todavia, essa parece não ter sido a orientação adotada pela Reforma do Código de Processo Penal, através do Projeto de lei 4.207/2001, atualmente em tramitação no Congresso Nacional, pois seu art. 383, *caput e § 1º*, está assim redigido, *in verbis*:

“Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

§ 1º. As partes, todavia, deverão ser intimadas da nova definição jurídica do fato antes de prolatada a sentença”.

Pelo exame do dispositivo supracitado, depreende-se que, apesar de bastante festejada, e de ter como escopo assegurar o contraditório pleno e a defesa efetiva, a Reforma do Código de Processo Penal impõe simplesmente a intimação das partes, antes da possível aplicação da *emendatio libelli*, não prevendo, nessa hipótese, a necessidade de prévia manifestação das mesmas.

Desse modo, em sendo aprovado o Projeto de lei 4.207/2001, em sua redação original, da decisão que atribuir nova definição jurídica ao fato, antes de prolatada a sentença, não há previsão de manifestação das partes a respeito da *emendatio libelli*, sendo admissível tão-somente a interposição de recurso de agravo, em sua forma retida, conforme Projeto de lei 4.206/2001, também em tramitação no Congresso Nacional, com o respectivo juízo de retratação exercido pelo magistrado.

A possibilidade de diversa definição jurídica da que constar da peça acusatória – *emendatio libelli* – não encontra grande dificuldade de aplicação no segundo grau de jurisdição, porque os fatos imputados ao acusado encontram-se descritos na denúncia ou queixa, havendo equívoco somente quanto à capitulação.

Cumpra observar, porém, as limitações pertinentes ao efeito devolutivo dos recursos, em especial a regra da proibição da *reformatio in pejus* em recurso exclusivo da defesa, conforme prevista no art. 617, do Código de Processo Penal²³⁰.

De toda forma, deve ser recordado que fere os princípios do contraditório e da ampla defesa a aplicação da *emendatio libelli* sem que as partes, especialmente a defesa, tenham tido oportunidade de se manifestarem sobre a diversa definição jurídica do fato²³¹.

4.2 *Mutatio libelli*

Ao contrário do que acontece na *emendatio libelli* – quando o acusador erra na classificação jurídica dos fatos, que se mantêm os mesmos – a *mutatio libelli* ocorre, quando as provas existentes nos autos revelam a existência de elementos essenciais não contidos na acusação – denúncia ou queixa -, implicando na adoção de certas providências antes da prolação da sentença.

²³⁰ A respeito da proibição de imposição de pena mais grave em recurso exclusivo da defesa, o Min. Félix Fischer, do Superior Tribunal de Justiça, afirmou que a adequação típica pode ser alterada, em segundo grau, via *emendatio libelli* (art. 383 do CPP), no entanto, nos limites do art. 617 do CPP. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 13.328**. Relator: Min. Félix Fischer. 21 nov. 2000. Brasília, DF, DJ 18/12/2000, p. 221. No mesmo sentido, é o entendimento do Supremo Tribunal Federal: “No julgamento da apelação criminal interposta pela defesa, admite-se que seja dada nova definição jurídica ao fato delituoso, desde que não seja agravada a pena do réu (CPP, art. 617 e 383). Precedentes citados: HC 61.191-SP (RTJ 108/1052); HC 63.040-SP (RTJ 115/185)”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 78.373/PR**. Relator: Ministro Octavio Gallotti. 11 dez. 1998. Brasília, DF, Informativo nº 135. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 12 dez. 2002.

²³¹ Sobre o assunto, lapidar é a lição de Benedito Pozzer: “no nosso entendimento, de que a imputação, além de fática, deve ser também jurídica – fato e classificação legal – a *emendatio libelli*, ainda que não agrave a pena, em sede recursal, suprime grau de jurisdição, por não permitir a correção pelo acusador e contrariedade pelo acusado. Ofendido o devido processo penal, nula será a decisão do tribunal”. POZZER, Benedito. **Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2001.

Inicialmente, em razão da consagração do modelo acusatório de processo, e até por sua absoluta imprecisão terminológica, muitos processualistas penais têm discutido se o instituto da *mutatio libelli* foi recepcionado, ou não, pela Constituição vigente.

Alegando a necessidade de ser assegurada a nítida separação entre as funções de acusar, defender e julgar no processo penal, preconizadas pelo sistema acusatório, Jaques Camargo Penteado entende que o art. 384, do Código de Processo Penal, não foi recepcionado pela Constituição de 1988.

E prossegue:

O julgador que, em face da ausência de descrição que ao acusador competia realizar, supre a atividade do último, nada mais é que um juiz que se transmudou em acusador. Encampou as funções deste. [...]. Falta de acusação, ao julgador restará absolver o imputado, pois o fato histórico apurado não corresponde à descrição realizada na inicial. Ao acusador incumbe, cumprindo a sua missão constitucional, promover os aditamentos necessários para que a defesa conheça a alteração acusatória, reaja amplamente ao seu conteúdo modificado e, a seguir, o julgador atribua o devido a cada um²³².

É evidente que, se a Constituição Federal assegura ao Ministério Público a promoção privativa da ação penal pública, não cabe ao juiz a transmutação da figura de julgador para a de acusador.

Também, é evidente que, pelo princípio da obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública, sempre que restar demonstrada a necessidade de alteração do objeto litigioso do processo penal, o Ministério Público deverá, espontaneamente, promover as devidas correções à peça acusatória, uma vez que não pode haver disponibilidade quanto à mesma²³³.

²³² PENTEADO, Jaques Camargo. **Acusação, defesa e julgamento**. Campinas: Millenium, 2001, p. 346.

²³³ “O aditamento provocado só ocorrerá em havendo omissão do membro do *parquet*, que, deixando de agir quando deveria agir, sofrerá a provocação judicial, pois, não podendo o magistrado proceder de ofício, em nome do princípio estampado no brocardo *ne procedat iudex ex-officio, nemo iudex sine actore*, e tendo a sentença que guardar correlação com a imputação, terá que haver a provocação do promotor para o aditamento”. LIMA, Marcellus Polastri. **Ministério Público e persecução criminal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 304.

Entretanto, não se há de falar em qualquer incompatibilidade constitucional, em nada afetando a imparcialidade do juiz, a aplicação das providências previstas no artigo 384, do Código de Processo Penal, desde que haja, obviamente, o respectivo aditamento²³⁴ pelo Ministério Público e sejam obedecidos aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

A despeito de ser um resquício do inquisitorialismo, o instituto da *mutatio libelli* atribui ao juiz uma função anômala, relativa à fiscalização da aplicação do princípio da obrigatoriedade da ação penal, até por que, num Estado democrático de direito, nenhum ato estatal está imune a controle²³⁵.

Os ensinamentos de Marcellus Polastri Lima ratificam esse entendimento:

[...] A provocação do Ministério Público para oferecer o aditamento é atividade anômala do juiz, que age, *in casu*, como verdadeiro fiscal do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, uma vez que, não agindo o promotor como *deveria*, oferecendo o aditamento, o juiz o provoca (art. 384 do CPP).

Assim, não deve o membro do Ministério Público “aguardar” que haja a provocação do magistrado para aditar a denúncia, devendo sempre se antecipar. O aditamento espontâneo *deve ser a regra e não a exceção*²³⁶.

Dando prosseguimento ao estudo sobre o instituto da *mutatio libelli*, cumpre assinalar, ao contrário da redação do art. 384, *caput*, do Código de Processo Penal, a inadmissibilidade

²³⁴ O aditamento à denúncia é o “acrescentamento, a adição de elemento novo, objetivo ou subjetivo, à peça introdutória da ação penal de pertinência subjetiva pública. [...] *Aditar*, etimologicamente, tem o significado de *emendar, acrescentar ou complementar*, mas, genericamente, em termos processuais, o aditamento também pode corresponder a mera retificação ou mesmo ratificação, suprimento ou esclarecimento da inicial penal”. *Ibidem*, p. 280.

²³⁵ O art. 40, do Código de Processo Penal autoriza o juiz, inclusive, a qualquer tempo, encaminhar ao Ministério Público peças que demonstrem práticas de crime de ação penal de iniciativa pública.

²³⁶ LIMA, Marcellus Polastri. **Ministério Público e persecução criminal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 288.

de qualquer fato penalmente relevante, contido implicitamente²³⁷ na denúncia ou queixa, ser considerado na sentença²³⁸.

O devido processo penal impõe que a acusação seja explícita, clara, precisa e completa²³⁹. Não se pode aceitar que a defesa procure dados que somente figuram na acusação de forma implícita, desvendando aquilo que o acusador deveria explicitar²⁴⁰. Ou o fato imputado foi descrito formalmente, constando, portanto, de forma explícita na denúncia ou queixa, ou não há descrição, não se podendo falar em imputação, uma vez que a descrição do fato é elemento absolutamente necessário dessa²⁴¹, como observado, anteriormente²⁴².

De outro lado, em obediência a todos os princípios decorrentes do devido processo penal, e diversamente do que dispõe o art. 384, *caput*, do Código de Processo Penal, impõe-se o aditamento sempre que houver modificação dos fatos trazidos pela acusação.

²³⁷ Na lição de Vicente Greco Filho, fato contido implicitamente na denúncia ou queixa significa a circunstância de fato que, apesar de não referida verbalmente na peça inicial, é compreendida nos conceitos nela expressos. GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 329.

²³⁸ “Tendo a Constituição Federal agasalhado o princípio do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV), a imputação penal jamais poderá ser implícita. O fato delituoso sempre há de ser exposto de modo claro e objetivo, para não dificultar a defesa do imputado. Desse modo, o art. 384 do CPP e seu parágrafo único hão de ser examinados de modo a se adequarem aos postulados da Lei Maior”. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação criminal nº 281.483-5**. Relator: Desembargador Silva Pinto. São Paulo, SP, 17 dez. 2001. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 3 fev. 2003.

²³⁹ O Código de Processo Penal, no art. 41, exige exposição do fato, com todas as suas circunstâncias, ou seja, em toda sua explicitude.

²⁴⁰ PENTEADO, Jaques de Camargo. **Acusação, defesa e julgamento**. Campinas: Millenium, 2001, p. 346.

²⁴¹ Como explica Sansò, o que não é descrito não é imputado, uma vez que o objeto da imputação se especifica mediante uma descrição que o determina e o indica. Se não há imputação sem descrição não se pode falar em imputação implícita. *Apud* BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre acusação e sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 172.

²⁴² Nos devidos termos do item precedente, o fato imputado consiste na descrição das modificações do mundo exterior, relevantes para o Direito Penal e tudo que possa individualizá-lo, devendo, portanto, vir acompanhado de todas as circunstâncias incidentais que sirvam para individualizá-lo; de todas as circunstâncias de ordem material, ligadas ao fato e ao agente por ele responsável. Por força do princípio da obrigatoriedade, no que diz respeito, pelo menos, às ações penais de iniciativa pública, torna-se imperiosa a imputação do fato atribuído ao acusado, em sua integralidade, não sendo permitido ao acusador excluir qualquer parcela ou fração das circunstâncias fáticas.

Pensar ao contrário, seria permitir ao magistrado a assunção da posição de órgão acusador, agindo como se fosse o *dominus litis* da ação penal, numa postura totalmente indesejável frente ao sistema acusatório como o nosso, que reserva a titularidade da ação penal ao Ministério Público, com privatividade, ou ao ofendido, nos casos permitidos em lei²⁴³.

Desse modo, qualquer fato penalmente relevante, não só em relação ao fato-crime em si, mas também no que se refere aos seus elementos agregadores, tais como, o tempo, o lugar, o modo de execução, o nexos de causalidade, a forma de participação, o resultado e o elemento subjetivo do delito, deve ser aditado pelo titular da ação, sob pena de ofensa ao princípio da ampla defesa e do contraditório²⁴⁴.

Vê-se, portanto, que o procedimento previsto no *caput*, do art. 384, do Código de Processo Penal, ao permitir que haja alteração da imputação fática, sem acusação formal e pormenorizada, constitui um resquício do procedimento de ofício, afrontando, claramente, o sistema acusatório e, por conseguinte, os princípios da inércia da jurisdição, da privatividade do Ministério Público na promoção da ação penal pública, da imparcialidade, da correlação entre acusação e sentença, do contraditório e da ampla defesa, entre tantos outros.

²⁴³ Nesse sentido, Benedito Pozzer afirma que, “diante da possibilidade de nova definição jurídica, por fato não contido na denúncia ou queixa, não poderá o julgador determinar, tão-somente, a complementação da defesa. Impõe-lhe, primeiro, determinar o exercício da acusação, um direito do acusado: direito à acusação formal, deduzida pelo acusador oficial ou particular. Não andou bem, nessa norma (art. 384, *caput*, do CPP), o legislador processual penal, porque, se é verdade que a ‘baixa dos autos’ não implica violação à imparcialidade do julgador, em ofensa ao devido processo penal; também é verídica a afirmação de que a falta de acusação formal provoca insanável nulidade do feito, pela grave afronta ao mesmo devido processo penal. Nenhuma razão existe para essa distinção: pena igual ou inferior e, de outro lado, pena superior. A ofensa ao contraditório e a ampla defesa existirá (assim como ao sistema acusatório misto preconizado pela Carta Magna), nesse ou naquele caso, desde que não ocorra o aditamento. De toda forma, prevalece a regra *ne procedat iudex ex officio*, restando incompreensível e injustificada a distinção adotada pelo legislador processual penal”. POZZER, Benedito Roberto Garcia. **Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2001, p. 161-162.

²⁴⁴ Nos mesmos termos, apesar de mais restrito, é o entendimento de Antônio Scarance Fernandes, ao exigir aditamento, quando a alteração não atingir elementos do fato típico, mas outras circunstâncias do fato que servem para individualizá-lo como acontecimento histórico e distingui-lo de outro evento, desde que haja efetivo prejuízo ao desenvolvimento da defesa do acusado. FERNANDES, Antonio Scarance. **Reação defensiva à imputação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 209.

Sendo assim, conclui-se pela necessidade de aditamento em todas as situações de alteração do objeto litigioso do processo penal – *mutatio libelli* -, podendo-se afirmar que o *caput*, do art. 384, do Código de Processo Penal, o qual prevê a possibilidade de mudança de acusação, sem que haja a apresentação de aditamento por parte do Ministério Público, não foi recepcionado pelo texto constitucional vigente²⁴⁵.

Nesse sentido, o Projeto de lei 4.207/01, em tramitação no Congresso Nacional, suprime a possibilidade de ser formulada acusação de ofício, assim como implícita, dando ao atual art. 384, *caput*, do Código de Processo Penal, a seguinte redação:

“Art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público poderá aditar a denúncia ou queixa, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente”.

Um outro aspecto a merecer apreciação é o que diz respeito à inadmissibilidade de aplicação do instituto da *mutatio libelli*, ensejando a alteração do *thema decidendum* do processo penal, quando a alteração substancial da acusação ocorrer pela descoberta de fatos novos, somente sendo possível o aditamento das circunstâncias ou dos elementos que guardem relação com o fato originariamente imputado.

²⁴⁵ A propósito do tema, atendendo ao modelo acusatório adotado pela Constituição da República vigente, a Reforma do Código de Processo Penal, em tramitação no Congresso Nacional, modifica a sistemática da *mutatio libelli*, impondo em todas as situações o aditamento à peça acusatória, facultando ao acusado nova defesa, antes da prolação da sentença, *in verbis*: “Art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público poderá aditar a denúncia ou queixa, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente. § 1º Ouvido o defensor do acusado e admitido o aditamento, o juiz, a requerimento de qualquer das partes, designará dia e hora para continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, realização de debates e julgamento. § 2º Aplicam-se ao previsto no caput deste artigo às disposições dos §§ 3º e 4º do art. 383. § 3º Havendo aditamento, cada parte poderá arrolar até três testemunhas, no prazo de três dias. § 4º Não recebido o aditamento, a audiência prosseguirá (NR). Projeto de lei 4.207/2001.

Na verdade, ao mencionar o aditamento à denúncia, o art. 384, do Código de Processo Penal, referiu-se apenas à *mutatio actionis*²⁴⁶, ou seja, à situação de diversidade do próprio fato imputado, e não ao acréscimo de nova acusação ou fato novo²⁴⁷.

A propósito do tema, Frederico Marques preleciona que:

Ao mencionar o aditamento da denúncia, o art. 384, parág. único, do Cód. de Proc. Penal quis referir-se à *mutatio actionis*, e não ao acréscimo de nova acusação. Se o juiz entender que o réu praticou outros fatos delituosos, além dos que lhe foram atribuídos na denúncia, ‘em consequência de prova existente nos autos’, é de seu dever dar a *notitia criminis* a quem de direito, nos termos do art. 40 do Cód. de Proc. Penal. O procedimento do art. 384, parág. único, do Cód. de Proc. Penal, destina-se a regular a mudança da imputação e, de maneira alguma, a possibilidade de crescer outro fato delituoso, como nova acusação, ao que constitui objeto da denúncia²⁴⁸.

Ao contrário, na hipótese de fato novo de que se origina um novo crime, seja de conduta praticada pelo próprio acusado ou por algum co-autor ou partícipe, acrescenta-se uma nova imputação, formulando-se uma pretensão autônoma, apesar de vir em forma de aditamento, ou seja, no mesmo processo, desde que haja conexão ou continência, a teor do que dispõem os arts. 76 a 79, do Código de Processo Penal.

De qualquer maneira, a regra do art. 80, do mesmo *Codex*, autoriza que a nova acusação não se faça por aditamento, mas através de outra denúncia, instaurando-se outro processo, quando o aditamento puder tumultuar a instrução processual²⁴⁹.

²⁴⁶ O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já decidiu nesse sentido: “o art. 384, parágrafo único, do CPP, não admite seja a acusação ampliada a novos fatos através do aditamento à denúncia. Entre nós a *mutatio actionis* está restrita à nova definição jurídica do fato constante da imputação inicial, não à correção de equívocos na incriminação, à apresentação de nova imputação, providências que são compatíveis apenas com a propositura de nova ação penal” (RT 725/540).

²⁴⁷ O fato é novo quando os elementos de seu núcleo essencial constituem acontecimento criminoso inteiramente diferente daquele resultante dos elementos do núcleo essencial do fato da imputação e, por consequência, são também diferentes os bens jurídicos protegidos pelo fato imputado e pelo fato novo. O fato é diverso e não novo quando os elementos de seu núcleo essencial correspondem parcialmente aos do fato da imputação, mas com o acréscimo de algum elemento que o modifique. SCARANCA, Antonio Fernandes. **Reação defensiva à imputação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 193-194.

²⁴⁸ MARQUES, José Frederico *apud* POZZER, Benedito. **Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2001, p. 159-160.

²⁴⁹ Tratando-se de aditamento para inclusão de fato novo independente ou conexo, por constituir nova imputação de outro fato principal, deverá haver citação, interrogatório, defesa prévia e produção de provas

Arrematando o assunto, Antônio Scarance Fernandes ensina que:

O Código de Processo Penal, no art. 384, *caput* e parágrafo único, cuida da alteração no fato, devido circunstância elementar não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou na queixa e que muda a sua definição jurídica. Não se trata de fato novo, mas de fato diverso, ou seja, de fato que mantém parte do núcleo essencial da imputação originária, acrescentando-lhe circunstância elementar. [...].

Quando se trata de fato novo, inteiramente estranho ao da imputação feita pelo promotor ou pelo querelante, há necessidade de outra acusação. Se o fato substituir a imputação, o acusado deve ser absolvido por inexistência do fato de que foi acusado, sem prejuízo de ser novamente denunciado pelo fato novo. Caso o fato novo seja acrescentado ao da denúncia ou queixa, o promotor pode oferecer aditamento para introduzi-lo no processo, formular outra acusação ou requisitar a instauração de inquérito.

O aditamento só será possível se houver conexão entre o fato da imputação originária e o novo fato, pois é a conexão que permitirá a reunião em um só processo das duas infrações. Muitas vezes, embora haja conexão, não é interessante o aditamento, sendo preferível uma acusação em separado, para não procrastinar o julgamento do fato da denúncia. Se inexistir conexão, com invocação do art. 40 do Código de Processo Penal, o promotor pode pedir ao juiz que extraia cópias dos autos e, com base nelas, oferecer acusação pelo fato novo ou requisitar inquérito policial, ou então pode, diretamente, extrair as cópias e formular a denúncia²⁵⁰.

Em relação à aplicação da *mutatio libelli* na ação penal privada, por ser essa informada pelos princípios da disponibilidade e da oportunidade, não há como o instituto do aditamento provocado ser aplicado, somente podendo ocorrer o aditamento espontâneo do próprio querelante, e desde que respeitado o prazo decadencial previsto no art. 38, do Código de Processo Penal. A queixa a que alude o art. 384, do mesmo Código, é aquela que deu início à ação penal privada subsidiária da pública.

Deve-se, também, ressaltar que, ao surgirem fatos penalmente relevantes durante a instrução processual, não contidos explicitamente na acusação, a manifestação judicial que determina a “baixa dos autos” para aditamento deve ser comedida, sem aprofundamento, sem avaliação prévia, mencionando somente quais são as circunstâncias surgidas durante a

quanto a este fato. LIMA, Marcellus Polastri. **Curso de processo penal**. Volume I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 285. No mesmo sentido: JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 122. De qualquer forma, mesmo não se tratando de fato novo, no Projeto de Lei nº 4.207/2001 está prevista a seguinte redação para o § 1º, do art. 384, do Código de Processo Penal: “§ 1º. Ouvido o defensor do acusado e admitido o aditamento, o juiz, a requerimento de qualquer das partes, designará dia e hora para continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, realização de debates e julgamento”.

²⁵⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. **Reação defensiva à imputação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 204.

instrução processual que poderão alterar a definição jurídica do fato²⁵¹. Adotada tal providência, o acusado poderá ser condenado tanto pela imputação inicial, que subsiste, como pelo fato diverso constante do aditamento²⁵², consistindo, portanto, o aditamento à denúncia num caso de imputação alternativa²⁵³, embora superveniente²⁵⁴.

Obviamente que o Ministério Público poderá negar-se a aditar a denúncia, ou então, aditá-la para outro delito, diverso daquele indicado pelo juiz, quando da “baixa dos autos”. Caso haja recusa do Ministério Público em aditar a denúncia, caberá ao juiz, entendendo que era caso de aditamento, aplicar a regra do art. 28, do Código de Processo Penal, que admite expressamente a integração analógica em seu art. 3º. Havendo insistência do Procurador-

²⁵¹ Sobre o assunto, Ada Pellegrini Grinover assim preleciona: “Questão delicada consiste em saber como deve o juiz se manifestar quando baixa os autos. É certo que não deverá antecipar seu julgamento, mas, por outro lado, tem o réu o direito de saber por que há a possibilidade de condenação diversa daquela postulada pela acusação. A manifestação judicial muito genérica, vazia, prejudica a defesa, podendo dar causa a nulidade. Deve o magistrado, de maneira singela, sem aprofundamento, sem avaliação prévia, mencionar quais são as circunstâncias que, em face da prova, podem alterar a definição jurídica do fato”. GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **As nulidades no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

²⁵² Nesse sentido, é bastante elucidativo o pronunciamento do Ministro Néri da Silveira, do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso de Habeas Corpus 59.837/RJ: “*Habeas corpus*. Denunciado o réu como incurso no art. 171, do Código Penal, converteu o juiz o julgamento em diligência, em face do art. 384, parágrafo único, do CPP, para que o Ministério Público pudesse aditar a denúncia, acusando o denunciado de infração ao art. 297, do Código Penal. Na sentença, o réu foi condenado por infringir o art. 171, do Código Penal. Exegese do art. 384, parágrafo único, do CPP. Nessa hipótese, não fica o juiz impedido de manter a primitiva definição da denúncia. O que a lei não quer é que venha o réu a ser condenado por fato do qual não haja tido oportunidade para se defender. No caso, não há falar em cerceamento de defesa ou prejuízo para a defesa do paciente. O juiz, na decisão, desprezou a classificação de crime de falsificação de documento público, feita no aditamento, para condenar o réu, por estelionato, segundo a capitulação original da denúncia. [...]. Recurso desprovido”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso de Habeas Corpus nº 59.837/RJ**. Relator: Ministro Néri da Silveira. 27 abr. 1982. Brasília, DF, DJ 10/12/1982, p. 12787.

²⁵³ Afrânio Silva Jardim conceitua alternativa a imputação quando a peça acusatória inicial atribui ao acusado mais de uma conduta penalmente relevante, asseverando que apenas uma delas efetivamente terá sido praticada pelo acusado, embora todas se apresentem como prováveis. JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 153.

²⁵⁴ Apesar da grande resistência da doutrina e da jurisprudência em admitirem a formulação de uma acusação alternativa, Afrânio Silva Jardim informa que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso de Habeas Corpus 59.837/RJ. Relator: Ministro Néri da Silveira. 27 abr. 1982. **DJ 10/12/1982**, p. 12787, interpretou o art. 384, *caput*, do CPP no sentido de que dele pode surgir uma imputação alternativa, na medida em que o juiz, feito o aditamento, vai apreciar as duas condutas imputadas: a narrada na denúncia e a atribuída ao acusado no aditamento. O acolhimento de uma das imputações levará, necessariamente, à rejeição da outra. Trata-se, pois, de acordo com este autor, de imputação alternativa superveniente, e não imputação cumulativa. *Ibidem*, p. 158-159.

Geral de Justiça em não oferecer aditamento, estará encerrado o incidente, prevalecendo a imputação original²⁵⁵.

Por fim, quanto à *mutatio libelli* nos tribunais, por implicar em alteração fática da imputação apreciada em primeira instância, a regra do art. 384, do Código de Processo Penal, não se aplica à segunda instância, nos termos da Súmula 453, do Supremo Tribunal Federal²⁵⁶.

Admitir o contrário seria permitir que os tribunais conhecessem de matéria não submetida à apreciação no primeiro grau, suprimindo, portanto, um grau de jurisdição e, por conseguinte, violando o princípio constitucional da ampla defesa²⁵⁷.

Assim, se o tribunal verificar a existência de circunstâncias não contidas explicitamente na peça acusatória, modificadoras da classificação jurídica reconhecida na sentença, deverá declarar a nulidade do processo e determinar o retorno dos autos ao juízo *a quo* para a aplicação do disposto no art. 384, do Código de Processo Penal.

Entretanto, é importante ressaltar que essa medida somente poderá ser adotada pelo tribunal se houver recurso da acusação argüindo, expressamente, a ocorrência de tal nulidade,

²⁵⁵ “A toda evidência, não está o Ministério Público obrigado a aditar a peça exordial pela *simples provocação judicial*, pois prende-se o órgão do *parquet* tão-somente à sua *opinio delicti*, sendo claro que, havendo elementos que justifiquem o aditamento, tem o promotor o *dever de aditar*, não em virtude da provocação do magistrado e sim em face do *princípio da obrigatoriedade da ação penal pública*. Cabe o juiz, não sendo oferecido o aditamento e entendendo que era caso de oferecimento, aplicar analogicamente o artigo 28 do CPP, pois a hipótese equivale a verdadeiro arquivamento, uma vez que explicitamente o promotor dirá que não promoverá a persecução”. LIMA, Marcellus Polastri. **Curso de processo penal**. Volume I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 303.

²⁵⁶ Súmula 453, do Supremo Tribunal Federal: “Não se aplicam à segunda instância o art. 384 e parágrafo único do Código de Processo Penal, que possibilitam dar nova definição jurídica do fato delituoso, em virtude de circunstância elementar não contida explícita ou implícitamente na denúncia ou queixa”.

²⁵⁷ “[...]. Réu denunciado por receptação e condenado por furto qualificado. *Mutatio libelli* promovida pelo juiz monocrático, sem a observância dos requisitos legais. [...]. Impossibilidade, em segunda instância, de determinação de aditamento da denúncia. [...]. A determinação do aditamento, em segundo, grau – em razão do reconhecimento da existência de circunstância elementar de tipo penal diverso daquele pelo qual o réu foi denunciado -, significaria o cerceamento da defesa do réu, já que o momento adequado à produção de provas é o da instrução penal. Recurso conhecido e desprovido”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 170.139/GO**. Relator: Ministro Gilson Dipp. 21 fev. 2002. Brasília, DF, DJ 08/04/2002, p. 252.

pois, caso contrário, a única solução que restará ao tribunal é a absolvição do acusado²⁵⁸, sob pena de afronta à proibição da *reformatio in pejus*, prevista no art. 617, do Código de Processo Penal, e ao enunciado da Súmula 160, do Supremo Tribunal Federal²⁵⁹, além de constituir supressão de instância.

²⁵⁸ Nesse sentido: “Processual Penal. Recurso Especial. Sentença. *Mutatio libelli*. Recurso exclusivo da defesa. Enquadramento do pronunciamento judicial aos fatos descritos na denúncia. Ausência de provas. Absolvição. Não viola o art. 384 do CPP o acórdão que, no julgamento de apelo interposto exclusivamente pela defesa, corrige equívoco do juiz sentenciante, que deixara de aplicar a *mutatio libelli*, e absolve o réu por falta de provas da configuração do delito, ao invés de decretar a nulidade do feito e o retorno dos autos à primeira instância para manifestação da defesa. – Recurso especial não conhecido”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 317.256/AP**. Relator: Ministro Min. Vicente Leal. 13 ago. 2002. Brasília, DF, DJ 02/09/2002, p. 252. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, adotando idêntica orientação, já decidiu que: “Furto. Confissão procedida na fase pré-processual, roborada pela prova testemunhal, que afasta a negativa posterior em juízo. Receptação. Desclassificação. Súmula 453 do STF. A Súmula 453 do STF veda à instância recursal a ‘*mutatio libelli*’, restando como solução única a absolvição do co-réu”. BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 8ª Câmara Criminal. **Apelação nº 698.219.281**. Relator: Desembargador Montauray dos Santos Martins. Porto Alegre, RS, 02 dez. 1998.

²⁵⁹ Súmula 160, do Supremo Tribunal Federal: “É nula a decisão do tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não argüida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso *ex officio*”.

CAPÍTULO II – A COISA JULGADA NO PROCESSO PENAL

1 LINEAMENTOS

A coisa julgada é um instituto nitidamente processual que tem por finalidade estender os efeitos da sentença permanentemente para o futuro, dotando-os de atributos como a imutabilidade, definitividade e intangibilidade de situações jurídicas cristalizadas em processos transitados em julgado²⁶⁰.

Assim é que autoridade da coisa julgada consiste na imutabilidade do comando emergente de uma sentença, caracterizando-se não como efeito, mas como uma qualidade que se agrega aos efeitos da sentença²⁶¹.

De acordo com Liebman,

Essa expressão [coisa julgada], assaz abstrata, não pode e não é de referir-se a um efeito autônomo que possa estar de qualquer modo sozinho; indica, pelo contrário, a força, a maneira com que certos efeitos se produzem, isto é, uma qualidade ou modo de ser deles. O mesmo se pode dizer das diversas palavras por que se procura explicar a fórmula legislativa tradicional: imutabilidade, definitividade, intangibilidade, incontestabilidade, termos que exprimem, todos eles, uma propriedade, uma qualidade particular, um atributo do objeto a que se referem, porque são, por si sós, expressões vazias, privadas de conteúdo e de sentido.

²⁶⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada**. Hipóteses de relativização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 21.

²⁶¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Traduzido por Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 54.

A linguagem induziu-nos, portanto, inconscientemente, à descoberta desta verdade: que a autoridade da coisa julgada não é o efeito da sentença, mas uma qualidade, um modo de ser e de manifestar-se dos seus efeitos²⁶²²⁶³.

A seguir, consigna que a coisa julgada diz respeito à forma como certos efeitos da sentença se produzem, os quais se identificam pelos seguintes elementos: (a) firmeza, presente quando esgotados todos os recursos cabíveis; (b) eficácia, que se estende às partes e a todos os juízos, podendo, em algumas situações, atingir terceiros²⁶⁴; (c) vedação de repetição, vinculada ao princípio *ne bis in idem*; e (d) segurança jurídica, através da certeza jurídica da estabilidade e da presunção de veracidade das relações jurídicas já decididas²⁶⁵.

E quanto a esse último elemento, a doutrina costuma apontá-lo como fundamento político da coisa julgada²⁶⁶, indicando, como alicerces do princípio da segurança jurídica, duas idéias nucleares:

- (1) *Estabilidade* ou eficácia *ex post* da segurança jurídica dado que as decisões dos poderes públicos uma vez adoptadas, na forma e procedimento legalmente exigidos, não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas

²⁶² LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Traduzido por Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 5-6.

²⁶³ “Liebman veio a defender que a coisa julgada não se consubstancia em um efeito (especificamente declaratório) da sentença, que resulta da força criadora do ato judicial, como entendiam os romanos, ou da declaração de certeza que dele emanava, como defendiam Chiovenda e Hellwig. Ela consiste, isto sim, em um mecanismo destinado a assegurar a vontade judicial de tutelar um determinado interesse jurídico, acrescentando aos efeitos sentençiais a qualidade de imutáveis.” OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (org.). **Elementos para uma nova teoria geral do processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 205.

²⁶⁴ Quando os efeitos da sentença atingem terceiros, chama-se de eficácia reflexa, universal ou *erga omnes*, sendo externa à demanda, ou seja, não contida, de maneira direta, na *res deducta*.

²⁶⁵ ÁLVAREZ SACRISTÁN, Isidoro. **La justicia y su eficacia**. De la Constitución al proceso. Madrid: Editorial Colex, 1999, p. 154-155.

²⁶⁶ “Cosa juzgada y seguridad jurídica constituyen un todo indisoluble, porque al conferírsele a las providencias que hacen tránsito a cosa juzgada la fuerza de la verdad legal se da la certeza a la colectividad y a sus asociados del respeto a la definitiva resolución del conflicto planteado y fallado en los estrados judiciales, y aquellos contarán con la seguridad de que los juicios tienen fin, reafirmandose el valor superior de la justicia, ya que se entiende que el objetivo del proceso ha sido alcanzado [coisa julgada e segurança jurídica constituem um todo indissolúvel, porque ao se conferir às providências que fazem à coisa julgada a força de verdade legal se dá certeza à coletividade e aos seus associados do respeito à definitiva decisão do conflito estabelecido e decidido nos estrados judiciais, e aqueles contarão com a segurança de que os julgamentos têm fim, reafirmando-se o valor superior da justiça, já que se entende que o objetivo do processo foi alcançado – tradução livre].” SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. **El debido proceso penal**. 2. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 286.

razoável a alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes; (2) *Previsibilidade* ou *eficácia ex ante* do princípio da segurança jurídica que, fundamentalmente, se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos²⁶⁷.

Observa Tereza Arruda Alvim Wambier que o instituto da coisa julgada é ínsito ao Estado democrático de direito, uma vez que, para a existência desse, faz-se imprescindível a garantia de estabilidade jurídica, de segurança de orientação e de realização do Direito. Dessa forma, considera irrelevante a consagração expressa da coisa julgada em textos constitucionais, embora a Constituição brasileira o faça em seu art. 5º, inciso XXXVI²⁶⁸.

Assentada, substancialmente, na estabilidade definitiva das decisões judiciais, o instituto da coisa julgada exclui a possibilidade de reexame, dentro do mesmo processo, de questões já decididas – coisa julgada formal -, podendo, também, desde que resolvida a pretensão processual²⁶⁹, em termos finais, irradiar, extraprocessualmente, o conteúdo dessa decisão, impedindo a renovação da demanda – coisa julgada material – em júzcos posteriores.

A coisa julgada formal é pressuposto da coisa julgada material. Enquanto a primeira torna imutável, dentro do processo, a sentença, a coisa julgada material torna imutáveis os efeitos produzidos por ela e lançados fora do processo²⁷⁰.

Com efeito, a eficácia da coisa julgada formal se verifica, exclusivamente, no interior do processo em que foi proferida, enquanto a coisa julgada material tem força não somente dentro desse processo, mas fora dele, uma vez que a pretensão processual, quando decidida,

²⁶⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 264.

²⁶⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada**. Hipóteses de relativização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 22.

²⁶⁹ Somente as sentenças de mérito, ou seja, as que decidem o objeto do processo, são acobertadas pela autoridade da coisa julgada material.

²⁷⁰ CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 307.

não pode ser novamente conhecida, tampouco julgada por nenhum outro órgão jurisdicional²⁷¹.

Explica Cândido Rangel Dinamarco que

Não há dois institutos diferentes ou autônomos, representados pela coisa julgada formal e pela material. Trata-se de dois aspectos do mesmo fenômeno de imutabilidade, ambos responsáveis pela segurança nas relações jurídicas: a distinção entre coisa julgada formal e material revela somente que a imutabilidade é uma figura de duas faces, não dois institutos diferentes.²⁷²

Por ser a preclusão²⁷³, do mesmo modo da coisa julgada formal, fenômeno endoprocessual, cujos efeitos incidentes ocorrem apenas no interior do processo em que se deram, alguns autores não distinguem tais institutos, nominando a coisa julgada formal, inclusive, de preclusão processual máxima²⁷⁴.

Como bem esclarece Ada Pellegrini Grinover²⁷⁵, mesmo sendo a preclusão o antecedente, de que a coisa julgada formal constitui o subsequente, esses fenômenos não se

²⁷¹ “Toda sentença produz coisa julgada formal, desde o momento em que se torna irrecorrível. Contudo, nem toda sentença produz coisa julgada material. Para que ocorra coisa julgada material é preciso que o conteúdo da sentença não possa ser desprezado ou modificado, mesmo em outro processo”. TESHEINER, José Maria. **Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 73. Em síntese, “[...] a coisa julgada é formal quando não há possibilidade de se questionar na demanda o que foi sentenciado, enquanto a coisa julgada material é a que interdita contender-se em outra *actio* o que se solucionou.” ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. **Da sentença e da coisa julgada**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 31.

²⁷² DINAMARCO, Cândido Rangel *apud* DANTAS, Ivo. **Constituição e processo**. Vol. I. Introdução ao Direito Processual Constitucional. Curitiba: Juruá, 2003, p. 198.

²⁷³ Perda de faculdades processuais pelo decurso do tempo.

²⁷⁴ “Assim Arruda Alvim, *Curso de direito processual civil, vol. I, op. cit.* p. 460: ‘Como a coisa julgada formal resulta da produção para a interposição de um último recurso, diz-se, habitualmente, que ela consubstancia a preclusão máxima, ou, segundo outros, “il giudicato produce la somma preclusionone”. ‘Humberto Theodoro Júnior também concorda com esse entendimento, ao manifestar sua opinião de que ‘a coisa julgada formal é, com efeito, apenas e tão-somente um último elo da cadeia das sucessivas preclusões que encaminham a relação processual para a coisa julgada material, esta, sim, um fenômeno que ultrapassa a preclusão e se manifesta fora do processo em que a sentença foi proferida.’ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Preclusões para o juiz**. Preclusão *pro iudicato* e preclusão judicial no processo civil. São Paulo: Método, 2004, p. 53-54.

²⁷⁵ CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 307.

confundem²⁷⁶. Evidencia-se tal afirmação em relação às matérias de ordem pública, que, embora não sejam suscetíveis de preclusão durante o *iter* procedimental, com a prolação de sentença, não poderão ser novamente discutidas, ou reconhecidas, dentro daquela relação processual, haja vista recair sobre ela a autoridade da coisa julgada formal.

Por fim, ainda como linhas essenciais ao instituto da coisa julgada, há de ser ressaltado que, sua incorporação à Carta Política²⁷⁷, atribuiu-lhe a natureza de liberdade pública²⁷⁸, a salvo de incursões despóticas das autoridades públicas, até mesmo do legislador, constituindo garantia constitucional do processo²⁷⁹²⁸⁰.

Na tutela judicial de direitos fundamentais, a coisa julgada representa, sem dúvida, um dos mais importantes instrumentos, haja vista seu significado político-institucional de assegurar a firmeza das situações jurídicas, tanto que foi erigida em garantia constitucional dirigida ao processo²⁸¹.

²⁷⁶ “[...] A preclusão é um instituto pertencente, exclusivamente, ao direito processual, enquanto pode encontrar fundamento na consumação de um interesse, produzindo efeito de natureza processual. A coisa julgada incide numa relação substancial, por ser ato de especificação da vontade da lei, consistente na condenação ou na absolvição. Consubstancia-se numa relação jurídica substancial, isto é, numa pretensão punitiva, reconhecida ou negada; a preclusão, ao invés, incide sobretudo na vida processual, ou assentando o curso do juízo, ou garantindo o resultado do processo.” BARROS, Romeu Pires de Campos. **Direito processual penal brasileiro**. São Paulo: Sugestões Literárias S/A, 1969, p. 264.

²⁷⁷ “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” – art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1988.

²⁷⁸ “Quanto à expressão ‘liberdades públicas’, convém notar inicialmente que não se entendem por *públicas* somente as liberdades que envolvam relações do homem com órgãos estatais, nem se reserva o termo *privadas* para as relações concernentes aos particulares entre si. Todas as liberdades são públicas, porque a obrigação de respeitá-la é imposta pelo Estado e pressupõe sua intervenção. O que torna pública uma liberdade (qualquer que seja seu objeto) é a intervenção do Poder, através da consagração do direito positivo; estabelecendo, assegurando, regulamentando as liberdades, o Estado as transforma em poderes de autodeterminação, consagrados pelo direito positivo.” GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 7.

²⁷⁹ Manoel Gonçalves Ferreira Filho cataloga a coisa julgada como direito fundamental. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 261. No mesmo sentido, conferir também GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2003.

²⁸⁰ ASSIS, Araken de. **Eficácia civil da sentença penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 143.

²⁸¹ DINAMARCO, Cândido Rangel *apud* DANTAS, Ivo. **Constituição e processo**. Vol. I. Introdução ao Direito Processual Constitucional. Curitiba: Juruá, 2003, p. 199. LIMA, Francisco Gérson Marques.

2 COISA JULGADA PENAL

Na essência, o fenômeno da coisa julgada no processo penal, apesar de apresentar diversas peculiaridades, como as que serão analisadas, adiante, pode ser considerado semelhante à natureza da coisa julgada no processo civil.

Nesse sentido, ensina Ada Pellegrini Grinover que

A rescindibilidade da sentença trântita 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 julgada²⁸².

Ainda, explica que, ante as distintas relações jurídicas materiais discutidas no processo civil e no processo penal, ocorrem diferenças quanto às hipóteses de revisão de sentenças penais e não penais, bem como a respeito dos prazos. No entanto, tal diversidade significa apenas “regulamentação diversa da rescindibilidade” e não “diversidade ontológica da coisa julgada”²⁸³.

Contudo, a coisa julgada penal, mais do que em qualquer outro ramo do ordenamento jurídico, é uma medida de segurança jurídica instituída preferentemente em benefício do acusado, do que propriamente um instituto com conseqüências processuais.

Conforme menciona Paulo Rangel,

É Claus Roxin quem nos dá suporte para esta afirmativa. Diz o mestre alemão: “a coisa julgada material serve de proteção ao acusado. Com ela se reconhece jurídico-

Fundamentos constitucionais do processo. Sob a perspectiva da eficácia dos direitos e garantias fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 178.

²⁸² GRINOVER, Ada Pellegrini. **Eficácia e autoridade da sentença penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 5.

²⁸³ *Ibidem*, p. 6.

fundamentalmente seu interesse em ser deixado em paz depois de ditada uma decisão de mérito que já não mais é impugnável”. [...] A coisa julgada impede, assim, que os fatos que foram objeto de julgamento possam ser investigados, novamente, pelo Estado em face do mesmo réu, com a desculpa de melhor apurar os fatos e descobrir situações que agregam o fato principal ou de circunstâncias que lhe pertencem, porém que não foram objeto de julgamento²⁸⁴.

Por outro lado, ao contrário do processo civil, onde as hipóteses de rescindibilidade das sentenças são previstas independentemente do teor da decisão, ou seja, *pro et contra* os interesses das partes autora, ré, Ministério Público e terceiros legitimados²⁸⁵, e por prazo determinado²⁸⁶, no processo penal, quando não mais sujeitas a recursos, apenas as sentenças condenatórias são passíveis de revisão judicial²⁸⁷, ou *habeas corpus*, por prazo indeterminado²⁸⁸.

Como a tutela da liberdade é princípio inerente ao Estado democrático de direito, exige-se, para a revisão de sentenças transitadas em julgado e acobertadas pela autoridade da coisa julgada, um fundamento material inequívoco, o qual corresponde, no processo penal

²⁸⁴ RANGEL, Paulo. **O garantismo penal e o aditamento à denúncia**. Disponível em: <<http://www.podium.com.br>>. Acesso em: 26 out. 2002.

²⁸⁵ Art. 487, do Código de Processo Civil: “Tem legitimidade para propor a ação: I – quem foi parte no processo ou o seu sucessor a título universal ou singular; II – O terceiro juridicamente interessado; III – O Ministério Público: a) se não foi ouvido no processo, em que lhe era obrigatória a intervenção; b) quando a sentença é o efeito de colusão das partes, a fim de fraudar a lei”.

²⁸⁶ Art. 495, do Código de Processo Civil: “O direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão”.

²⁸⁷ Art. 621, do Código de Processo Penal: “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”.

²⁸⁸ Nos termos do art. 622, do Código de Processo Penal, a revisão criminal poderá ser proposta a qualquer tempo, mesmo após o falecimento do condenado. Não tendo prazo determinado para o seu ajuizamento, entende-se que o direito de requerer revisão criminal é imprescritível. “Isto porque a revisão criminal não tem por finalidade apenas o restabelecimento do *status libertatis*, mas também do *status dignitatis* daquele que foi condenado injustamente. Tem finalidade reparadora. Visa à reabilitação da memória do condenado”. QUEIJO, Maria Elisabeth. **Da revisão criminal**. Condições da ação. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 71.

brasileiro, somente às hipóteses de condenação injusta ou de erro judiciário em prejuízo da defesa²⁸⁹.

Em face da inadmissibilidade de revisão criminal *pro societate* no ordenamento jurídico pátrio, a decisão *pro reo* reveste-se de caráter de imutabilidade absoluta²⁹⁰, assistindo razão a Manzini, quando afirma que “a autoridade da coisa julgada encontra sua atuação mais completa no tocante à sentença absolutória, contra a qual não se admite revisão”²⁹¹.

Utilizando as expressões de Pimenta Bueno, que falava em coisa julgada e em coisa soberanamente julgada, pode-se afirmar que, no processo penal, as sentenças absolutórias, após o trânsito em julgado, adquirem imutabilidade absoluta, de coisa soberanamente julgada. Ao contrário, as sentenças condenatórias apresentam somente a imutabilidade da coisa julgada *comum* ou *simples*²⁹², imutabilidade relativa, podendo ser alterada a qualquer momento, seja através de *habeas corpus*, mandado de segurança, revisão criminal²⁹³ ou

²⁸⁹ “A configuração da *coisa julgada* impede um novo julgamento. Em nome da estabilidade jurídica e social, a decisão irrecurável deve ser aceita como verdadeira. Mas, se houve condenação fundada em erro ou ilegalidade, pode o condenado requerer a rescisão da sentença, pois a revisão exclui o efeito da coisa julgada. Haverá, então, um novo julgamento sobre a *mesma causa*.” MÉDICI, Sérgio de Oliveira. **Revisão criminal**. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 276.

²⁹⁰ “Os princípios que asseguram e garantem o direito de liberdade imprimem características próprias à coisa julgada penal. A imutabilidade da sentença penal é, sob certos aspectos, *secundum eventum litis*, visto que tem maior consistência e firmeza, quando se trata de decisão *pro reo*, do que nos casos em que ela é *contra reo*. [...]. As sentenças absolutórias, ao reverso do que se dá com as de condenação, encontram-se a coberto de qualquer ato rescisório ou revisional. Passando em julgado a sentença de absolvição, não há erro judiciário que torne possível, dentro das limitações objetivas e subjetivas da *res judicata*, a derrogação do pronunciamento jurisdicional em que se declarou improcedente a acusação”. MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Vol. III. 2. ed. Campinas/SP: Millennium, 2000, p. 76 e seguintes.

²⁹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Eficácia e autoridade da sentença penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 6.

²⁹² MARQUES, José Frederico. *Op. cit.*, p. 77.

²⁹³ A revisão “revela-se como garantia constitucional do condenado, por atingir a coisa julgada, igualmente protegida pela Constituição da República. E, por isso, deve a revisão ser colocada na mesma dignidade constitucional do *habeas corpus* e do mandado de segurança, instrumentos do sistema denominado *garantismo penal*”. MÉDICI, Sérgio de Oliveira. *Op. cit.*, p. 278.

pedido de unificação de penas²⁹⁴, haja vista, notadamente, os princípios do *favor rei* e *favor libertatis*.

Talvez, por isso, Nelson Hungria tenha dito que “nos altares do Direito Penal, a coisa julgada é santa de prestígio muito relativo”²⁹⁵, pelo menos em relação às sentenças condenatórias.

Há de ser registrado, entretanto, que mesmo não se admitindo, no ordenamento jurídico brasileiro, a revisão criminal *pro societate*, os juízos e tribunais pátrios entendem que as sentenças que extinguem a punibilidade pela morte do acusado, quando fundadas em certidões de óbito falsas, não geram coisa julgada material, dado serem inexistentes²⁹⁶.

Tais decisões não têm nenhum rigor metodológico ou qualquer embasamento legal, pois a extinção de punibilidade, baseada em documento falso, quando prolatada por autoridade judiciária legalmente investida na função, corresponde a *error in iudicando*, sendo, portanto, acobertada pela autoridade da coisa julgada material.

A solução, *de lege ferenda*, para essa situação pode ser buscada no direito comparado, especificamente no direito italiano, que prevê expressamente a possibilidade do exercício de

²⁹⁴ MÉDICI, Sérgio de Oliveira. **Revisão criminal**. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 212.

²⁹⁵ *Apud* VARGAS, José Cirilo. **Direitos e garantias individuais no processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 313.

²⁹⁶ “PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE AMPARADA EM CERTIDÃO DE ÓBITO FALSA. DECRETO QUE DETERMINA O DESARQUIVAMENTO DA AÇÃO PENAL. INOCORRÊNCIA DE REVISÃO PRO SOCIETATE E DE OFENSA À COISA JULGADA. FUNDAMENTAÇÃO. ART. 93, IX, DA CF. I. - A decisão que, com base em certidão de óbito falsa, julga extinta a punibilidade do réu pode ser revogada, dado que não gera coisa julgada em sentido estrito. II. - Nos colegiados, os votos que acompanham o posicionamento do relator, sem tecer novas considerações, entendem-se terem adotado a mesma fundamentação”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 84525/MG**. Rel. Min. Carlos Velloso. Brasília, DF, j. 16 nov. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 23 mar. 2006.

ação penal pelo mesmo fato, quando a extinção de punibilidade pela morte do acusado é erroneamente reconhecida²⁹⁷.

De outro lado, não há, no ordenamento processual penal, nenhum dispositivo indicando quais seriam as sentenças no processo penal, passíveis, desse modo, de serem acobertadas pela autoridade da coisa julgada material, eficácia que torna imutável e indiscutível, na mesma relação processual ou em qualquer outro eventual processo, as sentenças, quando esgotadas as possibilidades de interposição de recursos.

E quais seriam, então, as sentenças, no processo penal, recobertas pela autoridade da coisa julgada material? Apenas as que condenam ou absolvem o acusado?

Para Vicente Greco Filho, não obstante o Código de Processo Penal considerar, em sentido estrito, sentença apenas as decisões condenatórias e absolutórias, dúvida não há de que as decisões que declaram a extinção de punibilidade, reconhecem a atipicidade do fato, seja por ocasião do arquivamento de inquérito ou por rejeição da denúncia, assim como as decisões que resolvem definitivamente incidentes constituem sentenças penais de mérito; acobertadas, portanto, após o trânsito em julgado, pela autoridade da coisa julgada material²⁹⁸.

De maneira análoga, Araken de Assis defende que, no processo penal, além das sentenças absolutórias e condenatórias, adquirem a qualidade de coisa julgada material pronunciamentos não inseridos no rol dos arts. 386 e 387, do Código de Processo Penal, pois

²⁹⁷ Art. 69: “Morte dell’imputato: [...]. La sentenza non impedisce l’esercizio dell’azione penale (405) per il medesimo fatto e contro la medesima persona, qualora successivamente si accerti che la morte dell’imputato è stata erroneamente dichiarata [Morte do imputado: [...]. A sentença não impede o exercício da ação penal (405) pelo mesmo fato e contra a mesma pessoa, se posteriormente se verifique que a morte do imputado foi erroneamente declarada – tradução livre]”.

²⁹⁸ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 342-343.

o mérito não é resolvido tão-somente nas sentenças em sentido estrito, mas, também, “tocado em parte”, nas decisões definitivas²⁹⁹.

A mesma opinião é sustentada por Eugênio Pacelli de Oliveira, para quem qualquer decisão com referência à ausência de atipicidade ou à ocorrência de causas extintivas de punibilidade importa em sentença definitiva, portanto, imutável, após o trânsito em julgado, por tratar-se de coisa julgada material.

E justifica:

A decisão acerca da atipicidade implica a conclusão no sentido de não haver qualquer sanção a ser imposta em relação ao fato narrado, negando-se, desde logo, a condenação pleiteada.

Assim, nenhum outro órgão do Judiciário poderá rever aquela decisão, se já passada em julgado, diante da impossibilidade de se proceder a qualquer alteração na nova ação penal, no que diz respeito ao fato narrado.

Trata-se, portanto, de coisa julgada tipicamente material, de modo a impedir a reapreciação da matéria em todo e qualquer processo, presente ou futuro. A decisão será, pois, de mérito.

O mesmo ocorrerá em relação à decisão que extingue a punibilidade do delito, pela ocorrência da prescrição ou qualquer das outras causas previstas em lei. Embora não haja aqui apreciação do mérito, ou seja, embora, em regra, não se examine a ocorrência efetiva do fato, nem se o réu seria realmente seu autor, tal decisão estará *solucionando* a pretensão penal, no ponto em que afirma expressamente a ausência de interesse estatal na punibilidade do delito, ainda que acaso existente³⁰⁰.

Observa-se, por conseguinte, que, no processo penal, todas as decisões que emitem, de maneira integral ou parcial, juízo de valor acerca da existência de um fato, de quem seja seu autor e a respectiva valoração jurídico-penal desse fato, por resolverem o mérito³⁰¹,

²⁹⁹ “No Código de Processo Penal, os atos decisórios se classificam em três categorias: sentenças, decisões e despachos. Na primeira classe de resoluções, entram as sentenças absolutórias, subdivididas em próprias e impróprias, e condenatórias; na segunda, as decisões interlocutórias simples, mistas ou com força de definitivas – subdivididas em terminativas e não-terminativas – e definitivas; e, na última classe, se localizam, *tout court*, os despachos. O mérito é resolvido nas sentenças e tocado em parte nas decisões definitivas.” ASSIS, Araken de. **Eficácia civil da sentença penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 199.

³⁰⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 515-516.

³⁰¹ Eugênio de Pacelli de Oliveira bem sintetiza o conceito de mérito no processo penal: “o mérito da ação penal diz respeito ao conteúdo material da pretensão punitiva, é dizer: as razões pelas quais se espera a condenação do acusado e a correspondente aplicação das sanções penais. Fala-se em conteúdo material porque a matéria nele contida é de direito penal e não processual. Seriam, pois, repetimos, as questões atinentes à existência de um fato (a chamada materialidade), a identificação de sua autoria, e o juízo de valor ou de adequação

constituem sentenças com força de coisa julgada material. Além dessas, também impedem a reabertura de múltiplos, ou simultâneos, processos, as decisões que declaram a extinção de punibilidade, haja vista o reconhecimento da inexistência de justa causa para a persecução penal³⁰².

Quanto à impossibilidade de se proceder à nova ação penal, nas hipóteses de inquérito policial arquivado por atipicidade penal do fato narrado, a jurisprudência das cortes superiores brasileiras é iterativa:

[...]. Não se revela cabível a reabertura das investigações penais, quando o arquivamento do respectivo inquérito policial tenha sido determinado por magistrado, a pedido do Ministério Público, em virtude da atipicidade penal do fato sob apuração, hipótese em que a decisão judicial - porque definitiva - revestir-se-á de eficácia preclusiva e obstativa de ulterior instauração da “*persecutio criminis*”, mesmo que a peça acusatória busque apoiar-se em novos elementos probatórios. Inaplicabilidade, em tal situação, do art. 18 do CPP e da Súmula 524/STF. Doutrina. Precedentes³⁰³.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DESCAMINHO. ARQUIVAMENTO. INQUÉRITO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REAVALIAÇÃO DO TRIBUTO. OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. COISA JULGADA MATERIAL. RECURSO PROVIDO.

jurídico-penal que se realiza sobre aquele fato”. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 515.

³⁰² “HABEAS CORPUS - PROCEDIMENTO PENAL - RECONHECIMENTO DE QUE SE CONSUMOU, NA ESPÉCIE, A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO - PEDIDO, NESSE SENTIDO, FORMULADO PELO PRÓPRIO MINISTÉRIO PÚBLICO - IMPOSSIBILIDADE DE O “PARQUET”, POR INTERMÉDIO DE NOVO REPRESENTANTE E MEDIANTE REINTERPRETAÇÃO E NOVA QUALIFICAÇÃO DOS MESMOS FATOS, CHEGAR A CONCLUSÃO DIVERSA DAQUELA QUE MOTIVOU O SEU ANTERIOR PEDIDO DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE - SITUAÇÃO QUE IMPEDE O PROSSEGUIMENTO DA PERSECUÇÃO PENAL - PEDIDO DEFERIDO. - O arquivamento judicial do inquérito ou das peças que consubstanciam a “notitia criminis”, quando requerido pelo Ministério Público, por ausência ou insuficiência de elementos informativos, não afasta a possibilidade de aplicação do que dispõe o art. 18 do CPP, hipótese em que, havendo notícia de provas substancialmente novas (Súmula 524/STF - RTJ 91/831), legitimar-se-á a reabertura das investigações penais (RTJ 106/1108 - RTJ 134/720 - RT 570/429 - Inq 1.947/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). - Inexistirá, contudo, essa possibilidade, se o Poder Judiciário, ao reconhecer consumada a prescrição penal, houver declarado extinta a punibilidade do indiciado/denunciado, pois, em tal caso, esse ato decisório revestir-se-á da autoridade da coisa julgada em sentido material, inviabilizando, em conseqüência, o ulterior ajuizamento (ou prosseguimento) de ação penal contra aquele já beneficiado por tal decisão, ainda que o Ministério Público, agindo por intermédio de novo representante e mediante reinterpretação e nova qualificação dos mesmos fatos, chegue a conclusão diversa daquela que motivou o seu anterior pleito de extinção da punibilidade. Precedentes”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 84.253/RO**. 2ª Turma. Acórdão. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 26 out 2004; un. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 30 jun 2006.

³⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 84.156-2/MT**. 2ª Turma. Acórdão. Relator: Ministro Celso de Mello. 26 out. 2004; un. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 02 fev 2006.

1. O trancamento por atipicidade do fato, baseado na aplicação do princípio da insignificância, considerando um dado valor, que, posteriormente, se descobre equivocado, obsta a reabertura da ação e o oferecimento da denúncia.
2. A decisão que determina o arquivamento de inquérito policial, por atipicidade da conduta, tem força de coisa julgada material.
3. Recurso provido para determinar o trancamento da ação penal³⁰⁴.

Não se deve esquecer, também, que as decisões previstas na Lei dos Juizados Especiais [9.099/95], nos arts. 74, 76 e 89, quais sejam, respectivamente, as sentenças de composição dos danos civis entre o autor do fato e a vítima, as que aplicam pena restritiva de direitos ou multa, desde que haja o integral cumprimento da transação, e as que declaram a extinção de punibilidade pelo decurso do prazo de suspensão do processo, sem revogação, são acobertadas pela autoridade da coisa julgada material.

Relativamente aos elementos que identificam a similitude de ações, no processo penal, circunscrevem-se, subjetivamente, à identidade do acusado, ou seja, ao pólo passivo da demanda, e, objetivamente, à identidade do fato, não se havendo de exigir, para sua caracterização, os elementos elencados no art. 301, § 2º, do Código de Processo Civil, a saber, identidade de partes, causa de pedir e de pedido.

Como bem registra Vicente Greco Filho,

Não é porque a ação foi promovida mediante queixa que poderá, posteriormente, ser promovida mediante denúncia, se ocorreu absolvição, ainda que a legitimação correta fosse do Ministério Público. [...]. O que importa para a coisa julgada, portanto, é o pólo passivo, a pessoa do réu em face de determinado fato, observando-se, porém, que o que é relevante é a identidade física do acusado, e não o seu nome ou identidade formal³⁰⁵.

³⁰⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso de Habeas Corpus nº 18.099/SC**. 6ª Turma. Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Brasília, DF, 07 mar. 2006. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 30 jun. 2006.

³⁰⁵ “Quanto aos limites subjetivos da coisa julgada, no processo penal é irrelevante o pólo ativo. [...]. O que importa para a coisa julgada, portanto, é o pólo passivo, a pessoa do réu em face de determinado fato, observando-se, porém, que o que é relevante é a identidade física do acusado, e não o seu nome ou identidade formal.” GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 346.

Outro atributo particular da coisa julgada, no processo penal, diz respeito ao âmbito da sentença sobre o qual recai a autoridade da coisa julgada: se apenas à parte dispositiva ou se também se estende aos motivos do *decisum*.

Conforme observado no Capítulo anterior, item 2, p. 71-72, em direção ao provimento final do processo, o juiz se depara, além do pedido, com uma série de pontos relevantes, de direito e de fato, alegados ou não pelas partes, chamadas *questões de mérito*, antecedentes lógicos do julgamento da causa, que “terão sede nos motivos” e constituirão os fundamentos da decisão.

Por isso é que a cognição deve ser estabelecida não apenas sobre o objeto litigioso, mas também sobre todas as demais questões de mérito.

Nos termos do art. 469, do Código de Processo Civil, somente a parte dispositiva da sentença reveste-se da autoridade de coisa julgada material e, assim, os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance do dispositivo sentencial, não fazem coisa julgada.

Todavia, os motivos do ato decisório penal, no que diz respeito às sentenças absolutórias, se revestem da autoridade da coisa julgada material, uma vez que, nos termos do art. 386, do Código de Processo Penal, é obrigatória a inclusão, na parte dispositiva da sentença, da causa da absolvição³⁰⁶³⁰⁷.

³⁰⁶ CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 310.

³⁰⁷ “[...] Complementando o expandido, se a sentença absolutória tivesse apenas reflexos penais, não precisaria o legislador impor-lhe um elenco de seis opções a serem escolhidas da forma mais apropriada ao caso concreto. Insista-se: se com qualquer fundamento absolutório o efeito penal será sempre o mesmo, vale dizer, a improcedência da acusação, resta evidente que o poliformismo normativo dos vários incisos do art. 386, do Código de Processo Penal tem escopo unicamente extrapenal. Com efeito, se no âmbito penal ele é indiferente, sua etiologia e teleologia têm razões logicamente extrapenais.” MORAES, Maurício Zanoide. **Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 361.

Além disso, os arts. 65 e 66, do Código de Processo Penal³⁰⁸, atribuem relevância aos fundamentos da absolvição, visto que proclamam a existência de coisa julgada no cível, quando a sentença penal reconhecer que o fato foi praticado sob uma excludente de ilicitude ou quando declarar, categoricamente, a inexistência material do fato.

Por outro lado, o art. 935, do Código Civil, preceitua que “a responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”.

Constata-se, conseqüentemente, da leitura dos supramencionados dispositivos legais, que os motivos da sentença absolutória são recobertos pela autoridade da coisa julgada material, não se limitando apenas à parte dispositiva, mas à fundamentação substancial da sentença.

Esclarece Liebman, ao analisar dispositivos do Código de Processo Penal italiano, de 1930, relacionados à matéria, com redação semelhante ao brasileiro, que a autoridade do julgado penal recai sobre questões de fato e de direito, não se circunscrevendo ao “pronunciamento do juiz penal sobre a lide, ou – se assim se preferir – sobre o objeto do processo, mas sim à sua decisão sobre algumas das premissas lógicas do pronunciamento”³⁰⁹.

³⁰⁸ Art. 65: “Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”.
Art. 66: “Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato”.
Art. 67: “Não impedirão igualmente a propositura da ação civil: I – o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação; II – a decisão que julgar extinta a punibilidade; III – a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime”.

³⁰⁹ “Através de um dispositivo que não encontra precedentes precisos na história nem no direito comparado, o art. 28 regula ‘a autoridade do julgado penal em outros juízos civis ou administrativos’, isto é, diversos daquele atinente à reparação do dano; e estabelece que a sentença penal irrevogável tem autoridade de coisa julgada no juízo civil ou administrativo ‘quando neste se controverta em torno de um direito cujo reconhecimento dependa da declaração dos *factos materiais* que foram objeto do juízo penal’: ou seja, que a declaração em torno desses fatos é vinculante para o juiz civil ou administrativo, quando os mesmos fatos sejam relevantes na controvérsia que ele é chamado a julgar.” E adiante: “[...] A autoridade do julgado penal não respeita ao pronunciamento do juiz penal sobre a lide, ou – se assim se preferir – sobre o objeto do processo, mas sim à sua decisão sobre algumas das premissas lógicas do pronunciamento. Por isso, concluindo com relação a esse ponto, trata-se de eficácia bastante semelhante à reflexa, porque se produz em um processo que tem objeto diverso, operando para a composição de uma lide diversa, mas que se distingue

Ada Pellegrini Grinover também admite a extensão da coisa julgada penal aos motivos do *decisum*, em razão da lei processual penal atribuir eficácia vinculante às apreciações de fato contidas na sentença penal³¹⁰.

No mesmo sentido, Araken de Assis acentua que se

[...] Revela indispensável focalizar a fundamentação da sentença penal absolutória, no exame do assunto aqui versado, pois aos arts. 65, 66 e 67 não basta o singelo juízo de improcedência da ação penal. Eles reclamam a identificação precisa do fundamento sentencial. E como respeitar na demanda reparatoria a legítima defesa, porventura, adotada na sentença penal e vinculante pelo [fundamento] do art. 65 do Cód. de Proc. Penal, se não investigando as razões do ato decisório? Em geral, o dispositivo da sentença, no qual, segundo o art. 386, *caput*, se mencionará a causa da absolvição, propiciará indício plausível; em vários casos, no entanto, a simples menção ao inciso do art. 386, *caput*, não mostrará, plenamente, o verdadeiro fundamento do ato.

Em certa oportunidade, a 2ª Turma do STJ negou o efeito pretendido pelo réu – reintegração do servidor no cargo –, porque embora calçado o dispositivo da sentença absolutória no inciso I do art. 386, baseara-se, essencialmente, em insuficiência das provas (inciso VI).

Essa profunda roçadura no terreno da motivação, muito além, portanto, da área restrita e cômoda do dispositivo, importa, colateralmente, recobrir os motivos da absolvição com a roupagem destinada à própria repercussão cível da sentença³¹¹.

Há de ser destacado, por fim, que o art. 386, do Código de Processo Penal, não esgota os pronunciamentos penais dotados de repercussão *ad extra*. As sentenças definitivas, “figuras de mérito intercalares entre as eficácias preponderantes condenatória (art. 387) e declaratórias (art. 386)”³¹², tais como as concessivas de perdão judicial, as declaratórias de extinção de punibilidade pela pena *in concreto* – prescrição retroativa e intercorrente – e os atos judiciais que arquivam o inquérito ou peças de informação, desde que reconheçam,

daquela normalmente tomada em consideração pela lei e pela doutrina, porquanto, não se refere à decisão da lide, mas sim a algumas questões da mesma lide, ou seja, a algumas questões que constituíram os antecedentes lógicos do verdadeiro pronunciamento”. LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Traduzido por Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 260-267.

³¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Eficácia e autoridade da sentença penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 46.

³¹¹ ASSIS, Araken de. **Eficácia civil da sentença penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 101.

³¹² *Ibidem*, p. 112.

explicitamente, a autoria e a existência material do fato imputado, tornam-se indiscutíveis, tanto no processo penal, como em eventual ação indenizatória pelos mesmos fatos.

3 EFEITOS

Para Guasp, os estudos acerca do objeto do processo manifestam-se, consideravelmente, na explicação dos efeitos da coisa julgada. Nesse sentido, entende que a coisa julgada consiste na impossibilidade de que seja (re)formulada uma pretensão já decidida – aspecto negativo da coisa julgada – ou que se decida uma pretensão processual resolvida em processo anterior, de forma diversa ao já decidido – aspecto positivo da coisa julgada³¹³.

Em outras palavras, “a coisa julgada contém, dois elementos: um, negativo, [...], que é a proibição de renovação da mesma ação; outro, positivo, que é a proibição de ação contrária”³¹⁴ ao decidido na sentença trânsita em julgado³¹⁵, sendo vedado ao juiz contraditar, no todo, ou em parte, a resolução da sentença antecedente.

Com maestria, esclarece Fenech:

A função positiva consiste na vinculação a que se encontra submetido o Tribunal que conhece dos processos posteriores de emitir uma decisão idêntica à emitida no primeiro processo, ou seja, de resolver o objeto do processo de forma igual aquela que foi resolvida por um Tribunal anteriormente. A doutrina romanística construiu esse efeito de coisa julgada como uma presunção de verdade – *res iudicata per veritate habetur* -. Deduzida em um processo uma determinada pretensão, apoiada em determinados fatos, bastaria a qualquer das partes provar que se havia decidido anteriormente sobre o deferimento ou denegação da pretensão, para que o Tribunal tivesse que aceder a concedê-la ou denegá-la e deveria ter por verdadeiros os fatos

³¹³ GUASP DELGADO, Jaime. **La pretensión procesal**. Madrid: Civitas, 1981, p. 95-96.

³¹⁴ TESHEINER, José Maria. **Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 79.

³¹⁵ Os efeitos próprios da autoridade da coisa julgada são: um positivo-coercitivo – *actio iudicati* -, e outro negativo, excludente de reexame – *exceptio rei iudicate*. MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**. Tomo IV. Tradução de Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951, p. 522.

em que a pretensão se apoiasse. Ou seja, que poderia resumir-se esse efeito como ‘*no*’ [a negação de] duas decisões distintas acerca de um mesmo objeto processual. Ao contrário, a função negativa da coisa julgada opera de outro modo, que no processo penal pode condensar-se na fórmula *ne bis in idem*, que pode interpretar-se como ‘*ne*’ [a proibição de] dois processos com o mesmo objeto. Ou seja, já não se trata que um Tribunal posterior deva ter por verdade o julgado e deva decidir em idêntico sentido, senão que nem sequer possa emitir sua decisão quando o objeto foi sentenciado anteriormente (tradução livre)³¹⁶.

É corrente a afirmação de que a coisa julgada penal produz, unicamente, o efeito excludente de reexame dos mesmos fatos, em processos ulteriores, conhecido como efeito, ou função, negativa, não ocorrendo a obrigação de que outros juízos reconheçam a função positiva da coisa julgada penal, a ponto de haver vinculação ao conteúdo do *decisum* anterior.

Dentro dessa perspectiva, cita-se Gómez Orbaneja, para quem, no processo penal, a coisa julgada comporta apenas o efeito negativo, ou seja, exclui, como impedimento processual, um segundo processo, por fatos já julgados relacionados à mesma pessoa; porém não determina prejudicialmente, em qualquer situação, o conteúdo da segunda sentença³¹⁷.

Nesses termos, resta patente a ausência de eficácia prejudicial, ou efeito negativo, da coisa julgada penal, em relação a delitos conexos cometidos por vários acusados e também nas hipóteses de diversos crimes cometidos por uma única pessoa, conquanto, ainda, de acordo com Gómez Orbaneja,

³¹⁶ “La función positiva consiste en la vinculación a que se halla sometido el Tribunal que conoce de los procesos posteriores de emitir un fallo idéntico al emitido en el primer proceso, o sea, de resolver el objeto del proceso de modo igual a aquel en que fué resuelto por un Tribunal con anterioridad. La doctrina romanística construyó este efecto de cosa juzgada como una presunción de verdad – *res iudicata por veritate habetur* -. Deducida en un proceso una determinada pretensión, apoyada en unos hechos, bastaría a cualquiera de las partes probar que se había resuelto con anterioridad sobre la actuación o denegación de la pretensión, para que el Tribunal tuviera que acceder a actuarla o denegarla y debiera tener por verdaderos los hechos en que la pretensión se apoyara. O sea, que podría resumirse este efecto como *no dos resoluciones distintas de un mismo objeto procesal*. Por el contrario, la función negativa de la cosa juzgada obra de otro modo, que en el proceso penal puede condensarse en la fórmula *ne bis in idem*, que puede interpretarse como *ne dos procesos con el mismo objeto*. O sea, que no se trata ya que un Tribunal posterior deba tener por verdad lo juzgado y deba fallar en idéntico sentido, sino que ni siquiera pueda emitir su fallo cuando el objeto ha sido resuelto con anterioridad”. FENECH, Miguel. **Derecho procesal penal**. V. II. Madrid: Editorial Labor S.A, 1952, p. 529.

³¹⁷ ORBANEJA, Gómez *apud* CATENA, Victor Moreno (dir.). **El proceso penal**. Doctrina, jurisprudencia y formularios. V. III. Valencia: Tirant lo blanch, 2000, p. 2448-2449.

A coisa julgada da primeira sentença não abarca os fatos independentes não compreendidos no complexo de fato (em seu sentido ‘histórico’: identidade do fato...) que forma o objeto do processo em que se houver se dado. E ainda mais: é indiferente [...] o que a valoração jurídica do fato julgado possa influir na do fato pendente de julgamento... (como) ocorre, por exemplo, quando o fato constitutivo de um dos delitos cometido como meio para perpetrar o outro, vier considerado pela lei penal como circunstância agravante deste (tradução livre)³¹⁸.

Entretanto, recusar, por completo, o efeito positivo da coisa julgada penal não é a solução mais adequada. A questão encontra-se intimamente ligada à fundamentação da sentença, especificamente aos chamados casos amplexivos da coisa julgada, aqueles nos quais a autoridade da coisa julgada material recai sobre os motivos do *decisum*, conforme analisado no item precedente³¹⁹.

Por isso, afirma Manzini que constitui um caso de eficácia prejudicial da sentença, a hipótese de absolvição, assim como de extinção de punibilidade, desde que haja o reconhecimento de uma causa objetiva³²⁰, como, por exemplo, a declaração de inexistência material do fato ou a ocorrência do lapso prescricional.

Partilham da mesma opinião, Bellavista e Tranchina que afirmam constituir

³¹⁸ “La cosa juzgada de la primera sentencia no abarca los hechos independientes no comprendidos en el complejo de hecho (en su sentido ‘histórico’: identidad del hecho...) que forme el objeto del proceso en que se haya dictado. Y más aún: es indiferente – siempre en palabras del autor precitado – el que la valoración jurídica del hecho juzgado pueda influir en la del hecho pendiente de juicio... (como) ocurre, por ejemplo, cuando el hecho constitutivo de uno de los delitos, cometido como medio para perpetrar el otro, venga considerado por la ley penal como circunstancia agravante de éste”. ORBANEJA, Gómez *apud* DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. **Sobre la cosa juzgada**. Civil, contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del tribunal constitucional. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1991, p. 161.

³¹⁹ Os motivos do ato decisório penal, no que diz respeito às sentenças absolutórias, se revestem da autoridade da coisa julgada material, uma vez que, nos termos do art. 386, do Código de Processo Penal, é obrigatória a inclusão, na parte dispositiva da sentença, da causa da absolvição. Ademais, os arts. 65 e 66, do Código de Processo Penal, atribuem relevância aos fundamentos da absolvição, uma vez que proclamam a existência de coisa julgada no cível, quando a sentença penal reconhecer que o fato foi praticado sob uma excludente de ilicitude ou quando declarar, categoricamente, a inexistência material do fato. Por outro lado, o art. 935, do Código Civil, preceitua que “a responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”. Dessa forma, conforme afirmado na Parte II, Capítulo II, item 2, deste estudo, os motivos da sentença absolutória são recobertos pela autoridade da coisa julgada material, não se limitando apenas à parte dispositiva, mas à fundamentação substancial da sentença.

³²⁰ MANZINI, Vincenzo *apud* DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Op. cit.*, p. 162.

[...] Um caso de eficácia prejudicial o da sentença que declara a extinção do delito por uma causa objetiva [...], porque a sentença que declarar a existência de uma causa objetiva de extinção do delito, por exemplo, a prescrição, implicitamente diz que cessou, obviamente em relação a todos que tenham participado do delito, os motivos para a sujeição ao *ius puniendi* (tradução livre)³²¹³²².

Mesmo não admitindo o efeito positivo da coisa julgada no processo penal, Ada Pellegrini Grinover admite a existência de vinculação do *decisum* a outros juízos, em algumas hipóteses, a saber:

Não se desconhece que em determinados casos a declaração prejudicial tem como objeto um fato (material ou jurídico) e não um efeito jurídico e que nessas hipóteses excepcionais o julgado que se forma em relação adquire todas as características de um julgado sobre a *fatispécie* ou sobre um elemento da *fatispécie*. Estamos-nos referindo à eficácia “anormal”³²³ da coisa julgada penal, à qual se referiu Liebman, aludindo a eficácia vinculante atribuída aos juízos de fato contidos na sentença penal, com relação ao juízo civil ou administrativo, todas as vezes que, nestes processos, se controverte a respeito de uma relação cujo reconhecimento depende da declaração dos fatos materiais que foram objeto do juízo penal³²⁴.

³²¹ “[...] Afirman que constituiría un caso de eficacia prejudicial el de la sentencia que declara la extinción del delito por una causa objetiva [...] porque la sentencia que declare la existencia de una causa objetiva de extinción del delito, por ejemplo, la prescripción, implicitamente dice que han cesado, obviamente respecto a cualquiera que haya participado en el delito, los motivos para la sujeción al *ius puniendi*”. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. **Sobre la cosa juzgada**. Civil, contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del tribunal constitucional. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1991, p. 162.

³²² También Teresa Armenta Deu: “A los más elementales criterios de la razón jurídica repugna aceptar la firmeza de distintas resoluciones judiciales en virtud de las cuales resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron, o que una misma persona fue su autor o no lo fue. Esta circunstancia puede presentarse con relativa frecuencia en los supuestos de accidentes de tráfico en los que no se ejercita la acción civil de responsabilidad. Establecido en la sentencia penal, por ejemplo, que el conductor no se detuvo ante un semáforo en rojo, el Juez civil que conozca de la reclamación por daños y perjuicios deberá partir de ese hecho como cierto [“Aos mais elementares critérios da razão jurídica repugna aceitar a firmeza de distintas resoluções judiciais em virtude das quais resultar que uns mesmos fatos aconteceram e não aconteceram, ou que uma mesma pessoa foi seu autor ou não foi. Essa circunstância pode apresentar-se com relativa frequência em certos acidentes de trânsito nos quais não se exercita a ação cível de responsabilidade. Estabelecido na sentença penal, por exemplo, que o motorista não parou diante um sinal fechado, o Juiz cível que conhecer da reclamação por perdas e danos deverá partir desse fato como verdadeiro – tradução livre]”. ARMENTA DEU, Tereza. **Lecciones de derecho procesal penal**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 311.

³²³ Sobre a eficácia “anormal” da coisa julgada penal, Liebman, ao discorrer sobre a eficácia direta da coisa julgada, disse: “Cuida-se – escreve CARNELUTTI – de uma eficácia direta *ultra parte* ou, antes, *ultra rem*: o julgamento penal vale “*erga omnes*”, não só para estabelecer a existência do crime, mas também a existência de fatos acertados pela declaração do crime”. Aqui também, embora concordando com essas afirmações, deveria repetir as reservas que acabo de fazer sobre a dificuldade de se incluir essa particular figura na definição da eficácia direta, seja como for, o que mais importa é que nesse art. 28, ainda mais nitidamente dos que os anteriormente considerados, encontramos estabelecida a extensão dos limites objetivos do julgado, o qual teria como objeto a declaração dos diversos fatos que foram objeto do conhecimento do juiz penal”. LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 265.

³²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Eficácia e autoridade da sentença penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 22.

Constata-se, portanto, que, não obstante abalizadas opiniões em sentido contrário, é inegável o efeito positivo da coisa julgada penal, quanto às decisões que atestam a existência do fato imputado, reconheçam a autoria ou declaram a extinção da punibilidade, desde que fundadas em motivos objetivos, que não sejam de caráter pessoal³²⁵, uma vez que, por produzirem eficácia *ad extra*, obrigam os juízes, em futuras demandas, a reconhecer o conteúdo do primeiro julgado, em tais aspectos.

Com efeito, sobre o espectro de influência da coisa julgada penal, no ordenamento jurídico brasileiro, Araken de Assis registra que:

Em, princípio, três dispositivos do Código de Processo Penal indicam as hipóteses em que a sentença penal absolutória adquire eficácia *ad extra*: o art. 65 proclama, em alto e bom som, a existência da “coisa julgada no cível”, quando a sentença penal reconhecer estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito; o art. 66 desimpede a propositura da ação reparatoria se, absolvido o réu, a sentença penal, “categoricamente”, não admitir a inexistência material do fato; e, por fim, o art. 67 aponta o arquivamento do inquérito ou das peças de informação (inc. I), a decisão que julga extinta a punibilidade (inc. II) e a sentença que nega a condição de crime ao fato (inc. III) como situações inidôneas para obstar o desenvolvimento proveitoso da demanda reparatoria.

E, desde o advento do art. 63 do Cód. de Proc. Penal, nesse campo convive, limitadamente, o art. 1.525, segunda parte, do Cód. Civil [art. 935, do Código Civil vigente], que proíbe a rediscussão da *existência do fato e da autoria*, quando estas questões se acharem decididas no crime³²⁶.

No tocante à função negativa da coisa julgada, corresponde à proibição, ao impedimento de qualquer repetição de processo e julgamento sobre aquilo que já foi decidido. Efetivamente, identificada a coisa julgada com os atributos da imutabilidade, da definitividade e da intangibilidade, infere-se a que seu efeito negativo, na seara penal,

³²⁵ O art. 580, do Código de Processo Penal, prescreve que, em caso de concurso de agentes, a decisão do recurso interposto por um dos acusados, desde que fundado em motivos de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos demais. Para Ada Pellegrini Grinover, trata-se de extensão subjetiva do efeito devolutivo da apelação. In GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 158.

³²⁶ ASSIS, Araken de. **Eficácia civil da sentença penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 99.

corresponde à proibição de julgamento, mais de uma vez, pelos mesmos fatos, consagrada na fórmula *ne bis in idem*.

O princípio *ne bis in idem*, ou *bis de eadem re sit actio*, representa um dos efeitos inerentes à força preclusiva da autoridade da coisa julgada – *exceptio rei iudicatae* –, significando não apenas a inadmissibilidade de reabertura da relação processual resolvida, mas, principalmente, a vedação de qualquer outro procedimento sobre o objeto do processo transitado em julgado. A violação da força preclusiva própria da autoridade da coisa julgada, implica na nulidade da sentença que haja decidido, novamente, matéria já julgada.

Identificado o efeito negativo da coisa julgada, no processo penal, com o princípio *ne bis in idem*³²⁷, reserva-se seu estudo para a Parte III, Capítulos II e III - p. 155 e seguintes -, desta dissertação, onde serão analisados os elementos que compõem a inadmissibilidade de múltipla persecução penal pelos mesmos fatos.

4 LIMITES

Como visto, transitada em julgado a *res iudicium deducta*, forma-se a *res iudicata*, ou coisa julgada material, a qual se projetará, em face de sua imutabilidade, sobre a relação material decidida.

Mas, no aspecto subjetivo, a quem se estende essa imutabilidade?

³²⁷ “Goldschmidt via exatamente na proibição do *ne bis in idem* o efeito típico da coisa julgada penal”, o qual impede, radicalmente, duplicidade de julgamentos sobre os mesmos fatos. GRINOVER, Ada Pellegrini. **Eficácia e autoridade da sentença penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 15-16. Da mesma forma, Carnelutti entendia que a proibição do *bis in idem* expressava a concepção da eficácia preclusiva da coisa julgada, no processo penal. CARNELUTTI, Francesco. **Lecciones sobre el proceso penal**. Vol. IV. Tradução por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Bosch & Cia, [s.d], p. 81.

O Código de Processo Civil, ao tratar dos limites subjetivos da coisa julgada, estabelece, em seu art. 472, que “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros”. O Código de Processo Penal é omissivo em relação à matéria. Assim, em princípio, pela aplicação analógica³²⁸ da regra do processo civil, somente os participantes do processo penal ficam acobertados pela autoridade da coisa julgada material.

Na lição de Liebman, há de se fazer distinção entre eficácia natural da sentença, que atua em relação a todos - *erga omnes* -, como qualquer ato jurídico, e autoridade da coisa julgada, que tem validade, exclusivamente, *inter partes*. Por isso é que a indiscutibilidade da sentença ocorre apenas para as partes; terceiros, eventualmente atingidos pela eficácia direta – própria – do *decisum*, podem, novamente, discutir as questões julgadas.

A imutabilidade da sentença penal ocorre, portanto, apenas em relação aos acusados, que validamente integraram a relação processual, podendo ser ajuizadas outras ações penais, pelos mesmos fatos, contra pessoas não compreendidas no primeiro processo.

A limitação da coisa julgada às partes apresenta-se como opositora ao *stare decisis*, típico dos países da *common law*, obedecendo a razões técnicas ligadas à própria estrutura positivista do ordenamento jurídico pátrio, onde a coisa julgada tem, dentre os seus escopos, o de evitar a incompatibilidade prática entre os comandos, e não o de evitar decisões inconciliáveis no plano lógico³²⁹, “sem olvidar a iniquidade de que seria revestida a sentença,

³²⁸ O art. 3º, do Código de Processo Penal, admite a interpretação extensiva e a aplicação analógica, bem como o suplemente dos princípios gerais de direito.

³²⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Eficácia e autoridade da sentença penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 12.

caso prejudicasse terceiro a que não houvesse possibilitado o contraditório e a ampla defesa, usados na formação da convicção do magistrado”³³⁰.

Todavia, à semelhança do que ocorre com as ações coletivas, onde há extensão benéfica da coisa julgada a terceiros³³¹, sem que se alegue ofensa ao contraditório e à ampla defesa, Araken de Assis entende que a indiscutibilidade acerca da existência material do fato e de quem seja o seu autor, de que trata o art. 935, do Código Civil, pode ser estendida às vítimas, em eventuais ações indenizatórias.

Defende que, em tais hipóteses, o transporte da coisa julgada *ultra partes* não traz qualquer prejuízo às garantias do processo, uma vez que, na ação penal, foi concedido ao acusado todas as oportunidades de impugnação ao fato a si imputado, e a vítima, mesmo não havendo integrado a relação processual, poderá aproveitar, na ação reparatória, duas questões decididas no juízo criminal: a existência do fato e de quem seja o seu autor, incontestáveis por força do supracitado dispositivo legal.

E, adiante, esclarece que:

O transporte, *in utilibus*, da coisa julgada material ocorre em vários casos, a par da baldeação do resultado da ação penal, e denota o exercício da chamada função positiva da coisa julgada. Essa transferência abrange eficácia direta do julgado e não atinge, nocivamente, os limites subjetivos da coisa julgada. Objeto do transporte é o juízo positivo no tocante à autoria e à existência material do fato ilícito, nada impedindo que elementos factuais se tornem indiscutíveis em virtude de declaração judicial. Também os motivos do ato decisório penal se revelam passíveis de blindagem a discussões ulteriores³³².

³³⁰ MEDEIROS, Morton Luiz Faria de. Perfil da coisa julgada no processo penal. **Revista do Instituto de pesquisas e estudos**. Bauru: Instituição Toledo de Ensino, 2000, p. 280.

³³¹ “O art. 103 do Cód. do Consumidor prevê a extensão, benéfica a terceiros, do julgado de ação coletiva, que, graças a semelhante técnica, repercutirá, proveitosamente, nas ações individuais porventura suspensas no prazo do art. 104, *fine*. Emprega o Código aludido expediente, idêntico quanto à sentença penal condenatória, ou seja, permite o aproveitamento, *secundum eventum litis*, da autoridade da sentença repressiva (art. 103, §§ 3º e 4º, do Cód. do Consumidor”. ASSIS, Araken de. **Eficácia civil da sentença penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 163.

³³² *Ibidem*, p. 199.

Analisada a dimensão subjetiva da coisa julgada, resta, agora, discorrer sobre sua abrangência objetiva. Para Luiz Guilherme Marinoni, a “coisa julgada agrega-se à declaração contida na sentença, para torná-la imutável e indiscutível. Em sendo assim, o que fica exatamente abrangido pela coisa julgada?”³³³

Nos termos do art. 110, § 2º, do Código de Processo Penal, os limites objetivos da coisa julgada penal, circunscrevem-se ao fato principal que tiver sido objeto da sentença. Destarte, para se falar em coisa julgada, faz-se necessário que verse o processo, cuja invalidação é requerida, sobre o fato principal anteriormente julgado, referindo-se tal análise a interpretação que se deve atribuir ao termo *idem*, encartado na proibição do *ne bis in idem*.

Qual seria, então, a extensão ou significado da expressão *fato principal*? *Fato principal* seria o fato descrito na denúncia ou queixa, ou seria o fato enquanto realidade histórica, conduta naturalística do agente³³⁴, ainda que não trazido integralmente para o processo?

A seguir, especificamente nas p. 157-173, serão devidamente analisadas todas essas indagações, cerne essencial da discussão acerca da aplicação do princípio *ne bis in idem*, e, conseqüentemente, dos elementos identificadores da coisa julgada no processo penal: identidade do sujeito passivo, ou imputado, e identidade do fato.

³³³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 624.

³³⁴ CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 310.

PARTE III

O PRINCÍPIO *NE BIS IN IDEM*

CAPÍTULO I – ORIGEM E EVOLUÇÃO

1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

O aforismo “bis de eadem re ne sit actio”, que também se manifesta por “bis de eadem re agere non licet”, podendo ser reduzido à locução “ne bis in idem”, expressa a proibição de ajuizamento e/ou julgamento de um segundo processo, pelos mesmos fatos. Como dizia Savigny, o princípio *ne bis in idem* assegura que “a coisa que obtivemos em virtude de uma ação, não pode ser reclamada uma segunda vez através de uma nova ação” (tradução livre)³³⁵.

A doutrina e a jurisprudência costumam utilizar, sem qualquer distinção, as expressões *ne bis in idem* e *non bis in idem*, sendo essa última denominação equivocada,

[...] Porque as primeiras referências que nos permitem situar a origem aplicativa do princípio recolhem na sua formulação a partícula <<*ne*>> em lugar de <<*non*>>;

³³⁵ “La cosa que hemos obtenido en virtud de una acción, no puede ser reclamada por segunda vez a través de una acción nova”. LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. **Acumulación de sanciones penales y administrativas**. Sentido y alcance del principio *ne bis in idem*. Barcelona: Bosch, 1998, p. 35-37.

concretamente a citação de Quintiliano <<*solet et illud quaeri, quo referatur, quod scriptum est: 'bis de eadem re ne sit actio' id este, hoc 'bis' ad actores an ad actionem*>>. Dentro dessa construção, a conjunção <<*ne*>> desempenha uma função completiva, que requer a presença de um verbo impeditivo ou de proibição implícito na frase (tradução livre)³³⁶.

Da mesma forma, Mariano Bertelotti defende o uso da locução *ne bis in idem*, uma vez que

[...] O advérbio de negação simples *non* se emprega para negar um fato real (assim, por exemplo, *non venit*: “não veio”). Ao contrário, *ne* se usa em proibições ou desejos (v. gr., *ne eas*: “não vá”), resultando adequado, portanto, seu uso na linguagem prescritiva de textos jurídicos (assim, em matéria processual penal, *ne procedat iudex ex officio, ne est iudex ultra petita, etcétera*) (tradução livre)³³⁷.

Opta-se, por conseguinte, pela formulação do princípio com a partícula *ne*, por ser essa a expressão adequada a textos jurídicos, de caráter impositivo, como o estudado na presente dissertação.

³³⁶ “[...] Porque las primeras referencias que nos permiten situar el origen aplicativo del principio recogen en su formulación la partícula <<*ne*>> en lugar de <<*non*>>; concretamente la cita de Quintiliano <<*solet et illud quaeri, quo referatur, quod scriptum est: 'bis de eadem re ne sit actio' id este, hoc 'bis' ad actores an ad actionem*>>. Dentro de esta construcción, la conjunción <<*ne*>> desempeña una función completiva, que requiere la presencia de un verbo de impedir o de prohibición implícito en la frase”. E continua: “Conforme a esta función, la frase tendría el significado de que <<también se suele preguntar, para establecer la cuestión, sobre la Ley que así se formula: <<que el proceso no sea dos veces por la misma causa <<si este <<dos veces <<se refiere a los oradores (actores-acusadores) o al proceso>>. A partir de aquí es posible suponer que la frecuencia con que se ha utilizado la máxima fue provocando un efecto de síntesis en su redacción, excluyendo algunos de los elementos que la conformaban inicialmente, como la <<*re*>> o <<*actio*>>, e incluso el propio verbo ser, en ocasiones prescindible, lo que provocó que, paulatinamente, el término <<*bis*>> fuera concentrando la atención de la frase, de ahí que la partícula tienda a negarlo directamente. Podemos deducir que la formulación sincrética del principio *ne bis in idem* se conforma como el resultado de esta evolución, que afecta básicamente a su denominación, y no así a su contenido [Conforme essa função, a frase teria o significado de que <<também se costuma perguntar, para estabelecer a questão, sobre a Lei que assim se formula: <<que o processo não seja duas vezes pela mesma causa <<se este <<duas vezes <<se refere aos oradores (atores-acusadores) ou ao processo>>. A partir daqui é possível supor que a frequência com que a máxima foi utilizada foi provocando um efeito de síntese na sua redação, excluindo alguns dos elementos que a conformavam inicialmente, como a <<*re*>> ou <<*actio*>>, e inclusive o próprio verbo ser, em ocasiões prescindíveis, o que provocou que, paulatinamente, o termo <<*bis*>> fosse concentrando a atenção da frase, dali que a partícula tenda a negá-lo diretamente. Podemos deduzir que a formulação sincrética do princípio *ne bis in idem* se conforma como o resultado desta evolução, que afeta basicamente a sua denominação, e não assim ao seu conteúdo – tradução livre]”. LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. **Acumulación de sanciones penales y administrativas**. Sentido y alcance del principio *ne bis in idem*. Barcelona: Bosch, 1998, p. 35.

³³⁷ “[...] El adverbio de negación simple *non* se emplea para negar un hecho real (así, por ejemplo, *non venit*: “no vino”). En cambio, *ne* se usa en prohibiciones o deseos (v. gr., *ne eas*: “no vayas”), resultando adecuado, por ende, su uso en el lenguaje prescriptivo de textos jurídicos (así, en materia procesal penal, *ne procedat iudex ex officio, ne est iudex ultra petita, etcétera*). HENDLER, Edmund S. (comp.). **Las garantías penales y procesales**. Enfoque histórico-comparado. Buenos Aires: Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho – Universidad de Buenos Aires, 2001, p. 106.

Constitui tarefa impossível delimitar o momento exato do surgimento do princípio *ne bis in idem*³³⁸. Para a grande maioria da doutrina, sua origem liga-se ao direito romano, tendo surgido como consequência lógica do instituto da coisa julgada, derivado do caráter preclusivo do processo, a partir da fase denominada *litis contestatio*, utilizada para solucionar eventual concorrência de ações. No entanto, alguns autores defendem que o princípio *ne bis in idem* originou-se no direito grego, na arte da *Retórica dos Áticos*³³⁹.

Aproximadamente entre os anos 123-122 antes de Cristo, no direito romano imperial, o princípio *ne bis in idem* foi consagrado na *Lex Repetundarum*, onde se fixou que a sentença poria fim ao processo, não se admitindo nova ação pelos mesmos fatos. Informa Mariano Bertelotti que a irrevogabilidade do *decisum* se mantinha, ainda que fundado em erro, desde que cumpridos os requisitos formais da sentença³⁴⁰. Contudo, deve ser anotado que o procedimento do *Repetundem* era eminentemente civil, não tendo atingido especial relevância na esfera penal³⁴¹.

Haja vista a grande influência do direito romano sobre a Igreja, o princípio *ne bis in idem*, mesmo após a queda do Império Romano, manteve-se da forma originariamente concebido, até o início do século XIII, período no qual surgiu um novo tipo de processo: o inquisitivo.

Durante o período dos sistemas inquisitivos, o princípio *ne bis in idem* não teve qualquer eficácia prática, pois, dentre suas características, era reconhecida a busca da verdade

³³⁸ LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. **Acumulación de sanciones penales y administrativas**. Sentido y alcance del principio *ne bis in idem*. Barcelona: Bosch, 1998, p. 35.

³³⁹ *Ibidem*, p. 38.

³⁴⁰ HENDLER, Edmund S. (comp.). **Las garantías penales y procesales**. Enfoque histórico-comparado. Buenos Aires: Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho – Universidad de Buenos Aires, 2001, p. 109.

³⁴¹ BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. **El principio non bis in idem**. Cuardenos Luis Jiménez de Asúa, n. 19. Madrid: Dykinson, 2004, p. 15.

material, a qualquer custo. Nesse tipo de processo, o juiz não decidia apenas sobre os fatos imputados, fundamentando sua decisão em sua própria investigação, de forma que, em não havendo provas suficientes, finalizava-se o processo, “provisoriamente absolvendo na instância³⁴², reservando-se em caso de dúvida a possibilidade de reabrir uma nova investigação” (tradução livre)³⁴³.

Ademais, com a mitigação da coisa julgada, não se reconhecia a aplicação do *ne bis in idem*, quando a primeira sentença tivesse sido prolatada por jurisdição diversa, como, por exemplo, por tribunal estrangeiro. Ao mesmo tempo, como as absolvições se produziam “*stantibus rebus*, a prática [...] admitia uma segunda volta pela mesma causa sempre que se produzisse o conhecimento de novos fatos que não houvessem sido levados em consideração no processo anterior” (tradução livre)³⁴⁴.

Com o advento da Revolução Francesa, representando a consolidação do princípio da secularização³⁴⁵, as sentenças penais deixaram de ter validade parcial, havendo o princípio *ne bis in idem*, em respeito à coisa julgada, sido alçado a nível constitucional, no art. 9º, da Constituição Francesa de 1791. Da mesma forma, o *Code des d’elits et des peines*, conhecido como o Código de Brumário, e o *Code d’Instruction Criminelle*, de 1808, reconheceram expressamente os efeitos do princípio *ne bis in idem*³⁴⁶.

³⁴² Conforme, percebe-se, a expressão “absolución de la instancia” correspondia às absolvições por ausência de prova suficiente para a condenação.

³⁴³ “Provisionalmente absolviendo en la instancia, reservándose en caso de duda la posibilidad de reabrir una nueva investigación”. LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. **Acumulación de sanciones penales y administrativas**. Sentido y alcance del principio *ne bis in idem*. Barcelona: Bosch, 1998, p. 59.

³⁴⁴ “La práctica [...] admitía una segunda vuelta por la misma causa siempre que se produjera el conocimiento de nuevos hechos que no hubiesen sido tenidos en cuenta en el proceso anterior”. *Ibidem*, p. 58.

³⁴⁵ Secularização é um termo utilizado para definir os processos pelos quais a sociedade produziu uma cisão entre a cultura eclesiástica e as doutrinas filosóficas (laicização). CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo. **Aplicação da pena e garantismo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 5.

³⁴⁶ LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. *Op. cit.*, p. 59.

Finalizando a evolução histórica do princípio em comento, um fato bastante significativo foi o seu reconhecimento jurídico, em 1887, através da 5ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, onde se preconizou que ninguém será julgado duas vezes pela mesma ofensa³⁴⁷ - *[n]or shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb*³⁴⁸ ou, mais resumidamente, *double jeopardy*³⁴⁹.

2 PROTEÇÃO INTERNACIONAL

O século XX foi marcado por um transcendente processo de reconhecimento internacional dos direitos humanos, através de diversos instrumentos, consagrando, expressamente, dentre outros princípios, o *ne bis in idem*, como forma de garantir segurança jurídica diante das diversas formas de intervenção estatal.

Por outro lado, considerando que a criminalidade moderna conseguiu ultrapassar os limites territoriais dos estados, afetando, ao mesmo tempo, diversos países e interesses supranacionais, passou-se a exigir um mínimo de garantias para o acusado, no sentido de não ser novamente submetido à persecução penal, principalmente em outro país. Ademais, como assinala Schermers, resulta mais prático e mais econômico, concentrar todo o processo

³⁴⁷ ROCHA, Lincoln Magalhães da. **A Constituição americana**. Dois séculos de direito comparado. Rio de Janeiro: Edições trabalhistas, [s.d.], p. 64.

³⁴⁸ “É uma velha fórmula transmitida desde os tempos em que os castigos sangüinários eram frequentes; mas o que ela significa é que ninguém será submetido a processo pela segunda vez, e pela mesma culpa, desde que já haja sido julgado e condenado, ou absolvido.” COOLEY, Thomas M. **Princípios gerais de direito constitucional nos Estados Unidos da América**. Campinas/SP: Russel, 2002, p. 287.

³⁴⁹ “Although the Fifty Amendment speaks of ‘jeopardy of life or limb’, double jeopardy protection is not limited to serious criminal offenses. This safeguard is available in all criminal proceedings, including those brought in juvenile court and in misdemeanor trials where nothing more than a fine is authorized [embora a Quinta Emenda fale em ‘perigo de vida ou de perder alguns dos membros’, a proteção do risco duplo [*double jeopardy*] não é limitada a crimes graves. Essa garantia é aplicável a todos os procedimentos penais, incluindo aqueles instaurados em corte juvenil e em processos de contravenção, onde nada mais que uma multa é aplicada – tradução livre]”. KANOVITZ, Jacqueline R. **Double jeopardy**. [...], p. 459.

relacionado a uma mesma conduta, em um único juízo, evitando contradições entre as várias ações que, eventualmente, seriam ajuizadas em distintos países, pela mesma conduta³⁵⁰.

Essas são algumas das razões que levaram o princípio *ne bis in idem* a ser reconhecido como um princípio geral de direito internacional, tendo o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, outorgado-lhe o caráter de princípio universal, ao estabelecer em seu art. 14.7 que “ninguém poderá ser julgado ou punido novamente por um delito pelo qual já tenha sido absolvido ou condenado por sentença transitada em julgado, de acordo com a lei e o processo penal de cada país”.

Apesar da redação original do Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, subscrito em 1950, não ter incluído qualquer declaração que reconhecesse o princípio *ne bis in idem*, o art. 4.1, do Protocolo 7, datado de 1984, introduziu, nesse documento, a garantia da inadmissibilidade de múltipla persecução penal pelos mesmos fatos, ao reproduzir, basicamente, a fórmula utilizada pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos³⁵¹.

Ainda no âmbito europeu, a Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen (CASS), em seu art. 54, dispunha que:

Aquele que tenha sido definitivamente julgado por um tribunal de uma parte contratante não pode, pelos mesmos factos, ser submetido a uma acção judicial intentada por uma outra parte contratante, desde que, em caso de condenação, a sanção tenha sido cumprida ou esteja actualmente em curso de execução ou não possa já ser executada, segundo a legislação da parte contratante em que a decisão de condenação foi proferida.

³⁵⁰ LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. **Acumulación de sanciones penales y administrativas**. Sentido y alcance del principio *ne bis in idem*. Barcelona: Bosch, 1998, p. 79.

³⁵¹ Ninguém pode ser penalmente julgado ou punido pelas jurisdições do mesmo Estado por motivo de uma infração pela qual já foi absolvido ou condenado por sentença definitiva, em conformidade com a lei e o processo penal desse Estado. BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. **El principio non bis in idem**. Cuardenos Luis Jiménez de Asúa, n. 19. Madrid: Dykinson, 2004, p. 19.

Entretanto, o Conselho da União Europeia, através de *decisão-quadro* (2003/C 100/12), revogou os arts. 54 a 58, da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen (CASS), tendo assim disciplinado o princípio *ne bis in idem*:

Direito a não ser demandado ou condenado duas vezes pela mesma infracção penal

1. Quem, em consequência da prática de uma infracção penal, tiver sido demandado e definitivamente julgado num Estado-Membro em conformidade com o direito penal e o processo penal desse Estado, não pode, pelos mesmos factos, ser demandado num outro Estado-Membro se já tiver sido absolvido ou, se condenado, a pena tiver sido cumprida, estiver a ser cumprida ou já não possa ser executada, em conformidade com a lei do Estado-Membro do processo³⁵².

Por sua vez, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, no art. 50, estabelece o “direito a não ser julgado ou punido penalmente mais do que uma vez pelo mesmo delito”, nos seguintes termos: “Ninguém pode ser julgado ou punido penalmente por um delito do qual já tenha sido absolvido ou pelo qual já tenha sido condenado na União por sentença transitada em julgado”.

O Estatuto de Roma, do Tribunal Penal Internacional, em seu art. 20.1, prescreve que, “salvo disposição contrária do presente Estatuto, nenhuma pessoa poderá ser julgada pelo Tribunal por atos constitutivos de crimes pelos quais este já a tenha condenado ou absolvido”.

Quanto aos instrumentos do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, o mais importante é a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, assinada em San José, Costa Rica, em 1969, tendo entrado em vigor em 1978. Nela, foi reconhecido o princípio *ne bis in idem*, no art. 8.4, nos seguintes termos: “O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”.

Como inicialmente observado, em conformidade com a série de tratados acima mencionados, constata-se que o princípio *ne bis in idem* é amplamente reconhecido no cenário internacional, tendo sua aplicação voltada não somente “verticalmente”, ou seja, em nível

³⁵² Jornal Oficial da União Europeia, de 26 abr. 2003. **EurLex**. Disponível em: <<http://www.europa.eu.int/smartapi/cgi/>>. Acesso em: 09 mar. 2006.

nacional, mas também “horizontalmente” - em nível transnacional -, vinculando os juízes e tribunais, de diferentes estados-membros dos organismos internacionais, à proibição da múltipla persecução pelos mesmos fatos.

3 *NE BIS IN IDEM* EM DIVERSOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS

A despeito de sua origem remontar ao direito romano, os textos legislativos não faziam qualquer referência ao princípio *ne bis in idem*, podendo-se afirmar que, com algumas exceções, somente a partir do século XX, especialmente após a garantia internacional assegurada ao princípio, os países, progressivamente, passaram a incorporá-lo aos seus textos legislativos.

Diferentemente da grande maioria dos países, nos Estados Unidos da América, encontra-se registro da cláusula do *double jeopardy*, desde 1641, no art. 42, do Massachusetts Body of Liberties, que assim dispunha: “Nenhum homem será mais de uma vez condenado pela justiça local quanto ao mesmo crime, ofensa ou transgressão” (tradução livre)³⁵³.

No entanto, sem embargo de existir previsão ao princípio *ne bis in idem*, desde o século XVII, a proibição do *double jeopardy* tem, em grande parte das constituições dos estados norte-americanos, seu campo de aplicação bastante restrito, pois somente incide sobre acusações formais processadas em tribunais absolutamente competentes, sendo excluída nas hipóteses de *concorrência de competências* entre a União e os estados federados, uma vez que

³⁵³ “No man shall be twice sentenced by Civill Justice for one the same crime, offence or trespasse”. GARCIA, Alfredo. **The fifth amendment**. A comprehensive approach. Westport: Greenwood press, 2002, p. 27.

a Suprema Corte Norte-Americana entende que *uma mesma ação ilícita pode afetar mais de uma soberania, podendo ser punida por todas elas*³⁵⁴.

Nesse sentido, o julgamento de *Bartkus v. Illinois*, 359 U.S. 121:

[...] O réu roubou um banco segurado federalmente em Illinois. Ele foi absolvido da acusação federal do roubo ao banco e foi então processado na justiça estadual pelo mesmo assalto ao banco. A Suprema Corte sustentou que o estado e o governo federal são diferentes soberanias com diferentes interesses para proteger e que, por consequência, cada um pode processar separadamente do outro independentemente da sobreposição na condução ou elementos previstos por lei (tradução livre)³⁵⁵.

Na Alemanha, o princípio *ne bis in idem* é reconhecido tanto através de normas legais - §§ 263 e 264 StPO e arts. 5º e 37 StGB -, como na Lei Fundamental de 1949, que, em seu art. 103, III, declarou que *ninguém pode ser perseguido penalmente várias vezes pelos mesmos fatos*³⁵⁶.

Prepondera a concepção do *ne bis in idem* como um instituto de natureza dúplice, projetando-se, numa vertente, como direito fundamental da defesa frente ao Estado, correspondendo, por outro lado, à garantia processual da coisa julgada³⁵⁷.

Há divergências, quanto aos limites do art. 103, III, da Lei Fundamental, entendendo, grande parte da doutrina alemã, que o alcance do princípio *ne bis in idem* relaciona-se ao âmbito penal, notadamente aos limites da coisa julgada, impedindo apenas a dupla valoração ou a reabertura de novo procedimento no juízo penal. Em oposição a essa postura, alguns

³⁵⁴ LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. **Acumulación de sanciones penales y administrativas**. Sentido y alcance del principio *ne bis in idem*. Barcelona: Bosch, 1998, p. 146.

³⁵⁵ “The defendant robbed a federally insured bank in Illinois. He was acquitted of federal bank robbery charge and was then prosecuted in state court for the same bank robbery. The Supreme Court held that the state and federal government are different sovereigns with different interests to protect and that, therefore, each can prosecute separately from the other regardless of the overlap in conduct or statutory elements”. THOMAS, George C. **Double jeopardy**. The History, the law. New York: New York University Press Books, 1998, p. 03.

³⁵⁶ LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. *Op. cit.*, p. 97.

³⁵⁷ *Ibidem*, p. 98.

doutrinadores defendem que, tendo em vista o caráter de direito fundamental do *ne bis in idem*, seus efeitos estendem-se a todo o ordenamento jurídico sancionador³⁵⁸.

No direito italiano, é incontestável o acolhimento ao princípio *ne bis in idem*, em suas vertentes processual e material. O efeito preclusivo processual do princípio, *como causa de improcedibilidade de nova ação penal*³⁵⁹, foi reconhecido no art. 435, do Código de Processo Penal de 1913, e no art. 90, do Código de 1930, encontrando-se, atualmente, previsto no arts. 649 e 669, do Código de 1988, com a seguinte redação:

649 Proibição de um segundo julgamento

1. O imputado absolvido ou condenado com sentença ou decreto penal tornados irrevogáveis não pode ser novamente submetido a procedimento penal pelo mesmo fato, mesmo se este for considerado diferentemente pelo título, pelo grau ou pelas circunstâncias, salvo pelo disposto nos artigos 69 inciso 2 e 345.

2. Se não obstante for novamente iniciado procedimento penal, o juiz em cada situação e grau do processo pronuncia sentença de absolvição ou de arquivamento enunciando a causa no dispositivo.

[...].

669 Pluralidade de sentenças para o mesmo fato contra a mesma pessoa

1. Se outras sentenças de condenação tornadas irrevogáveis foram pronunciadas contra a mesma pessoa pelo mesmo fato, o juiz ordena a execução da sentença com a qual se pronunciou a condenação menos grave, revogando as outras (disp. do art. 193).

2. Quando as penas infligidas forem diferentes, o interessado pode indicar a sentença que deve ser cumprida. Se o interessado não se valer de tal faculdade antes da decisão do juiz da execução, aplicam-se as disposições dos incisos 3 e 4 (tradução livre).³⁶⁰

³⁵⁸ LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. **Acumulación de sanciones penales y administrativas**. Sentido y alcance del principio *ne bis in idem*. Barcelona: Bosch, 1998, p. 104-105.

³⁵⁹ Sentença de 16 dez. 1987, do Tribunal de Cassação Penal Italiano *apud ibidem*, p. 114.

³⁶⁰ “649 Divieto di un secondo giudizio. 1. L'imputato proscioltto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze, salvo quanto disposto dagli artt. 69 comma 2 e 345. 2. Se ciò nonostante viene di nuovo iniziato procedimento penale, il giudice in ogni stato e grado del processo pronuncia sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere, enunciandone la causa nel dispositivo. [...]. 669 Pluralità di sentenze per il medesimo fatto contro la stessa persona. 1. Se più sentenze di condanna divenute irrevocabili sono state pronunciate contro la stessa persona per il medesimo fatto, il giudice ordina l'esecuzione de la sentenza con cui se pronunciò la condanna meno grave, revocando le altre (disp. di att 193). 2. Quando le pene irrogate sono diverse, l'interessato può indicare la sentenza che deve essere eseguita. Se l'interessato non si avvale di tale facoltà prima della decisione del giudice dell'esecuzione, si applicano le disposizioni dei commi 3 e 4”. CARNELUTTI, Francesco. **As funções do processo penal**. Campinas: Apta, 2004, p. 560 e 569.

Rivello, ao comentar o art. 649, do Código de Processo Penal italiano, afirma que o texto legal constitui uma expressão do princípio da consunção do objeto do processo. Daí, a proibição de um segundo processo pelos mesmos fatos, embora diversas a capitulação ou as circunstâncias³⁶¹.

Em relação ao direito português, o princípio *ne bis in idem* tem *status* constitucional, estando previsto, expressamente, no art. 29º, 5, da Constituição da República Portuguesa, que assim dispõe: “Ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime”.

Como anota Canotilho, o clássico princípio *ne bis in idem*,

Como *direito subjectivo fundamental*, garante ao cidadão o direito de não ser julgado mais que uma vez pelo mesmo facto, conferindo-lhe, ao mesmo tempo, a possibilidade de se defender, contra actos estatais violadores deste direito... A constituição proíbe rigorosamente o duplo julgamento e não a dupla penalização, mas parece óbvio que a proibição do duplo julgamento pretende evitar a aplicação renovada de sanções jurídico-penais pela prática do mesmo crime³⁶².

Quanto ao sistema francês, o art. 368, do *Code de Procédure Pénale*, impõe que uma mesma pessoa não pode ser processada duas vezes pela mesma infração. Stefani-Levasseur considera o princípio *ne bis in idem* o veículo máximo da expressão da coisa julgada, no âmbito penal, consagrado desde a Constituição de 1789 - Todo homem absolvido por um júri legal, não pode mais ser processado, nem acusado em razão do mesmo fato (tradução livre)³⁶³.

Entretanto, não obstante a regulação expressa, para León Villalba, o carácter garantista que deve informar o princípio *ne bis in idem*, é bastante diluído no direito francês,

³⁶¹ LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. **Acumulación de sanciones penales y administrativas**. Sentido y alcance del principio *ne bis in idem*. Barcelona: Bosch, 1998, p. 117.

³⁶² CANOTILHO, J. J. Gomes *apud* CARVALHO, Américo A. Taipa de. **Sucessão de leis penais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 222.

³⁶³ “Tout homme acquitté par un jury légal, ne peut plus être repris, ni accusé a raison du même fait”. LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. *Op. cit.*, p. 129.

preponderando, nesse ordenamento, o entendimento de que a garantia da inadmissibilidade de múltipla persecução pelos mesmos fatos é de aplicação restrita ao âmbito penal³⁶⁴.

Apesar da Constituição espanhola e a legislação processual desse país não preverem, expressamente, o princípio em comento, o Tribunal Constitucional da Espanha já reconheceu, em diversas oportunidades, ser a proibição de múltipla persecução, pelos mesmos fatos, “um direito fundamental do cidadão frente ao uso ilimitado do poder sancionador estatal” (tradução livre)³⁶⁵.

Por outro lado, a doutrina entende que os arts. 662.2 e 678, da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, ao regulamentarem o instituto da coisa julgada no processo penal, disciplinam, implicitamente, o *ne bis in idem*, por ser aquela um dos principais efeitos processuais derivados do princípio em análise³⁶⁶.

Sobre a proibição de mais de um processo com o mesmo objeto processual, no direito espanhol, Mercedes Pérez Manzano assinala que

[...] O direito de não ser submetido a um duplo procedimento se configura em torno das seguintes características. Em primeiro lugar, a proibição de duplo procedimento se vincula ao direito à tutela judicial efetiva e com a denominada <<coisa julgada material>>, cuja proteção no marco deste direito se afirma. Em particular, declara-se conectado com o <<direito a que as decisões judiciais alcancem a eficácia própria que o ordenamento lhes reconhece>>, isto é, o direito a <<que as decisões judiciais se executem em seus próprios termos>> e, como derivado disto, o direito <<em relação à firmeza dessas mesmas decisões e à intangibilidade das situações jurídicas nelas declaradas>>.

Em segundo lugar, a proibição de duplo processo impede o início de um novo procedimento, pois isso menoscabaria a tutela judicial dispensada na decisão anterior, salvo nos casos do recurso de revisão (tradução livre)³⁶⁷.

³⁶⁴ LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. **Acumulación de sanciones penales y administrativas**. Sentido y alcance del principio *ne bis in idem*. Barcelona: Bosch, 1998, p. 129.

³⁶⁵ “Un derecho fundamental del ciudadano frente al uso ilimitado del poder sancionador estatal”. PÉREZ MANZANO, Mercedes. **La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 19.

³⁶⁶ LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. *Op. cit.*, p. 160.

³⁶⁷ “[...] El derecho a no ser sometido a un doble procedimiento se configura en torno a las siguientes características. En primer término, la prohibición de doble procedimiento se vincula con el derecho a la tutela judicial efectiva y con la denominada <<cosa juzgada material>>, cuya protección en el marco de este derecho se afirma. En particular, se declara conectado con el <<derecho a que las resoluciones judiciales

Na Dinamarca, o § 65.4 StGB regulamenta o princípio *ne bis in idem*, impedindo a reabertura de novo processo por fatos já julgados. León Villalba faz ferrenha crítica ao sistema dinamarquês, no qual não se admite a múltipla persecução referente apenas a fatos julgados pelos tribunais internos, permitindo-se novos processos por fatos julgados por tribunais estrangeiros.

Consigna, ainda, que

O efeito consumtivo da ação dá-se, unicamente, naquelas hipóteses em que restar demonstrada a identidade total do fato. O problema reside em que, tradicionalmente, o conceito <<idem>> veio determinado pela qualificação jurídica da conduta cometida, o que deu cobertura num grande número de ocasiões à diversidade de qualificações e, portanto, à possibilidade de acumulação real (tradução livre)³⁶⁸.

No direito holandês, o princípio *ne bis in idem* se encontra plenamente assentado, tanto que seu Código Penal, no art. 68, proíbe a duplicidade de processo, de forma que, com exceção da possibilidade de revisão *pro reo*, *ninguém poderá ser processado novamente por um fato julgado num processo transitado em julgado*³⁶⁹.

A despeito da Constituição Nacional da Argentina não mencionar expressamente, o princípio em tela, a doutrina e os tribunais desse país, com fundamento no art. 28 do texto constitucional, entendem que o *ne bis in idem* corresponde a uma das garantias processuais

alcancen la eficacia propia que el ordenamiento les reconoce>>, esto es, el derecho a <<que las resoluciones judiciales se ejecuten en sus propios términos>> y, como derivado de ello, el derecho <<al respeto a la firmeza de esas mismas resoluciones y a la intangibilidad de las situaciones jurídicas en ellas declaradas>>. En segundo término, la prohibición de doble proceso impide el *inicio* de un nuevo procedimiento, pues ello menoscabaría la tutela judicial dispensada en la resolución anterior, salvo en los casos del recurso de revisión [...]”. PÉREZ MANZANO, Mercedes. **La prohibición constitucional de incurrir en bis is idem**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 31.

³⁶⁸ “El efecto consumtivo de la acción se da, únicamente, en aquellos supuestos en que quede demostrada la identidad total del hecho. El problema reside en que, tradicionalmente, el concepto <<idem>> ha venido determinado por la calificación jurídica de la conducta cometida, lo que ha dado cobertura en un gran número de ocasiones a la diversidad de cualificación y, por tanto, a la posibilidad de acumulación real”. LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. **Acumulación de sanciones penales y administrativas**. Sentido y alcance del principio *ne bis in idem*. Barcelona: Bosch, 1998, p. 138.

³⁶⁹ *Ibidem*, p. 141.

não enumeradas, de cunho constitucional³⁷⁰, em consequência da adoção do “sistema republicano e Estado de direito”³⁷¹.

Ao contrário, as constituições de diversas províncias argentinas e os seus respectivos códigos de processo penal regulamentam o princípio *ne bis in idem*, com redações variadas, destacando-se, dentre elas:

Córdoba, 7; La Rioja, 27: “Ninguém pode ser processado judicialmente mais de uma vez pelo mesmo delito, nem sob pretexto algum poderão suscitar-se de novo pleitos fenecidos por sentença transitada em julgado”.

Buenos Aires, 25; Salta 28: “... nem será processada duas vezes por um mesmo delito”; Mendoza, 26: “ninguém pode ser... processado duas vezes por um mesmo fato”; [...];

Pese o silêncio constitucional, o direito nacional tampouco foi estranho à garantia, pois o C.P.P. nacional, 7, expressou-a: “Ninguém pode ser processado nem castigado senão uma só vez pela mesma infração”.

Da mesma maneira, os códigos de procedimento penal modernos aludiram ao princípio sob o título expresso de “*garantía constitucional*”.

C.P.P. Córdoba, 1: ... nem processado penalmente mais de uma vez pelo mesmo fato, embora se modifique sua qualificação legal ou se afirmem novas circunstâncias.

C.P.P. La Rioja, 2: ... nem processado ou castigado mais de uma vez pela mesma infração; C.P.P. La Pampa, 1: ... nem processado nem penado mais de uma vez pelo mesmo fato (tradução livre)³⁷².

O recente Código de Processo Penal da Colômbia, em seu art. 19, assim define o princípio *ne bis in idem*:

³⁷⁰ NÚÑEZ, Ricardo (dir.). El significado y alcance de algunas reglas de garantía vinculadas al derecho procesal penal. **Doctrina penal**. Teoría y práctica en las Ciencias Penales, año 12, n. 45 a 48. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1989, p. 136.

³⁷¹ NÚÑEZ, Ricardo (dir.). Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple (*ne bis in idem*). **Doctrina penal**. Teoría y práctica en las ciencias penales, año 9, n. 33 a 36. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1986, p. 416.

³⁷² “Córdoba, 7; La Rioja, 27: “Nadie puede ser perseguido judicialmente más una vez por el mismo delito, ni bajo pretexto alguno podrán suscitarse de nuevo pleitos fenecidos por sentencia ejecutoriada”. Buenos Aires, 25; Salta 28: “... ni será encausada dos veces por un mismo delito”; Mendoza, 26: “nadie puede ser... encausado dos veces por un mismo hecho”; [...]; Pese al silencio constitucional, el derecho nacional tampoco ha sido extraño a la garantía, pues el C.P.P. nacional, 7, la expresó: “Nadie puede ser procesado ni castigado sino una sola vez por la misma infracción”. De la misma manera, los códigos de procedimiento penal modernos aludieron al principio bajo el título expreso de “*garantía constitucional*”. C.P.P. Córdoba, 1: ... ni perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho, aunque se modifique su calificación legal o se afirmen nuevas circunstancias. C.P.P. La Rioja, 2: ... ni procesado o castigado más de una vez por la misma infracción; C.P.P. La Pampa, 1: ... ni procesado ni penado más una vez por el mismo hecho”. *Ibidem*, p. 417-418.

A pessoa cuja situação jurídica tenha sido definida por sentença transitada em julgado ou providência que tenha a mesma força vinculante, não será submetida a novo procedimento pela mesma conduta, embora a este se dê uma denominação jurídica distinta (tradução livre)³⁷³.

Essas são algumas das manifestações do princípio *ne bis in idem* em diferentes ordenamentos jurídicos estrangeiros, restando patente a heterogeneidade dos termos que compõem seu enunciado, tais como, *mesmo crime*, *mesmos fatos*, *mesma conduta*, o que, sem sombra de dúvidas, acarreta graves problemas de interpretação e aplicação prática.

4 *NE BIS IN IDEM* NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: GARANTIA CONSTITUCIONAL

A proibição de múltipla persecução penal pelos mesmos fatos deriva dos princípios básicos do Estado democrático de direito, especialmente, do princípio da segurança jurídica, no sentido da impossibilidade de renovação de valoração ou julgamento de questão definitivamente resolvida³⁷⁴, assim como em razão do reconhecimento da dignidade da pessoa humana³⁷⁵ e da tutela incessante da liberdade jurídica de todos os cidadãos, a qual limita a pretensão punitiva estatal.

³⁷³ “La persona cuya situación jurídica haya sido definida por sentencia ejecutoriada o providencia que tenga la misma fuerza vinculante, no será sometida a una nueva actuación por la misma conducta, aunque a ésta se le dé una denominación jurídica distinta”. SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. **El debido proceso penal**. 2. ed. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 179.

³⁷⁴ PÉREZ MANZANO, Mercedes. **La prohibición constitucional de incurrir en *bis is idem***. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 72.

³⁷⁵ “O valor da dignidade, como fundamento constitucional, impõe-se como um núcleo básico e informador do ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valorização a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional”. Por isso é que os direitos fundamentais têm como assento material o valor da pessoa humana. SILVA, Larissa Dias Magalhães. **A implementação dos tratados internacionais de direitos humanos na Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 13 mar. 2006.

Inspirado nesses ideais, o legislador brasileiro ratificou o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), havendo o governo brasileiro depositado as cartas de adesão, correspondentes a tais tratados, em 24 de janeiro de 1992 e 25 de setembro de 1992, respectivamente.

Tendo em vista a incorporação de referidos tratados internacionais ao direito interno, questiona-se, no plano da hierarquia das fontes jurídicas, se a proibição de múltipla persecução penal pelos mesmos fatos teria, explicitamente, *status* de norma constitucional ou se, ao contrário, seria uma garantia implícita, decorrente do princípio do devido processo legal.

No que diz respeito à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, destaca-se a lúcida posição capitaneada por Antônio Augusto Cançado Trindade e Flávia Piovesan, no sentido de atribuir-lhes uma hierarquia especial e diferenciada, de norma constitucional³⁷⁶, por ser essa a interpretação que outorga primazia aos direitos basilares do homem³⁷⁷.

Com efeito, essa posição advém do disposto no § 2º, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, o qual, *a contrario sensu*, incluiu no rol dos direitos e garantias protegidos

³⁷⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos**. Fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 631. GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 160-161.

³⁷⁷ “É também a lição de ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO SCARANCE FERNANDES e ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO, para os quais, todas as garantias processuais penais da Convenção Americana sobre Direitos Humanos ‘integram, hoje, o sistema constitucional brasileiro, tendo o mesmo nível hierárquico das normas inscritas na Lei Maior’ [grifo nosso]. A Prof.^a ADA PELLEGRINI, a esse propósito, bem leciona: ‘... a partir de 6.11.92, com a promulgação do Decreto n. 678, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil, passou a integrar o ordenamento pátrio. E as normas de garantia da Convenção guardam, no plano interno, o mesmo nível hierárquico das regras do artigo 5º da Constituição, porquanto, nos termos de seu § 2º, ‘os direitos e garantias expressos nessa Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais de que a República do Brasil seja parte.’ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito internacional**. Tratados e direitos humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001, p. 46.

constitucionalmente os decorrentes de tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte, assim como do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais referentes a direitos e garantias fundamentais.

Daí, ser corrente a afirmação de que o constituinte de 1988 adotou um sistema aberto, ou de cláusula aberta, de direitos fundamentais, o qual, segundo Jorge Miranda,

Aponta para um sentido material de direitos fundamentais: estes não são apenas os que as normas formalmente constitucionais enunciem; são ou podem ser também direitos provenientes de outras fontes, na perspectiva mais ampla da Constituição material. Não se depara, pois, no texto constitucional um elenco taxativo de direitos fundamentais. Pelo contrário, a enumeração é uma enumeração *aberta*, sempre pronta a ser preenchida ou completada através de outros direitos ou, quanto a cada direito, através de novas faculdades para além daquelas que se encontram definidas ou especificadas em cada momento³⁷⁸³⁷⁹.

Por outro lado, defender esse entendimento em nada afeta a soberania estatal, pois, como registra Pedro Dallari,

À medida em que os Estados assumem compromissos mútuos em convenções internacionais, que diminuem a competência discricionária de cada contratante, eles *restringem* sua soberania e isto constitui uma tendência do constitucionalismo contemporâneo, que aponta a prevalência da perspectiva monista internacionalista para a regência da relação entre o direito interno e direito internacional³⁸⁰.

No entanto, a tendência das cortes brasileiras, sobre o assunto, representa um verdadeiro retrocesso em matéria de direito público internacional, tendo o Supremo Tribunal

³⁷⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito internacional**. Tratados e direitos humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira. Rio de Janeiro: América Jurídica, p. 43.

³⁷⁹ Sobre o assunto, Canotilho afirma que: “As constituições, embora continuem a ser pontos de legitimação, legitimidade e consenso auto-centrados numa comunidade estadualmente organizada, devem abrir-se progressivamente a uma rede cooperativa de metanormas (‘estratégias internacionais’, ‘pressões concertadas’) e de normas oriundas de outros ‘centros’ transnacionais e infranacionais (regionais e locais) ou de ordens institucionais intermediárias (‘associações internacionais’, ‘programas internacionais’). A globalização internacional dos problemas (‘direitos humanos’, ‘proteção de recursos’, ‘ambiente’) aí está a demonstrar que, se a ‘constituição jurídica do centro estadual’, territorialmente delimitado, continua a ser uma carta de identidade política e cultural e uma mediação normativa necessária de estruturas básicas de justiça de um Estado-Nação, cada vez mais ela e deve articular com outros direitos, mais ou menos vinculantes e receptivos (*hard law*), ou mais ou menos flexíveis (*soft law*), progressivamente forjados por novas ‘unidades políticas’ (‘cidade-mundo’, ‘Europa Comunitária’, ‘casa europeia’, ‘unidade africana’)”. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 18.

³⁸⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Op. cit.*, p. 51.

Federal decidido que o Pacto de São José da Costa Rica situa-se, no plano da hierarquia das fontes jurídicas, no mesmo nível de eficácia e autoridade das leis ordinárias internas³⁸¹.

Com o intuito, talvez, de dirimir a controvérsia estabelecida entre grande parte da doutrina e dos tribunais, no sentido da admissão dos tratados internacionais de direitos humanos com força, ou não, de emenda constitucional, foi acrescentado ao art. 5º, da Constituição Federal, através da Emenda Constitucional 45/2004, o § 3º, o qual determina que tratados internacionais relativos a direitos humanos, quando ratificados pelo Brasil, tenham *status* constitucional, desde que sejam aprovados, “em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros”.

Tal disposição constitui um inegável atraso em matéria de proteção e efetivação dos direitos humanos³⁸², porquanto a hierarquia constitucional que era concedida pelo art. 5º, §

³⁸¹ “[...] Inexiste, na perspectiva do modelo constitucional vigente no Brasil, qualquer precedência ou primazia hierárquico-normativa dos tratados e convenções internacionais sobre o direito positivo interno, sobretudo em face das cláusulas inscritas no texto da constituição da República, eis que a ordem normativa externa não se superpõe, em hipótese alguma, ao que prescreve a Lei Fundamental da República. [...] A ordem constitucional vigente no Brasil não pode sofrer interpretação que conduza ao reconhecimento de que o Estado brasileiro, mediante convenção internacional, ter-se-ia interditado a possibilidade de exercer, no plano interno, a competência institucional que lhe foi outorgada expressamente pela própria Constituição da República. A circunstância de o Brasil haver aderido ao Pacto de São José da Costa Rica – cuja posição, no plano da hierarquia das fontes jurídicas, situa-se no mesmo nível de eficácia e autoridade das leis ordinárias internas – não impede que o Congresso Nacional, em tema de prisão civil por dívida, aprove legislação comum instituidora desse meio excepcional de coerção processual [...]. Os tratados internacionais não podem transgredir a normatividade emergente da Constituição, pois, além de não disporem de autoridade para restringir a eficácia jurídica das cláusulas constitucionais, não possuem força para conter ou para delimitar a esfera de abrangência normativa dos preceitos inscritos no texto da Lei Fundamental. [...] Diversa seria a situação, se a Constituição do Brasil – à semelhança do que hoje estabelece a Constituição Argentina, no texto emendado pela Reforma Constitucional de 1994 (art. 75, n. 22) – houvesse outorgado hierarquia constitucional aos tratados celebrados em matéria de direitos humanos.” Trechos extraídos do voto do Min. Celso de Mello, no julgamento do HC 72.131/RJ, em 22 set. 1995. GOMES, Luiz Flávio. PIOVESAN, Flávia (coord.). **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 168.

³⁸² “[...] O teor do § 3º colide com o teor dos §§ 1º e 2º, todos do art. 5º da Constituição, ‘isto porque, enquanto estes incluem, automaticamente, os direitos e garantias constantes de instrumentos internacionais no rol dos direitos e garantias constitucionalmente assegurados, o § 3º pretende limitar tal proteção, condicionando-a a deliberação do Congresso Nacional’. No mesmo sentido explica Pedro Dallari: ‘O § 3º, do art. 5º (...), por preceituar exigências iguais às observadas para a aprovação de emendas constitucionais para que os tratados de direitos humanos venham a produzir efeitos equivalentes ao de norma da Constituição, o novo dispositivo operou em sentido oposto à interpretação de que o § 2º do mesmo art. 5º, desde sua edição em 1988, já ensinaria tal nivelamento hierárquico para o rol preexistente à Emenda Constitucional 45’”. SILVA, Larissa Dias Magalhães. A implementação dos tratados internacionais de direitos humanos na constituição federal de 1988. **Jus navigandi**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7405>>. Acesso em: 16 mar. 2006.

2º, do texto constitucional originário, depende atualmente da discricionariedade do constituinte derivado.

Para Luis Fernando Sgarbossa, por limitar o alcance dos tratados de direitos humanos, a Emenda Constitucional em comento, no que se refere à deliberação do Congresso prevista no *novel* § 3º, do art. 5º, da Constituição Federal, constitui regra inaceitável, por ser tendente a abolir direitos e garantias fundamentais, sendo, portanto, inconstitucional.

Para ele,

Pretendeu a Emenda Constitucional nº 45 modificar o cerne rijo e imodificável da Carta Magna, usando de um verdadeiro jogo de palavras para abolir direitos e garantias fundamentais, por tentar frustrar a intenção do legislador constitucional originário de assegurar a inclusão automática de tais direitos no rol constitucional. De se atentar para o fato de que os parágrafos 1º e 2º da Constituição de 1988 constituem, em si mesmos, garantias fundamentais, quais sejam: a garantia da imediata aplicabilidade das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais e a garantia da inclusão automática dos direitos e garantias fundamentais consagrados em instrumentos internacionais no rol constitucionalmente protegido. É emenda tendente a abolir direitos e garantias fundamentais não somente aquela que vise operar a supressão literal de tais direitos e garantias do texto constitucional, mas também aquela que vise dificultar sua incorporação ou exercício ainda que por meio de jogo de palavras, como no caso presente³⁸³.

Sem embargo de eventual questionamento da matéria no Supremo Tribunal Federal, faz-se necessário registrar que, sob pena de ser declarada inconstitucional, por tendente a abolir direitos e garantias fundamentais, a posição anacrônica adotada pelo constituinte derivado, no § 3º, do art. 5º, tem aplicação apenas para os tratados que vierem a ser aprovados, não sendo crível submeter a essa nova disciplina os tratados já incorporados ao direito interno, “a pretexto de lhes conferir natureza constitucional, porque já exaurido o

³⁸³ SGARBOSSA, Luis Fernando. A Emenda Constitucional nº 45/04 e o novo regime jurídico dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos. **Jus navigandi**. Disponível em: <http://www.jus.com.br/dutrina/texto.asp?id=6272>. Acesso em: 16 mar. 2006.

devido processo legal, restando consumados a preclusão procedimental e o ato jurídico perfeito, válido e eficaz”³⁸⁴.

Sobre o assunto, elucidativas são as explicações de Wellington Cláudio Pinho de Castro:

No capítulo reservado aos direitos e garantias individuais, o constituinte originário fez consignar norma expressa preconizando que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 5º, XXXVI). Por meio desse dispositivo, restou consagrado o princípio da irretroatividade das leis, como decorrência natural da segurança jurídica.

A despeito da referência ao teor literal da expressão “lei”, tanto no texto constitucional, como na própria terminologia do princípio consagrada pela doutrina, é inquestionável que as emendas constitucionais, manifestação do poder constituinte derivado, também se submetem à vedação da aplicação retroativa.

Nesse caso, na ausência de disposição transitória relacionada aos tratados e convenções internacionais que já se encontravam em vigor, não se pode interpretar que a omissão legislativa, deve prevalecer a regra da irretroatividade dos atos normativos, pois os tratados precedentes foram incorporados ao ordenamento jurídico com a observância do devido processo legal exigido na época, constituindo ato legislativo perfeito³⁸⁵.

No mesmo sentido:

[...] Para quem crê, como nós, que as normas internacionais de direitos humanos já haviam ingressado em nosso sistema de direito como niveladas às já expressas na Lei Maior, qualquer emenda à Carta Fundamental que negue tal presença normativa é abolitiva de direitos e garantias fundamentais, estando, portanto, em conflito com a cláusula pétrea do art. 60, parágrafo 4º, IV, CR, sendo, pois, inválida.

Nessa ótica, para se esquivar da declaração de inconstitucionalidade, a única saída hermenêutica é entender que a exigência do procedimento legislativo expresso no parágrafo 3º, do artigo 5º, só é exigível para tratados internacionais ainda não incorporados ao nosso sistema, continuando a valer como de raiz constitucional todas as convenções anteriores de direitos humanos³⁸⁶.

De qualquer forma, haja vista sua natureza materialmente constitucional, dúvida não há de que, seja como garantia inscrita expressamente em tratado internacional de direitos

³⁸⁴ CASTRO, Wellington Cláudio Pinho. Regime jurídico dos tratados e convenções internacionais após a promulgação da Emenda Constitucional n° 45/2004. **Jus navigandi**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1060>>. Acesso em: 16 mar. 2006.

³⁸⁵ *Ibidem*.

³⁸⁶ LOPES, Anselmo Henrique Cordeiro. **A força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos e a emenda constitucional n° 45/2004**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6157>>. Acesso em: 16 mar. 2006.

humanos³⁸⁷, incorporado ao direito interno com *status* equivalente à emenda constitucional, seja como garantia implícita, decorrente dos princípios adotados pela Constituição, o princípio *ne bis in idem* corresponde a uma garantia constitucional, que limita o *ius persecuendi*, pelos mesmos fatos, a uma única oportunidade, cuja observância é obrigatória a todos os juízes e tribunais.

Por isso, afirma-se ser o princípio *ne bis in idem* direito fundamental da defesa, no processo penal brasileiro.

5 CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DO PRINCÍPIO *NE BIS IN IDEM*

A concepção tradicional do princípio *ne bis in idem* diz respeito à impossibilidade de mais de uma condenação, pelos mesmos fatos, com a conseqüente proibição de múltipla persecução penal, residindo seu fundamento na necessidade de segurança jurídica, como uma limitação ao poder punitivo estatal³⁸⁸. O termo *idem* corresponde, substancialmente, aos mesmos fatos, e a expressão *bis* refere-se tanto a novas sanções, como a novos processos.

Com o desenvolvimento das relações jurídicas, notadamente o respeito aos direitos fundamentais do homem, ganhou notável relevância o compromisso político de diversos

³⁸⁷ “Ninguém poderá ser julgado ou punido novamente por um delito pelo qual já tenha sido absolvido ou condenado por sentença transitada em julgado, de acordo com a lei e o processo penal de cada país.” - Art. 14.7 do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992. “O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.” - Art. 8.4 da Convenção dos Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992.

³⁸⁸ Para Carlos Eduardo Adriano Japiassu, o fundamento do princípio *ne bis in idem* “reside na necessidade de segurança jurídica, como uma limitação ao poder punitivo estatal, considerando o caráter repressivo do Direito Penal, assim como na idéia de que a cada indivíduo será aplicada a sanção correspondente e suficiente para os seus atos (princípio da proporcionalidade)”. JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. O princípio do *ne bis in idem* no direito penal internacional. **Revista da Faculdade de direito de Campos**. Ano IV, nº 4 e 5 – 2003/2004, p. 95.

países com os valores de coerência e de unidade do ordenamento estatal sancionador, englobando todas as esferas de atuação³⁸⁹.

Por isso, a paulatina ampliação do conteúdo do princípio *ne bis in idem*, sendo, atualmente, aplicado em dois sentidos: (a) na vertente processual, corresponde à inadmissibilidade de múltipla persecução penal, simultânea ou sucessivamente, pelos mesmos fatos, vinculando-se à garantia constitucional da coisa julgada; e (b) na vertente material, diz respeito aos limites jurídico-constitucionais da acumulação de sanções penais e administrativas pelos mesmos fatos e mesmos fundamentos, ainda que impostas em ordens sancionadoras diversas.

Relativamente à expansão do espectro de proteção do princípio *ne bis in idem*, León Villalba observa que:

[...] Na atualidade, o princípio superou a noção tradicional limitada ao efeito preclusivo processual interno, ou no máximo de caráter bilateral entre uma sentença interna e outra de um país estrangeiro, quer dizer o efeito processual externo, incorpora uma vertente substancial que deixa sentir seus efeitos, essencialmente, na regulação de hipóteses de concorrência de normas sancionadoras sobre um mesmo fato, aplicando a máxima em seu conjunto, no que temos denominamos de proteção internacional do princípio.

Mas o que sem dúvida alguma constitui o ponto fundamental [...] é a possibilidade de aplicar o princípio *nbii* [*ne bis in idem*] às hipóteses de concorrência entre sanção administrativa e penal, razão pela qual vamos centrar nosso estudo tanto na aceitação substancial do princípio, como na sua instrumentalização processual neste campo concreto (tradução livre)³⁹⁰.

³⁸⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 343.

³⁹⁰ “[...] En la actualidad, el principio ha superado el planteamiento tradicional limitado al efecto preclusivo procesal interno, o a lo sumo de carácter bilateral entre una sentencia interna y otra de un país extranjero, es decir el efecto procesal externo, incorpora una vertiente sustancial que deja sentir sus efectos, esencialmente, en la regulación de supuestos de concurrencia de normas sancionadoras sobre un mismo hecho, aplicando la máxima en su conjunto, en lo que hemos denominado la proyección internacional del principio. Pero lo que sin duda alguna constituye el punto fundamental [...] es la posibilidad de aplicar el principio *nbii* [*ne bis in idem*] a los supuestos de concurrencia entre sanción administrativa y penal, de ahí que vayamos a centrar nuestro estudio tanto en la aceptación substancial del principio, como en su instrumentalización procesal en este campo concreto”. LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. **Acumulación de sanciones penales y administrativas**. Sentido y alcance del principio *ne bis in idem*. Barcelona: Boch, 1998, p. 88.

Com efeito, é inaceitável limitar o alcance dessa garantia exclusivamente ao âmbito do direito penal ou do processo penal, uma vez que a atividade sancionadora deve, estruturalmente, ser una³⁹¹, originando-se, daí, todas as formas de intervenções. Conseqüentemente, há de ser admitida a vertente material do princípio *ne bis in idem*, o qual proíbe que as funções estatais, independentemente de sua natureza, sancionem, em mais de uma ocasião, uma mesma conduta, não obstante ser essa tipificada como crime e/ou infração administrativa.

Nesse sentido, assevera Rámirez Gómez que

A potestade sancionadora da Administração forma parte, junto com a potestade penal dos Tribunais, de uma unidade superior: el *ius puniendi* do Estado, de modo tal que aquelas não são senão simples manifestações concretas deste. Embora seja certo que tal afirmação supõe a aceitação de que as infrações administrativas e os delitos não são uma mesma coisa nem vêm cumprir idênticos fins – pois, enquanto o Direito Penal responde ao princípio de *ultima ratio* e intervenção mínima, os ilícitos e sanções administrativas se mostram como um instrumento adequado para o cumprimento dos fins de uma Administração cada vez mais intervencionista -, também o é que a tal conclusão só pôde chegar-se após a aceitação da identidade substancial entre as sanções administrativas e penais, o que, mesmo sendo certo que não significa que o órgão sancionador deva ser sempre o mesmo, nem que atue sempre em função das mesmas normas, põe sim de manifesto que o ordenamento punitivo do Estado é um e só um e que, portanto, nada justifica a tradicional separação entre os princípios e regras do Direito Penal e os que vieram inspirando o Direito Administrativo sancionador (tradução livre)^{392,393}.

³⁹¹ MESEGUER YEBRA, Joaquín. **El principio non bis in idem en el procedimiento administrativo sancionador**. Barcelona: Bosch, 2000, p. 18.

³⁹² “A potestad sancionadora de la Administración forma parte, junto con la potestad penal de los Tribunales, de una unidad superior: el *ius puniendi* del Estado, de tal manera que aquéllas no son sino simples manifestaciones concretas de este. Si bien es cierto que tal afirmación supone la aceptación de que las infracciones administrativas y los delitos no son una misma cosa ni vienen a cumplir idénticos fines – pues, mientras el Derecho Penal responde al principio de última *ratio* e intervención mínima, los ilícitos y sanciones administrativas se muestran como un instrumento adecuado para el cumplimiento de los fines de una Administración cada vez más intervencionista -, también lo es que a dicha conclusión solo ha podido llegarse tras la aceptación de la identidad sustancial entre la sanciones administrativas y penales, lo que, si bien es cierto que no significa que el órgano sancionador haya de ser siempre el mismo, ni que actúe siempre con arreglo a la mismas normas, sí pone de relieve que el ordenamiento punitivo del Estado es uno y sólo uno y que, por lo tanto, nada justifica la tradicional separación entre los principios y reglas del Derecho Penal y los que han venido inspirando el Derecho Administrativo sancionador”. RAMÍREZ GÓMEZ, Salvador. **El principio ne bis in idem en el ámbito tributario**. Aspectos sustantivos y procedimentales. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 25-26.

³⁹³ Partilhando idêntica posição: MESEGUER YEBRA, Joaquín. *Op. cit.*, p. 18.

José Muñoz Lorente, também, explica que a vertente material do princípio caracteriza-se pela regra dirigida aos poderes públicos, no sentido da proibição de repressão, em mais de uma ocasião, de uma mesma conduta, ainda que tipificada como crime, contravenção ou infração administrativa, sem que haja apreciação da identidade do fato, do sujeito e do fundamento.

E conclui que:

O aspecto material do princípio proíbe uma dualidade de sanções pelos mesmos fatos quando existir essa tríplice identidade ou, como foi denominado por algum autor, quando existir essa “troyka” conceitual, porque, de outra maneira, nos encontraríamos ante uma reação sobre o Ordenamento jurídico [*sobrerreacción*] contrária ao princípio da proporcionalidade e à idéia de justiça (tradução livre)³⁹⁴.

Corroborando esses ensinamentos, Mercedes Pérez Manzano informa que a proibição de mais de uma sanção, pela prática de uma mesma conduta, deriva dos princípios básicos do Estado democrático de direito, o qual proíbe a renovação de valoração ou julgamento de questão definitivamente resolvida³⁹⁵.

Afirma, ainda, que:

A proibição de dupla sanção constitui também uma garantia fundada em outra manifestação da segurança jurídica que se conecta com o princípio da legalidade sancionadora, já que este princípio exige a previsão legal das condutas puníveis e a de suas sanções. Impor duas sanções pelo mesmo fato conduz uma vulneração do direito a não ser sancionado por ações ou omissões que não sejam puníveis no momento da sua comissão, nem a ser sancionado com penas não previstas legalmente. De um lado, uma vez que o fato foi sancionado numa primeira ocasião, a segunda ou ulteriores sanções se imporiam por um fato que já não pode considerar-se punível no caso concreto. Igualmente, e desde a perspectiva da concepção da proibição de *bis in idem* como um fenômeno de impossibilidade de concorrência de duas normas que tipificam infrações, pois somente uma delas é aplicável, a proibição se conecta com o princípio de tipicidade das infrações, já que o fato só pode considerar-se tipificado em uma delas, restando excluída a outra. E, de outro, e não menos significativo, a imposição de uma segunda sanção implica sempre a imposição de uma sanção não prevista legalmente, pois a acumulação de sanções configura uma resposta jurídica distinta à expressamente fixada na lei.

³⁹⁴ “El aspecto material del principio prohíbe una dualidad de sanciones por unos mismos hechos cuando exista esa triple identidad o, como se ha denominado por algún autor, cuando exista esa “troyka” conceptual, porque, de otro modo, nos encontraríamos ante una sobrerreacción del Ordenamiento jurídico contraria al principio de proporcionalidad y a la idea de justicia”. MUÑOZ LORENTE, José. **La nueva configuración del principio non bis in idem**. Las sanciones administrativas como límite a la intervención de la jurisdicción penal. Especial referencia al ámbito medioambiental. Madrid: Ecoiuris, 2001, p. 36.

³⁹⁵ PÉREZ MANZANO, Mercedes. **La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 72.

[...].

Por último, a imposição de duas sanções constitui também uma quebra da necessária proporcionalidade entre a gravidade do fato e a sua consequência jurídica nos termos expressamente decididos pelo legislador, pois a segunda sanção acrescenta sempre um excesso punitivo que já não guarda proporção com a gravidade do fato (tradução livre)³⁹⁶.

Barja de Quiroga, comentando decisão do Tribunal Constitucional da Espanha (STC 177/99), reforça a dimensão substancial que se deve atribuir ao *ne bis in idem*, ao afirmar que esse princípio se configura como um direito fundamental do cidadão frente à decisão de um poder público de apená-lo por fatos que já foram sancionados, como consequência do anterior exercício do *ius puniendi*. Sendo assim, enquanto direito de defesa do cidadão em face de desproporcionada reação punitiva estatal, a aplicação do princípio *ne bis in idem* não pode

Depender da ordem de preferência que normativamente se houvesse estabelecido entre os poderes ou punitivo e sancionador do Estado, nem menos ainda da eventual inobservância, pela Administração sancionadora, da legalidade aplicável, o que significa que a preferência da jurisdição penal sobre a potestade administrativa sancionadora deve ser entendida como uma garantia do cidadão, complementar do seu direito a não ser sancionado duas vezes pelos mesmos fatos, e nunca como uma circunstância limitativa da garantia que implica aquele direito fundamental (tradução livre)³⁹⁷.

³⁹⁶ “La prohibición de doble sanción constituye también una garantía fundada en otra manifestación de la seguridad jurídica que se conecta con el principio de la legalidad sancionadora, ya que este principio exige la previsibilidad de las conductas punibles y la de sus sanciones. Imponer dos sanciones por el mismo hecho deviene una vulneración del derecho a no ser sancionado por acciones u omisiones que no sean punibles en el momento de su comisión, ni a ser sancionado con penas no previstas legalmente. De un lado, una vez que un hecho ha sido sancionado en una primera ocasión, la segunda o ulteriores sanciones se impondrían por un hecho que ya no puede considerarse punible en el caso concreto. Igualmente, y desde la perspectiva de la concepción de la prohibición de *bis in idem* como un fenómeno de imposibilidad de concurrencia de dos normas que tipifican infracciones pues sólo una de ellas es aplicable, la prohibición se conecta con el principio de tipicidad de las infracciones, ya que el hecho sólo puede considerarse tipificado en una de ellas, quedando excluida la otra. Y, de otro, y no menos significativo, la imposición de una segunda sanción implica siempre la imposición de una sanción no prevista legalmente, pues la acumulación de sanciones configura una respuesta jurídica distinta a la expresamente fijada en la ley. [...]. Por último, la imposición de dos sanciones constituye también una quebra de la necesaria proporcionalidad entre la gravedad del hecho y su consecuencia jurídica en los términos expresamente decididos pelo el legislador, pues la segunda sanción añade siempre un exceso punitivo que ya no guarda proporción con la gravedad del hecho”. PÉREZ MANZANO, Mercedes. **La prohibición constitucional de incurrir en *bis in idem***. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 72-74.

³⁹⁷ “Depender del orden de preferencia que normativamente se hubiese establecido entre los poderes o punitivo y sancionador del Estado, ni menos aún de la eventual inobservancia, por la Administración sancionadora, de la legalidad aplicable, lo que significa que la preferencia de la jurisdicción penal sobre la potestad administrativa sancionadora ha de ser entendida como una garantía del ciudadano, complementaria de su derecho a no ser sancionado dos veces por unos mismos hechos, y nunca como una circunstancia limitativa de la garantía que implica aquel derecho fundamental”. BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. **El principio *non bis in idem***. Madrid: Dykinson, 2004, p. 45-46.

Constata-se, pelo exposto, que a concepção contemporânea do princípio *ne bis in idem* indica que o Estado pode reagir, apenas uma vez, pelos mesmos fatos e mesmos fundamentos, pois não há diferença substancial na aplicação de uma sanção penal ou administrativa, correspondendo ambas à reação estatal à determinada conduta que foi qualificada como infração à lei³⁹⁸.

Nesses termos, a *decisão-quadro* 2003/C 100/12, do Conselho da União Européia, definiu que relativamente à aplicação do princípio *ne bis in idem*, entende-se por infração penal fato que constitua crime nas leis dos seus Estados-Membros, assim como “fato que constitua uma infração administrativa ou contra-ordenação punível com multa por uma autoridade administrativa”³⁹⁹.

Seguindo a mesma orientação, o XVII Congresso Internacional de Direito Penal, ocorrido em Pequim, na China, em setembro de 2004, adotou, dentre as suas resoluções, o entendimento de que, considerando que sanções criminais podem não ser o único meio de punir violações à lei, “persecuções não criminais e decisões com mesmo efeito punitivo fundamentam uma nova persecução”⁴⁰⁰.

Entretanto, serão analisados, adiante, apenas os aspectos referentes à proibição da múltipla persecução penal pelos mesmos fatos, correspondentes à vertente processual do princípio *ne bis in idem*, tema proposto na presente dissertação.

³⁹⁸ BINDER, Alberto M. **Introdução ao direito processual penal**. Tradução de Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 130.

³⁹⁹ Jornal Oficial da União Européia, de 26 abr. 2003. **EurLex**. Disponível em: <<http://www.europa.eu.int/smartapi/cgi/>>. Acesso em: 09 mar. 2006.

⁴⁰⁰ JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. O princípio do *ne bis in idem* no direito penal internacional. **Revista da Faculdade de direito de Campos**. Ano IV, nsº 4 e 5 – 2003/2004, p. 115.

CAPÍTULO II – A INADMISSIBILIDADE DE MÚLTIPLA PERSECUÇÃO PELOS MESMOS FATOS

1 PROBLEMÁTICA TERMINOLÓGICA

Em conformidade com as observações feitas nos itens 2 e 3, do capítulo precedente, percebeu-se a heterogeneidade das expressões utilizadas nos tratados internacionais e nos instrumentos jurídicos de diversos países, ao disciplinarem o princípio *ne bis in idem*.

A propósito, podem ser citados os seguintes termos:

- a) *delito*, mencionado no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 14.7) e na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (art. 50);
- b) *crime*, referido na Constituição da República Portuguesa (art. 29º, 5);
- c) *infração*, denominação utilizada no Protocolo 7, do Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (art. 4.1), no Código de Processo Penal da França (art. 368), assim como no da Argentina (art. 7º);
- d) *atos constitutivos de crime*, locução citada no Estatuto de Roma, do Tribunal Penal Internacional (art. 20.1);

- e) *factos*, expressão constante da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (art. 8.4), da Lei Fundamental da Alemanha (art. 103, III) e do Código de Processo Penal da Itália (arts. 649 e 669);
- f) *conduta*, referida no Código de Processo Penal da Colômbia (art. 19).

Não há dúvida de que a multiplicidade de termos, na enunciação do princípio *ne bis in idem*, gera sérias dificuldades em sua aplicação, tanto que o Conselho da União Européia, através de *decisão-quadro* (2003/C - 100/12), visando “assegurar uniformidade na interpretação das regras”, definiu, em seu art. 1º, alínea *e*, que o direito a não ser demandado duas vezes pela mesma infração penal, ocorre quando a segunda demanda é “fundada exclusivamente nos mesmos factos, ou em factos substancialmente idênticos, independentemente de sua qualificação jurídica”⁴⁰¹.

De outro lado, corroborando a problemática terminológica dos termos que compõem o princípio *ne bis in idem*, a República Helênica apresentou à Comissão das Liberdades e dos Direitos dos Cidadãos, da Justiça e dos Assuntos Internos, do Parlamento Europeu, projeto de alteração da expressão “segunda infração penal” para “segunda possível acusação ou indicição penal fundada exclusivamente nos mesmos actos, factos ou conduta, em actos, factos ou conduta substancialmente idênticos”, independentemente da valoração jurídica a eles atribuída, o qual lamentavelmente não foi aprovado com essa redação⁴⁰².

Considerando que o objeto litigioso do processo penal é a pretensão processual, deduzida por um fato penalmente relevante, bem como que, no ordenamento jurídico brasileiro, a exceção de coisa julgada somente pode ser oposta em relação ao *fato principal*, a teor do disposto no art. 110, § 2º, do Código de Processo Penal, entende-se que a expressão

⁴⁰¹ Jornal Oficial da União Européia, de 26 abr. 2003. **EurLex**. Disponível em: <<http://www.europa.eu.int/smartapi/cgi/>>. Acesso em 09 mar. 2006.

⁴⁰² *Ibidem*.

mesmos fatos corresponde ao termo mais adequado para o pleno respeito ao direito a um julgamento único, preconizado no princípio *ne bis in idem*.

2 REQUISITOS PARA INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO *NE BIS IN IDEM*

Como reiteradamente já afirmado, a doutrina é unânime em afirmar que, para a aplicação do princípio *ne bis in idem*, em sua vertente processual, exigem-se duas “identidades”. A primeira é que deve tratar-se da mesma pessoa; a segunda, diz respeito aos mesmos fatos.

2.1 Unidade de sujeito passivo

A primeira identidade é a que apresenta menos controvérsia, configurando-se de maneira semelhante aos limites subjetivos da coisa julgada penal. Como o Estado será sempre o titular da pretensão veiculada no processo penal, seja através do Ministério Público ou do querelante, nos casos em que a lei admite, interessa, apenas, para fins de incidência do princípio *ne bis in idem*, o pólo passivo da demanda.

Como observa Vicente Greco Filho, o que realmente importa é “a identidade física do acusado, e não o seu nome ou identidade formal”⁴⁰³.

⁴⁰³ “Quanto aos limites subjetivos da coisa julgada, no processo penal é irrelevante o pólo ativo. [...]. O que importa para a coisa julgada, portanto, é o pólo passivo, a pessoa do réu em face de determinado fato, observando-se, porém, que o que é relevante é a identidade física do acusado, e não o seu nome ou identidade formal.” GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 346.

Com efeito, somente tem relevância a identidade entre a pessoa submetida ao primeiro processo, concluído com sentença transitada em julgado, e aquela a que se pretende novamente submeter à persecução penal⁴⁰⁴.

Apesar de vinculada muito mais à vertente material, ou substancial, do princípio *ne bis in idem*, questão intrigante diz respeito à possível incidência da vedação de múltipla persecução pelos mesmos fatos, quando, num mesmo contexto, a infração da norma atribuída à pessoa jurídica, deriva de infração realizada pela pessoa física.

Sobre o assunto, interessantes são as observações de Mercedes Pérez Manzano:

A imposição de duas sanções, uma à pessoa física que atua como representante ou órgão da pessoa jurídica e outra à própria pessoa jurídica, constitui uma dupla sanção pela mesma infração que é atribuída de forma paralela a dois sujeitos de direito que só formalmente podem considerar-se autônomos. Caso se afirme que a pessoa jurídica unicamente responde através da extensão da culpabilidade da pessoa física, quebra-se a autonomia sancionadora de ambos os sujeitos, o que impede a dupla sanção (tradução livre)⁴⁰⁵.

2.2 Identidade de fatos

Relativamente ao conceito de *fatos*, cuja identidade se exige como requisito do *ne bis in idem*, lembra Leone que para a resposta à indagação, deve-se, inicialmente, proceder à comparação entre os fatos do primeiro processo e os fatos pelos quais pretende-se ajuizar uma

⁴⁰⁴ “Se o mesmo crime é imputado a uma pluralidade de pessoas, o caso julgado só existe relativamente àquelas que foram já submetidas a um processo anterior, de acordo com o princípio *res inter alios iudicata, aliis, nec nocet, nec prodest solet*.” SILVA, Germano Marques. **Curso de processo penal**. Volume I. 3. ed. Lourdes: Editorial Verbo, 1996, p. 42.

⁴⁰⁵ “La imposición de dos sanciones, una a la persona física que actúa como representante u órgano de la persona jurídica y otra a la propia persona jurídica, constituye una doble sanción por la *misma infracción* que es atribuida de forma paralela a dos sujetos de derecho que sólo formalmente pueden considerarse autônomos. Si se afirma que la persona jurídica únicamente responde a través de la extensión de la culpabilidad de la persona física, se rompe la autonomía sancionadora de ambos sujetos, lo que impide la doble sanción”. PÉREZ MANZANO, Mercedes. **La prohibición constitucional de incurrir en bis is idem**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 127.

segunda ação penal⁴⁰⁶. Mas esses *feitos* são analisados como realidade histórica, ainda que não trazidos por inteiro para o processo, ou tão-somente como descritos na peça acusatória?

A respeito do tema, existe uma gama de correntes, as quais podem, assim, ser resumidas: teorias naturalistas, normativas e mistas.

2.2.1 Teoria naturalista

Para os adeptos da teoria naturalista, na incidência da proibição do *bis in idem*, o fato deve ser considerado, em sua individualidade histórica. Restringem a noção de fato somente à conduta humana, que se delimita a partir de parâmetros espaço-temporal, tendo em conta o lugar e o momento em que se produziu o evento material. Espaço e tempo se convertem, portanto, em elementos essenciais da configuração da unidade de fato.

Nesse sentido, ocorrendo a identificação do fato processual relevante apenas pelo “acontecimento ou pedaço da vida” (tradução livre)⁴⁰⁷, em sua integralidade, prescinde-se, de qualquer valoração ou aspecto jurídico, sendo absolutamente irrelevante a qualificação jurídica atribuída ao fato imputado. Daí, afirmar-se que, para os naturalistas, o elemento objetivo que garante a proibição do *bis in idem* é um fato, e não um crime.

⁴⁰⁶ LEONE, Giovane. **Tratado de derecho procesal penal**. Vol. I. Tradução por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Bosch & Cia, [s.d.], p. 342.

⁴⁰⁷ “Acaecimiento o trozo de la vida”. GÓMEZ ORBANEJA *apud* CUCARELLA GALIANA, Luis Andrés. **Derecho y proceso penal**. La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa. Navarra: Arazandi, S.A., 2003, p. 124.

Nessa ordem de idéias, a mutação da tipificação jurídica, sem uma correspondente alteração nuclear dos fatos, não autoriza o ajuizamento de nova ação penal, por ser o fato principal entendido como conduta naturalística do agente⁴⁰⁸.

Dentre os principais defensores da teoria naturalista, encontra-se Cavalero de Ferreira, para quem

O conceito de identidade do facto não vai buscar-se ao direito material; a identidade tem de apreciar-se naturalisticamente, como facto concreto, real. Se o facto concreto é totalmente o mesmo, não podem surgir dúvidas. [...] De comum, para fundamentar naturalisticamente a identidade, deve atender-se aos factos praticados, ou seja, à acção. Podem variar as circunstâncias, os elementos acidentais da actividade que constitui o objecto do processo, mas não a própria acção. E assim, haverá caso julgado material quando se acusa em novo processo pela mesma acção, embora acrescida de novas circunstâncias, embora seja diferente o evento material que se lhe segue ou diversa a forma de imputação subjectiva⁴⁰⁹.

Na Espanha, Fenech, para o fim de determinar o efeito preclusivo da coisa julgada e, por conseguinte, o âmbito de incidência do princípio *ne bis in idem*, defendia que:

A identificação do fato não se produz pela qualificação jurídica do fato nem pela qualidade ou quantidade da pena pedida, senão pela identidade de um acontecimento histórico, individualizado na sua unidade natural e não na jurídico-penal, de que se pretende extrair consequência jurídico-penal, qualquer que seja (tradução livre)⁴¹⁰.

Igualmente, Victor Moreno Catena, baseado em julgados da última década dos tribunais espanhóis, sustenta que os fatos, como elemento identificador da proibição de múltipla persecução penal, são fixados pelo relato histórico constante do primeiro processo, o qual deve ser comparado aos fatos pelos quais se pretende acusar no processo seguinte⁴¹¹.

⁴⁰⁸ CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 310.

⁴⁰⁹ Trechos extraídos do voto do Min. Oscar Correa. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 64.158/MG**. Acórdão. Relator: Rafael Mayer. Brasília, DF, 07 nov. 1986; por maioria. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 09 fev. 2006.

⁴¹⁰ “La identificación del hecho no se produce por la calificación jurídica del hecho ni por la entidad o cuantía de la pena pedida, sino por la identidad de un acaecer histórico, individualizado en su unidad natural y no en la jurídico-penal, de que se pretende sacar consecuencia jurídico-penal, cualquiera que ella sea”. FENECH, Miguel. **Derecho procesal penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Labor, 1952, p. 545.

⁴¹¹ CATENA, Victor Moreno (dir.). **El proceso penal**. Doctrina, jurisprudencia y formularios. V. III. Valencia: Tirant lo blanch, 2000, p. 2441.

Na França, a doutrina, em sua grande maioria, adota a identidade histórica do fato material, desprezando suas valorações jurídicas, por considerar a conduta do agente, isoladamente, o núcleo fundamental da acusação⁴¹². Ainda quanto ao ordenamento jurídico francês, colacionam-se trechos do brilhante voto do Min. Oscar Correa, prolatado no julgamento do *Habeas Corpus* nº 64.158/MG:

Na França, pudemos colher alguns dados importantes, sobretudo porque os autores, no puro e claro estilo francês, examinam a autoridade da coisa julgada no criminal sobre o criminal, especificamente.

Começando pelo “Précis” Dalloz de “Procédure Pénale” (de Gaston Stefani, Georges Levasseur e B. Bouloc – 12ª ed., Dalloz, Paris, 1984, p. 932), lê-se, a respeito da identidade de causa:

“A identidade de causa – terceiro requisito exigido para que a coisa julgada ocorrida em uma primeira ação faça obstáculo a uma segunda – é a identidade do fato delituoso que motivou essas duas ações. Uma mesma pessoa não pode ser processada duas vezes pelo mesmo fato delituoso (antigo art. 359 C.I.C e art. 368 C.P.P.)”

E, explicitando a distinção mesmo fato material e mesmo fato jurídico afirma:

“De acordo com a doutrina, a identidade de causa, exigida para que houvesse autoridade de coisa julgada, era a identidade do fato material. A partir do momento que uma jurisdição [autoridade judiciária] se pronunciou sobre determinado fato, ela o examinou sob todas as qualificações às quais ele estava suscetível.

Para o Tribunal de Cassação, a identidade do fato era uma identidade de fato jurídico [tipo] ou de qualificação. O que permitia nova persecução, sob uma qualificação diferente, fatos materiais já processados e julgados sob uma outra qualificação, possibilitando, assim, talvez, a correção de um erro judiciário (1).

Entretanto, em razão de decisão proferida em 20 de março de 1956 (2), a Câmara Criminal determinou, acerca de uma absolvição, em sessão plenária, que uma absolvição pela prática de homicídio, tendo autoridade de coisa julgada, tornava inaceitável uma nova ação em desfavor do autor do homicídio culposo [por imprudência]”.

Para concluir:

“O Código de processo penal pôs fim a toda controvérsia sobre o sentido do termo ‘mesmos fatos’. Ao dispor no art. 368 que ‘pessoa alguma, processada legalmente, pode ser repreendida ou acusada pelos mesmos fatos ainda que sob uma qualificação diferente’, consagrando a interpretação doutrinária. ‘Os mesmos fatos’ seriam os mesmos fatos materiais, independentemente de sua qualificação jurídica. A partir do momento que esses fatos foram julgados eles não podem mais ser objeto de uma nova ação, mesmo que qualificados de outra forma” (tradução livre)⁴¹³.

⁴¹² LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. **Acumulación de sanciones penales y administrativas**. Sentido y alcance del principio *ne bis in idem*. Barcelona: Bosch, 1998, p. 130.

⁴¹³ “L’identité de cause - troisième identité requise pour que la chose jugée sur une première poursuite fasse obstacle à une seconde poursuite - c’est l’identité du fait délictueux qui a motivé ces deux poursuites. Une même personne ne peut pas être poursuivie deux fois pour le même fait délictueux (ancien art. 359 C.I.C. et art. 368 C.P.P.)” (p. 932). E, explicitando a distinção mesmo fato material e mesmo fato jurídico afirma: “D’après la doctrine, l’identité de cause, exigée pour qu’il y eût autorité de la chose jugée, était l’identité du

Predomina, na jurisprudência alemã, a definição de fato, no sentido do art. 103, III, da Lei Fundamental, como “o acontecimento histórico, ao qual se referem a demanda e a sentença do procedimento inicial, e, em cujo marco, o demandado deve haver realizado um tipo delitivo como autor ou partícipe” (tradução livre)⁴¹⁴.

Da mesma forma, sobressai na doutrina alemã a idéia de “seqüência unitária de acontecimentos que formam uma unidade natural”. Por isso, prevalece a limitação de fatos como o acontecimento histórico unitário⁴¹⁵.

No direito italiano, Giovanni Conso salienta a indispensabilidade e a suficiência do fato histórico para os fins de identificação do fato processual penal⁴¹⁶, tanto que o art. 649, do Código de Processo Penal de 1988, proíbe um segundo processo pelos mesmos fatos, “nem

fait matériel. Dès lors qu'une juridiction s'était prononcée sur un fait matériel donné, elle l'avait par là même envisagé sous toutes les qualifications dont il était susceptible. Pour la Cour de cassation, l'identité de fait était une identité de fait juridique ou de qualification. Ce qui permettait de poursuivre de nouveau, sous une qualification différente, des faits matériels déjà poursuivis et jugés sous une autre qualification et ainsi de corriger, peut-être une erreur judiciaire (1). Mais, par un arrêt du 20 mars 1956 (2), la Chambre criminelle a décidé à propos d'un acquittement par une Cour d'assises, qu'une décision d'acquittement pour meurtre, ayant l'autorité de la chose jugée, rendait irrecevable une nouvelle poursuite du chef d'homicide par imprudence.” (págs.932/933). Para concluir: “La Code de procédure pénale a mis fin à toute controverse sur le sens du terme “mêmes faits”. En, disposant dans l'art. 368 que “aucune personne acquittée légalement ne peut plus être reprise ou accusée à raison des mêmes faits, même sous une qualification différente”, il a consacré l'interprétation doctrinale. “Les mêmes faits”, ce sont les mêmes faits matériels, indépendamment de leur qualification juridique. Du moment que ces faits ont été jugés, ils ne peuvent plus faire l'objet d'une nouvelle poursuite, quand bien même on les qualifierait autrement”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 64.158/MG**. Acórdão. Relator: Rafael Mayer. Brasília, DF, 07 nov. 1986; por maioria. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 09 fev. 2006.

⁴¹⁴ “El suceso histórico, al que se remiten la demanda y la resolución de apertura del procedimiento, y, en cuyo marco, el demandado debe haber realizado un tipo delictivo como autor o partícipe”. PÉREZ MANZANO, Mercedes. **La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 91.

⁴¹⁵ “O facto seria analisável por si, independentemente, da classificação jurídica. O juiz que teria a faculdade de subsumir o facto às normas jurídico-criminais, tendo, ademais, a possibilidade de estender a sua cognição a quaisquer fatos materiais que formassem o acontecimento unitário”. BARROSO, Ivo Miguel. **Estudo sobre o objecto do processo penal**. Lisboa: Vislis Editores, 2003, p. 44.

⁴¹⁶ *Ibidem*, p. 45.

mesmo se este for diferentemente considerado pelo título, pelo grau ou pelas circunstâncias” (tradução livre)⁴¹⁷.

No Brasil, Frederico Marques, partidário da teoria naturalista, entende por fato principal “o fato material imputado ao réu, independentemente de sua qualificação jurídico-penal, uma vez que o art. 383 do Código de Processo Penal consagra o princípio *narra mihi factum, dabo tibi jus*”. Afirma que incide o *ne bis in idem*, mesmo quando se acrescem à acusação circunstâncias passíveis de transmudar a tipificação penal dos fatos, tornando, por exemplo, ou delito mais grave ou menos grave⁴¹⁸⁴¹⁹.

De maneira semelhante, para Paulo Rangel,

Fato principal é aquele fato material ocorrido no mundo dos homens independentemente da qualificação jurídico penal dada ao fato. É o fato, cometido pelo homem, em sua integridade física. É o fato histórico ocorrido na vida⁴²⁰.

Ao se pronunciar sobre o assunto, em julgamento no Supremo Tribunal Federal, o Min. Oscar Corrêa declarou que:

Fato principal é o crime, na sua expressão material mais simples: a morte, o furto, etc., sem as componentes que a ocasião, o autor, a vítima, as circunstâncias qualificam como tantas outras espécies jurídicas, às quais a lei pode tratar diferentemente na apenação, fazendo prevalecer este ou aquele elemento, que valoriza diversamente. E que depende das influências sociais, psicológicas, morais, econômicas, políticas, que lhes dão roupagem distinta, sem, contudo, desfazer-lhe, alterar-lhe a estrutura o fato tipo elementar, do qual os outros descendem, ou antes, ao qual se vinculam, se prendem.

Por isso as legislações alienígenas se referem ao fato delituoso, qualquer que seja a sua qualificação jurídica, o título, o grau, as circunstâncias⁴²¹.

⁴¹⁷ “Neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze” CARNELUTTI, Francesco. **As funções do processo penal**. Campinas: Apta, 2004, p. 560.

⁴¹⁸ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Volume 3. 2. ed. Campinas: Millenium Editora, 2000, p. 91.

⁴¹⁹ Tourinho Filho, de maneira análoga, afirma que o fato necessário para invocação da coisa julgada no processo penal, não é outro senão o fato material imputado ao acusado, pouco importando a qualificação jurídico-penal. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. Volume 2. 19. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 591. Da mesma forma, entendendo ser o fato principal conduta naturalística do agente, CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 310.

⁴²⁰ RANGEL, Paulo. **O garantismo penal e o aditamento à denúncia**. Disponível em: <<http://www.podium.com.br>>. Acesso em: 26 out. 2002.

2.2.2 Teorias normativas

A teoria normativa parte da crítica à naturalista, considerando-a incompleta e falha, por não assumir que o fato, enquanto objeto do processo, somente pode ser configurado a partir de critérios jurídicos. Entende que o fato processual não é o acontecimento em si mesmo considerado, “mas um comportamento hipoteticamente pensado como e enquanto violador dos valores protegidos pelas normas jurídico-penais”⁴²².

Os partidários dessa corrente defendem que o que deve ser levado em consideração é a unidade de sentido do fato, conforme as normas jurídicas, porque, no âmbito do processo penal, não se pode mencionar “fatos” de maneira independente das normas jurídicas⁴²³.

Dessa forma, o operador jurídico deverá analisar a identidade de fatos exigida pela proibição do *bis in idem*, em duas vertentes, “por um lado, em direção à norma... e, por outro, em direção aos fatos para comprovar se são um ou vários; embora aqui com a advertência de que se deve olhar para os fatos através da norma” (tradução livre)⁴²⁴.

Para Mercedes Pérez Manzano, é evidente que, no contexto da inadmissibilidade de múltipla persecução, o fato não é o acontecimento natural, o fato histórico que se identifica conforme critérios espaciais, temporais e subjetivos, senão uma hipótese de fato que, como elemento da norma, pode dar lugar à aplicação da sanção. Dito de outro modo, somente os

⁴²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 64158/MG. Acórdão. Relator: Rafael Mayer. Brasília, DF, 07 nov. 1986; por maioria. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 09 fev. 2006.

⁴²² ISASCA, Frederico. *Alteração substancial dos factos e sua relevância no processo penal português*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 86.

⁴²³ BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito processual penal*. Traduzido por Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 128.

⁴²⁴ “Por un lado, hacia la norma... y, por otro, hacia los hechos para comprobar si son uno o varios; aunque aquí con la advertencia de que ha de mirar a los hechos a través de la norma”. NIETO GARCÍA *apud* PÉREZ MANZANO, Mercedes. *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 102.

elementos constantes do fato natural tomados pelo legislador para configurar o fato hipotético penalmente relevante – infração – serão considerados na configuração do princípio que proíbe o *bis in idem*⁴²⁵.

E continua:

Fala-se de uma <<visão jurídica do fato>>, de um <<objeto normativo>> ou de que <<os fatos só podem identificar-se como objetos processuais caso sejam contemplados com uma espécie de olhar jurídico>>, de modo tal que o fato não é o fato ocorrido, a porção de realidade, senão um <<fato punível>>, um <<fato que reveste caracteres de delito>>. O parâmetro jurídico que dota de unidade ao acontecido é a norma penal na qual se descreve a figura delitiva, de modo que, como afirma GÓMEZ COLOMER, <<o objeto do processo é o acontecimento real reduzido à unidade, atendendo ao modo como o legislador penal configura as unidades da conduta humana às que chama delitos e faltas [crimes leves]>> (tradução livre)⁴²⁶.

Sendo a persecução penal um fenômeno jurídico, Eduardo Correa defende o critério normativo, sustentando que a identidade de fatos não poderá derivar de qualquer coincidência naturalística, mas somente de concretos juízos de valor. Assim, “se o acontecimento exterior que corresponde à conduta típica é idêntico, se há, pois, coincidência nos elementos substantivos do acontecimento histórico descrito e apreciado, temos verificada a identidade requerida”⁴²⁷.

Por sua vez, Castanheira Neves afirma que os fatos processuais penais individualizam-se num sentido jurídico, não sendo avaliados como “elementos abstratos da comum experiência empírica, mas acontecimentos, casos e condutas humanas, [...] como unitárias

⁴²⁵ PÉREZ MANZANO, Mercedes. **La prohibición constitucional de incurrir en *bis in idem***. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 103.

⁴²⁶ “Se habla de una <<visión jurídica del hecho>>, de un <<objeto normativo>> o de que <<los hechos sólo pueden identificarse como objetos procesales si se les contempla con una especie de mirada jurídica>>, de modo que el hecho no es el suceso acaecido, la porción de realidad, sino un <<hecho punible>>, un <<hecho que reviste caracteres de delito>>. El parámetro jurídico que dota de unidad a lo acaecido es la norma penal en la que se describe la figura delictiva, de modo que, como afirma GÓMEZ COLOMER, <<el objeto del proceso es el acaecer real reducido a unidad, atendiendo al modo como el legislador penal configura las unidades de la conducta humana a las que llama delitos y faltas>>”. *Ibidem*, p. 91.

⁴²⁷ *Apud* BARROSO, Ivo Miguel. **Estudo sobre o objecto do processo penal**. Lisboa: Vislis Editores, 2003, p. 46.

realidades de sentido”⁴²⁸. Daí, ter como critério para o conceito de *mesmos fatos* “um caso jurídico-criminal concreto que, perante uma situação polarizada pela conduta de uma pessoa se oferece e explicita ao perguntar-se pela validade jurídico-criminal, aquele sentido axiológico-social da conduta-situação”⁴²⁹.

Partilhando da mesma orientação, Figueiredo Dias considera o fato processual penal “um recorte, um pedaço da vida”, o qual deve ser analisado a partir das conseqüências jurídicas por eles geradas. Defende que para a identificação dos fatos, como requisito de aplicação do princípio *ne bis in idem*, deverão ser ponderadas todas as questões de fato, integradas por todas as possíveis questões de direitos que possam ser suscitadas⁴³⁰.

2.2.3 Fato processual: definição adotada

Antes de qualquer definição a respeito da expressão *mesmos fatos*, como um dos requisitos para a incidência do princípio *ne bis in idem*, impõe-se repetir que, ante a estrutura acusatória do processo penal, o juiz fica vinculado ao fato imputado. Conseqüentemente, seu julgamento deverá ser correlato ao objeto litigioso - *thema decidendum* -, equivalente à pretensão processual, representada por um fato relevante penalmente, atribuído formalmente ao acusado⁴³¹.

⁴²⁸ *Apud* BARROSO, Ivo Miguel. **Estudo sobre o objecto do processo penal**. Lisboa: Vislis Editores, 2003, p. 47.

⁴²⁹ *Ibidem*, p. 47.

⁴³⁰ *Ibidem*, p. 48.

⁴³¹ Sobre o assunto, conferir a Parte II, Capítulo I, item 3, do presente estudo.

Entretanto, a prolação da sentença põe termo ao conteúdo da pretensão processual penal, em sua totalidade⁴³², haja vista os princípios da unidade e da consunção⁴³³, comentados nos itens 3 e 4, do Capítulo I, da Parte II, da presente dissertação.

Quanto à expressão em exame, conquanto constitua afirmação unânime que para a apreciação da proibição do princípio *ne bis in idem*, deve-se entender o termo *idem*, como fatos reais e históricos, e não como um crime, no sentido jurídico, não se há de negar a relevância da perspectiva normativa do objeto do processo, visto que o fato deve ser imputado com todas as suas circunstâncias, conforme analisado precedentemente⁴³⁴.

De outro lado, como afirmado por Beling, a identidade de um fato “não é determinável de um modo lógico-matemático, pois o que se leva ao conhecimento do tribunal é um problema jurídico-criminal”⁴³⁵.

É inegável o mérito da teoria naturalista, ao excluir dos elementos identificadores das ações penais, para o fim de incidência da proibição do *bis in idem*, a qualificação jurídica que se tenha dado, no primeiro processo, aos fatos imputados.

Todavia,

O esclarecimento de que, para a aplicação dessa regra, não ingressam em consideração as valorações jurídicas, só tem um significado negativo e inicial: serve para explicar, fundamentalmente, que uma valoração jurídica diversa do mesmo

⁴³² Para Eduardo Correa, a impossibilidade de renovação de julgamento será estendida “a todas as atividades que possam ser polarizadas num todo pela concreta violação acusada, tenham ou não sido apreciadas na sentença e quer esta seja condenatória ou absolutória”, pois “posta uma questão penal ante um magistrado, deve este necessariamente resolvê-la. E resolvê-la esgotantemente até onde deva e possa. Aquilo, pois, que, devendo tê-lo sido, não se decidiu na sentença directamente, tem de considerar-se indirectamente resolvido; aquilo que não se resolveu por via expressa deve tomar-se como decidido tacitamente”. CORREIA, Eduardo Henriques da Silva. **A teoria do concurso em direito criminal**. Coimbra: Almedina, 1996, p. 304 e 339.

⁴³³ Segundo os quais o fato imputado deve ser conhecido e julgado na sua totalidade (unitária e indivisivelmente) e, mesmo quando não o tenha sido, deve considerar-se irrepetivelmente decidido, ainda que tenha havido deficiência ou erro na imputação.

⁴³⁴ Sem dúvida, a imputação corresponde à afirmação de um fato subsumível a uma norma penal, integrando, portanto, seu conteúdo a qualificação jurídico-penal atribuída ao fato. Não é por outra razão que se exige, para o recebimento da denúncia ou queixa, a tipicidade da conduta narrada.

⁴³⁵ BARROSO, Ivo Miguel. **Estudo sobre o objecto do processo penal**. Lisboa: Vislis Editores, 2003, p. 18.

comportamento concreto, como realidade histórica hipotética, não habilita uma nova persecução penal, pois, estabelecida a identidade pessoal, trata-se da mesma imputação (tradução livre)⁴³⁶.

Para Frederico Isasca, o problema do conceito processual de fato, não deverá se esgotar tão-somente em referenciais naturalistas, tampouco apenas em conceitos jurídico-normativos, uma vez que

O acontecimento histórico não é o facto naturalístico isoladamente considerado, ou exclusivamente apreciado de um ponto de vista jurídico, ou um “dado” de uma questão de direito que coloca um problema jurídico. O acontecimento histórico é “um pedaço de vida” que se destaca da realidade e como tal, isto é, como pedaço da vida social, cultural e jurídica de um sujeito, se submete à apreciação judicial.

Adiante pondera que:

O acontecimento da vida poderá ser meramente hipotético, desde que à luz daquele conceito seja susceptível de se constituir como objecto de um processo penal, portanto – e aqui vai implícita a referência normativa de que se não pode prescindir – de uma apreciação jurídico-penal, o s quiser, que surja configurável como um crime.

A referência normativa serve, aqui, apenas para justificar a pretensão penal de submeter o acontecimento a uma decisão judicial⁴³⁷.

Seguindo, ainda, as lições de Maier,

Em ocasiões, ademais, de um único movimento corporal podem derivar várias imputações (ou ações puníveis), enquanto que, em outras, não é raro encontrar uma imputação única, consistente em vários movimentos corporais e, além do mais, em vários comportamentos humanos. Também, a existência jurídica da omissão, segundo se explica por si mesmo, depende exclusivamente de uma criação normativa, pois no mundo físico, precisamente, nada acontece, no sentido de que não existe uma ação humana e, menos ainda, uma a quem se possa atribuir determinadas conseqüências (tradução livre)⁴³⁸.

⁴³⁶ “La aclaración de que, para la aplicación de esta regla, no ingresan en consideración las valoraciones jurídicas, solo tiene un significado negativo e inicial: sirve para explicar, fundamentalmente, que una valoración jurídica diversa del mismo comportamiento concreto, como realidad histórica hipotética, no habilita una nueva persecución penal, pues, supuesta la identidad personal, se trata de la misma imputación”. MAIER, Julio in NÚÑEZ, Ricardo (dir.). Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple (*ne bis is idem*). **Doctrina penal**. Teoría y práctica en las ciencias penales, año 9, n. 33 a 36. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1986, p. 430.

⁴³⁷ ISASCA, Frederico. **Alteração substancial dos factos e sua relevância no processo penal português**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 93-96.

⁴³⁸ “En ocasiones, además, de un único movimiento corporal pueden derivar varias imputaciones (o acciones punibles), mientras que, en otras, no es raro encontrar una imputación única, consistente en varios movimientos corporales y, más allá aún, en varios comportamientos humanos. Por lo demás, la existencia jurídica de la omisión, según se explica por sí mismo, depende exclusivamente de una creación normativa,

Realmente, uma delimitação exata do complexo de fatos apreciados pela sentença com força de coisa julgada, é impossível sem o recurso aos elementos valorativos, sobretudo nos delitos omissivos, cujos elementos são absolutamente normativos, como a questionável existência de nexos de causalidade e de resultado.

Portanto, sendo certo que o tipo penal integra o conteúdo da imputação, conforme bem demonstra o art. 41, do Código de Processo Penal, ao exigir a individualização do *fato criminoso*, com todas as suas circunstâncias, adota-se uma posição mista, não se negando a incidência de critérios jurídico-penais do fato imputado – teoria normativa –, sem olvidar, todavia, da perspectiva naturalista, a qual, também, deverá ser considerada.

Desse modo, fato processual penal “não deixa de ser algo hipotético, mas considerado concreto, tido por existente, no momento da propositura da demanda”⁴³⁹.

Anteriormente, por ocasião do estudo dos limites objetivos da coisa julgada, mencionou-se que, nos termos do art. 110, § 2º, do Código de Processo Penal, para se falar em caso julgado, faz-se necessário que verse o processo, cuja invalidação é requerida, sobre o fato principal já julgado.

Qual seria, então, o significado e a extensão da expressão *fato principal* inserta nesse dispositivo legal?

Tendo em vista que princípio *ne bis in idem* representa um dos efeitos inerentes à força preclusiva da autoridade da coisa julgada, deduz-se que deve ser dado à expressão *fato principal*, como elemento identificador da coisa julgada no processo penal brasileiro, a

pues en el mundo físico, precisamente, nada sucede, en el sentido de que no existe una acción humana y, menos aún, una a la que se le pueda atribuir determinadas consecuencias”. MAIER, Julio in NÚÑEZ, Ricardo (dir.). Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple (*ne bis in idem*). **Doctrina penal**. Teoría y práctica en las ciencias penales, año 9, n. 33 a 36. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1986, p. 430.

⁴³⁹ MAGALHÃES, Maria Cristina Faria. **A correlação entre acusação e sentença nas ações penais condenatórias**. A conformidade entre a lei processual e a Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 84.

mesma interpretação que se atribui ao termo *mesmos fatos*, como requisito para a ocorrência da proibição encartada no princípio *ne bis in idem*.

Infere-se, pois, que para efeito de confronto entre duas ou mais ações penais, o fato principal, ensejador de arguição de coisa julgada e, por conseguinte, de violação ao enunciado do *ne bis in idem*, corresponde ao mesmo fato-base, substancial, do processo anterior, a mesma realidade histórica, situação fundamental ou núcleo essencial⁴⁴⁰ da infração imputada anteriormente ao acusado⁴⁴¹.

Em outros termos, trazida a juízo determinada estrutura básica de uma infração, mesmo que haja mudança de alguns dos elementos descritos no primeiro processo, não se admitirá nova ação penal, em razão da repetição da estrutura básica do fato.

Com referência à extensão do *fato principal* de que trata o art. 110, § 2º, do Código de Processo Penal, ou melhor, quanto aos limites objetivos da coisa julgada penal, há de se ressaltar que os fatos imputados no processo compreendem o deduzido, assim como o dedutível, advertindo Eugênio Pacelli de Oliveira que, ainda que o fato descrito na peça acusatória, “sobre o qual se desenvolveu toda a atividade probatória, não se subsuma efetivamente àquele da *realidade histórica*, uma vez proferida a sentença definitiva, nunca mais se poderá instaurar nova persecução penal sob o mesmo fundamento, ou seja, *sobre o mesmo fato*”⁴⁴².

No processo penal, a autoridade da coisa julgada incide sobre todo o fato, e não apenas sobre a “porção do fato” trazida para o processo. Por isso, mesmo integrando o objeto

⁴⁴⁰ Fala-se, também, em “núcleo central com a finalidade de identificar o elemento comum nas diversas definições jurídicas passíveis de incidência sobre o mesmo fato da realidade”. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 517.

⁴⁴¹ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de processo penal brasileiro anotado**. Vol. II. Campinas/SP: Bookseller, 2000, p. 346.

⁴⁴² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Op. cit.*, p. 517.

do processo, a tipificação dos fatos não implica em mudança do *thema decidendum* processual⁴⁴³.

Assim sendo,

Quando se diz que alguém teria subtraído a coisa de outrem pela prática de furto (art. 155, CP), a sentença absolutória então proferida impedirá a reabertura da discussão sobre o núcleo central da conduta, isto é, sobre ter havido alteração do domínio da coisa, aqui incluídas quaisquer outras ações eventualmente aptas a permitir a transferência da propriedade, tais como a violência e a grave ameaça, que poderiam caracterizar o roubo (art. 157).

Nem mesmo se poderia pensar em nova ação penal na qual se imputasse unicamente a prática de circunstância elementar integrante do tipo penal efetivamente ocorrido. No exemplo anterior, do furto (narrado) e do roubo (realizado), tal ocorreria se se pretendesse nova acusação pela prática de lesão corporal resultante da violência utilizada para a subtração da coisa.

O núcleo da conduta funcionaria assim como o dado da realidade efetivamente julgado. As suas circunstâncias e/ou circunstâncias elementares estariam cobertas pela coisa julgada como desdobramento lógico-dedutivos do julgamento, ou seja, pela preclusão lógica dos demais fatos cuja ocorrência dependeria da existência do núcleo então julgado⁴⁴⁴.

Sem dúvida, com a acusação e, posteriormente, a prolação de sentença, esgotam-se definitivamente todos os aspectos relacionados ao fato imputado, invocados ou não invocados

⁴⁴³ “Cuando el Ministerio Público deduce su acción penal debe, naturalmente, hacer la calificación jurídica del hecho cometido por el imputado (o atribuido al imputado), determinando a que tipo delictivo corresponde. El Ministerio Público pide el procesamiento por hurto, por lesiones, por homicidio. Pero en el curso del juicio el hecho incriminado es examinado en su materialidad y el Juez tiene absoluta libertad para aceptar o no la calificación hecha por el Ministerio Público. Aceptado el hecho pelo Juez, éste hará la correspondiente calificación. Y como para ello no se encuentra atado por la acusación, tiene libertad para realizarla, calificando al hecho como a su juicio corresponda y como lo haya calificado el Ministerio Público. Por eso, cuando el Juez absuelve por delito de homicidio [...], absuelve al mismo tiempo de la comisión de cualquier delito en que pudiera tipificarse el hecho realizado [quando o Ministério Público deduz a sua ação penal deve, naturalmente, fazer a qualificação jurídica do fato cometido pelo imputado (ou atribuído ao imputado), determinando a que tipo delitivo corresponde. O Ministério Público pede o processamento por furto, por lesões, por homicídio. Mas no curso do procedimento o fato incriminado é examinado na sua materialidade e o Juiz tem absoluta liberdade para aceitar ou não a qualificação atribuída pelo Ministério Público. Admitido o fato pelo Juiz, este fará a correspondente qualificação. E como para isso não se encontra jungido à acusação, tem liberdade para realizá-la, qualificando o fato como ao seu juízo corresponder e como o houver qualificado o Ministério Público. Por isso, quando o Juiz absolve por delito de homicídio [...], absolve ao mesmo tempo da comissão de qualquer delito em que puder tipificar-se o fato realizado - tradução livre -]”. A. ARLAS, José. **La cosa juzgada penal y su eficacia sobre la materia civil**. Montevideo: Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1950, p. 67.

⁴⁴⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 517-518.

no processo, uma vez que cabia ao Ministério Público, ou ao querelante, a tarefa de apresentar o fato, em toda sua amplitude, e com todos os seus acessórios⁴⁴⁵⁴⁴⁶⁴⁴⁷.

Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. COISA JULGADA. RECEPÇÃO DE MUNIÇÕES DE PROCEDÊNCIA ESTRANGEIRA. FATO APRECIADO NA JUSTIÇA ESTADUAL. REPETIÇÃO NA FEDERAL. NULIDADE. RECURSO PROVIDO.

Evidenciado que o paciente veio a ser julgado perante a Justiça Federal por fato já apreciado e decidido na Justiça Estadual – com sentença transitada em julgado e em fase de execução, caracteriza-se o inaceitável *bis in idem*, devendo ser anulada a decisão proferida pela 25ª Vara da Justiça Federal, no tocando ao paciente, e determinando o trancamento do feito em relação a ele.

[...].

Somente a leitura das duas denúncias, data vênia, não é suficiente para demonstrar que os fatos são distintos, havendo necessidade de conferir, também a primeira sentença, porquanto a inicial firmada pelo Promotor de Justiça perante a 33ª Vara fez referência genérica à munição encontrada em poder do réu, enquanto a sentença proferida no referido processo, de forma pormenorizada, descreveu os cartuchos que foram apreendidos, identificando-os pela procedência, marca e calibre, tal como descritos no auto de apreensão de fl. 13, sem excluir qualquer um deles, de molde a evidenciar que os cartuchos de origem americana e argentina, referidos na segunda denúncia, estavam incluídos na primeira, certo de que o auto de apreensão que instruiu as duas ações penais é o mesmo.

[...].

Verifica-se, pois, que o paciente foi processado duas vezes pelo mesmo fato, estando caracterizado o “bis in idem” [...] ⁴⁴⁸.

⁴⁴⁵ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Volume 3. 2. ed. Campinas: Millenium Editora, 2000, p. 91.

⁴⁴⁶ “A acusação traz à decisão o fato da natureza por inteiro, ainda que não descreve integralmente, cabendo aos órgãos da persecução penal apresentá-lo por completo, aplicando-se, se for o caso, o art. 384 do Código, [...], porque a sentença esgotará, definitivamente, a possibilidade de trazê-lo a novo processo contra o mesmo réu”. GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 344.

⁴⁴⁷ A posição de Leone é a mesma quando diz: “la preclusión del fallo ataca también a toda aquella parte que, aun no habiendo constituido objeto de decisión explícita del juez, debe conceptuarse esencialmente vinculada, sin embargo, con la decisión tanto en forma positiva (admisión incluso tácita de hechos que son el presupuesto lógico de los que constituyeron objeto de la *res iudicata*), como en forma negativa (exclusión incluso tácita de hechos incompatibles con los que constituyeron objeto de la *res iudicata*) [a preclusão da sentença ataca também a toda aquela parte que, mesmo não havendo constituído objeto de decisão explícita do juiz, deve conceituar-se essencialmente vinculada, porém, com a decisão tanto em forma positiva (admissão inclusive tácita de fatos que são o pressuposto lógico dos que constituíram objeto da *res iudicata*), como em forma negativa (exclusão até mesmo tácita de fatos incompatíveis com os que constituíram objeto da *res iudicata*) – tradução livre]”. LEONE, Giovanni. **Tratado de derecho procesal penal**. V. III. Tradução por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1968, p. 378.

⁴⁴⁸ Conferir, ao final, Anexos, item 5. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso de Habeas Corpus nº 8.092/RJ**. 6ª Turma. Acórdão. Relator: Ministro Vicente Leal. Brasília, DF, 02 mar. 1999; un. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 09 fev. 2006.

Pela lucidez das idéias, torna-se imprescindível o registro do pensamento de Frederico Isasca, quando consigna que

O que transita em julgado é o acontecimento da vida que, como e enquanto unidade, se submeteu à apreciação de um tribunal. Isto significa que todos os factos praticados pelo argüido até à decisão final que directamente se relacionem com o pedaço de vida apreciado e que com ele formam a aludida unidade de sentido, ainda que efectivamente não tenham sido conhecidos ou tomados em consideração pelo tribunal, não podem ser posteriormente apreciados. Quer porque enquanto isoladamente considerados não seriam susceptíveis de se consubstanciarem como objecto de um processo. Quer porque sua apreciação violaria frontalmente a regra *ne bis in idem*, entrando em aberto conflito com os fundamentos do caso julgado. Quer ainda porque, fornecendo o Código, como se demonstrou, todos os mecanismos necessários para uma apreciação esgotante do facto processual e portanto a possibilidade de se alcançar a verdade material e conseqüentemente uma justa decisão do caso concreto, far-se-ia responder o argüido pela negligência de outros na prossecução da justiça, ou pelos inevitáveis vícios do sistema, acabando, em última análise, por frustrar totalmente as legítimas expectativas de quem foi julgado e sentenciado, comprometendo assim, inabalavelmente, o respeito pela própria dignidade da pessoa humana⁴⁴⁹.

Por fim, não é demasiado reiterar que sendo o fato um todo incidível, impõe-se que haja imputação por inteiro. Não obstante, se, no curso do *iter* procedimental, são desvendadas circunstâncias relacionadas aos fatos descritos na peça acusatória, as mesmas devem ser trazidas ao processo, através do instituto da *mutatio libelli*, o qual poderá ser aplicado até a prolação da sentença em 1ª instância.

Desse modo, se os fatos não são imputados em sua inteireza, e, mesmo assim, não são posteriormente aditados, de forma espontânea, ou, por meio da *mutatio libelli*, incide, na hipótese, a proibição do *bis in idem*, pois a coisa julgada abrange o fato sob todos os possíveis aspectos jurídicos⁴⁵⁰. Pensar ao contrário, seria permitir múltipla persecução penal pela mesma conduta.

⁴⁴⁹ ISASCA, Frederico. **Alteração substancial dos factos e sua relevância no processo penal português**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 229.

⁴⁵⁰ “[...] A coisa julgada abarcará o núcleo [central], bem como quaisquer que tenha sido, na realidade, as suas circunstâncias e/ou circunstâncias elementares”. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 517.

**CAPÍTULO III - ASPECTOS CONTROVERTIDOS ACERCA DA IDENTIDADE DO
FATO COMO PRESSUPOSTO PARA INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO *NE BIS IN*
*IDEM***

1 ALTERAÇÃO DOS ELEMENTOS DO TIPO PENAL

Conforme repetidamente afirmado, a alteração dos elementos do tipo penal, tais como a mudança de capitulação jurídica, do elemento psicológico do acusado, assim como do título de participação (em sentido amplo), não autoriza o ajuizamento de segundo processo, haja vista a identidade nuclear das acusações.

Não se pode aceitar, por exemplo, que em face de um único fato, entendido como situação histórica concreta, haja imputação de homicídio doloso, e, posteriormente, após a absolvição com sentença transitada em julgado, seja ajuizada ação penal por homicídio culposos.

Com efeito, na hipótese acima ilustrada, tanto na forma de homicídio doloso, como culposos, o núcleo central do acontecimento histórico imputado ao acusado permanece inalterado, qual seja, o de provocar a morte de uma pessoa.

É importante observar, também que, embora, existam, eventualmente, entre as diversas imputações, diferenças de tempo, de lugar, de modo de execução, ou mesmo do

objeto do fato imputado, é possível a subsistência da identidade nuclear do fato⁴⁵¹, devendo, para tanto, ser analisado o acontecimento concreto.

De acordo com Beling,

A identidade permanece, por exemplo, se o objeto do furto são \$ 10 ou \$ 20, se a vítima, em lugar de A foi B, se as lesões foram causadas com uma faca ou com outro elemento, se o fato se cometeu em outro lugar próximo ou em outro tempo aproximado, contanto que as diferenças não indiquem, indubitavelmente, que se trata de uma imputação distinta, cujo objeto é um acontecimento histórico diverso do anterior (tradução livre)⁴⁵².

A propósito da impossibilidade de nova persecução penal quando se trata somente da alteração dos elementos do tipo penal, a doutrina releva-se amplamente favorável, a saber:

a) Leone: A mutação do título sem uma correspondente mutação do fato, não vale para permitir uma nova ação penal. [...]. O imputado, absolvido de um fato qualificado como furto, não pode ser de novo submetido a procedimento, qualificando-se o mesmo fato de receptação (tradução livre).

Limitada a noção de “fato” a uma só conduta, é evidente que a mutação do elemento psicológico não muda a identidade do fato; quem foi absolvido da imputação de um delito doloso, não pode ser chamado a responder pelo mesmo fato a título de delito culposo ou de delito caracterizado por dolo específico, e vice-versa; assim mesmo, quem foi absolvido por sentença irrecorrível porque o fato não constituía o delito de fraude, não pode ser submetido a novo procedimento pelo mesmo fato considerado como fraude em comércio (tradução livre)⁴⁵³.

b) Manzini: Absolvido alguém por haver concorrido de uma determinada forma para o delito, não pode depois ser processado por haver dele participado de uma forma diferente, visto que o fato do seu concurso segue sendo o mesmo, não obstante a modificação dos elementos secundários (tradução livre)⁴⁵⁴.

⁴⁵¹ MAIER, Julio in NÚÑEZ, Ricardo (dir.). Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple (*ne bis is idem*). **Doctrina penal**. Teoría y práctica en las ciencias penales, año 9, n. 33 a 36. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1986, p. 430.

⁴⁵² *Ibidem*, p. 430.

⁴⁵³ “La mutación del título sin una correspondiente mutación del hecho, no vale para consentir una nueva acción penal. [...]. El imputado, absuelto en orden al hecho calificado de hurto, no puede ser nuevo sometido a procedimiento, calificándose el mismo hecho de receptación. Limitada la noción de “hecho” a la sola conducta, es evidente que la mutación del elemento psicológico no desplaza la identidad del hecho; quien ha sido absuelto de la imputación de un delito doloso, no puede ser llamado a responder del mismo hecho a título de delito culposo o de delito caracterizado por dolo específico, y viceversa; asimismo, quien ha sido absuelto por sentencia irrevocable porque el hecho no constituía el delito de estafa, no puede ser sometido a nuevo procedimiento por el mismo hecho considerado como fraude en comercio”. LEONE, Giovanni. **Tratado de derecho procesal penal**. V. III. Tradução por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1968, p. 343- 344.

⁴⁵⁴ MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**. Tomo IV. Tradução de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951, p. 527.

c) Vicente Greco Filho: Se houve acusação por furto, porque o indivíduo “X” subtraiu R\$ 1.000,00 de outrem, não poderá haver outra ação penal ainda que se apure, posteriormente, que naquela ação foram subtraídos R\$ 1.200,00. Também não poderá haver ação penal por apropriação indébita pela mesma conduta.

Não poderá, ainda, haver nova ação penal por lesão corporal, se houve absolvição pelo homicídio da mesma pessoa pelo mesmo agente e na mesma oportunidade, porque o fato morte tem o mesmo núcleo essencial da lesão corporal.

[...]. Idem se a absolvição foi de lesão corporal em face de eventual crime de maus-tratos.

Perfilhamos o mesmo entendimento quanto aos modos da prática da infração, se autoria, co-autoria ou participação⁴⁵⁵.

Não obstante, há julgados, em sentido contrário, do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, afastando a coisa julgada nas hipóteses de acusação por autoria e, posteriormente, participação, quais sejam:

HOMICÍDIO. AUTORIA. DECISÃO ABSOLUTÓRIA DO JÚRI. INSTAURAÇÃO DE NOVA AÇÃO PENAL. DIVERSIDADE DO FATO. INOCORRÊNCIA DE COISA JULGADA. ART. 110, PARÁGRAFO 2., DO CPP. A ABSOLVIÇÃO, PELO JÚRI, DA IMPUTAÇÃO DE AUTORIA MATERIAL DO CRIME DE HOMICÍDIO, NÃO FAZ COISA JULGADA IMPEDITIVA DE O PACIENTE RESPONDER EM NOVA AÇÃO PENAL COMO PARTICIPANTE, POR AUTORIA INTELECTUAL, DO MESMO CRIME CUJA AUTORIA MATERIAL É IMPUTADA A OUTREM. HABEAS CORPUS DENEGADO⁴⁵⁶.

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. CONCURSO DE AGENTES. AUTORIA E PARTICIPAÇÃO. ABSOLVIÇÃO PELO JÚRI. INVERSÃO DAS CONDUTAS. NOVA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA DE COISA JULGADA. FATOS DIVERSOS. ORDEM DENEGADA. Quando há a disposição de um fato concreto, onde os agentes tomam na conduta reprovável posições diversas, um autor e o outro partícipe, não se pode reconhecer similitude no fato julgado se, depois, forem concebidos de outra maneira, mesmo que o evento danoso permaneça idêntico. *In casu*, ao final dos julgamentos absolutórios do Tribunal do Júri, comprovou-se que a situação fática em relação aos denunciados era diferente. Não só isso, era inversa, inobstante o evento morte (qualificador da conduta homicida) permanecer o mesmo. Porque há a curial distinção entre a figura da participação e o da autoria na condução delitual, inclusive a fim de resultados retributivos variados, é lógico inferir que a mudança no concurso dos agentes não interfere na segurança do caso julgado, pois os fatos a eles atribuídos são novos e independentes, inexistindo ferimento à coisa julgada. Ordem denegada⁴⁵⁷.

⁴⁵⁵ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 345-346.

⁴⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n° 64.158/MG**. Acórdão. Relator: Rafael Mayer. Brasília, DF, 07 nov. 1986; por maioria. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 09 fev. 2006.

⁴⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n° 21.556/DF**. 6ª Turma. Acórdão Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca. Brasília, DF, 06 fev. 2003; un. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 09 fev. 2006.

Com todo o respeito aos tribunais superiores brasileiros, não é crível a orientação por eles adotada, dado que, no concurso de agentes, a inversão das condutas não provoca alteração substancial da situação ou realidade histórica concreta, uma vez que, por se referirem ao mesmo evento danoso, os fatos atribuídos posteriormente não são *novos*, tampouco *independentes* da primeira imputação.

De outro lado, a distinção entre autoria e participação tem ressonância na aferição e valoração do juízo de culpabilidade e da individualização da pena, não apresentando qualquer relevância no que se refere à delimitação da figura típica, pois o art. 29, *caput*, do Código Penal, preceitua que “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”.

Conseqüentemente, em razão da adoção da teoria do concurso unitário, pelo art. 29, do Código Penal, autor e partícipe respondem pelo mesmo crime, tendo em vista que o fato praticado em concurso de pessoas é comum a todos os seus participantes, em sentido lato, sendo, ao contrário, individual a culpabilidade dos mesmos.

Além disso, distingue-se a participação da autoria, por corresponder aquela, como diz Liszt, ao “fato de tomar parte no ato de execução iniciado ou terminado por outrem”⁴⁵⁸. Por isso, explica Bettiol, que “o ato do partícipe não tem relevância penal autônoma, mas a adquire apenas em relação ao fato realizado pelo autor do crime”⁴⁵⁹.

Realmente, toda participação está essencialmente relacionada ao fato principal, não existindo nenhum “induzimento”, “instigação” ou “auxílio”, por si só; todas as modalidades de participação dependem da participação em um fato principal – daí, a chamada acessoriedade da participação.

⁴⁵⁸ LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal**. Trad. por José Higino Duarte Pereira. Campinas/SP: Russel, 2003, p. 345.

⁴⁵⁹ BETTIOL, Giuseppe. **Direito penal**. Volume II. Trad. por Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: RT, 1971, p. 260-261.

Sendo assim, mais uma razão, para se reconhecer similitude nas ações, quando “os agentes tomam na conduta reprovável posições diversas, um autor e o outro partícipe”, visto que, se no primeiro processo o suposto autor já foi julgado pelo fato principal, não se pode aceitar que, num segundo processo, seja julgado pela participação no mesmo fato principal.

Observa-se, portanto, que assiste razão ao Ministro Oscar Corrêa, quando, em seu brilhante voto vencido proferido no *Habeas Corpus* n° 64.158/MG, afirmou que:

Quando a lei se refere a fato principal no artigo 110, § 2º, do Código de Processo Penal, como quando fala em fato delituoso, [...], refere-se ao evento produzido contra a pessoa - no caso, a morte - pouco importando a qualificação jurídica que se lhe dê (em face de elementos qualitativos implícitos), como diz Combaldien (in *Encyclopédie Juridique* - Dalioz, cit. p. 496) - “todos os qualitativos aos quais pode a engenhosa e astuta erudição dos juristas atribuir” (tradução livre)⁴⁶⁰.

Fato principal é o crime, na sua expressão material mais simples: a morte, o furto, etc., sem as componentes que a ocasião, o autor, a vítima, as circunstâncias qualificam como tantas outras espécies jurídicas, às quais a lei pode tratar diferentemente na penação, fazendo prevalecer este ou aquele elemento, que valoriza diversamente. E que depende das influências sociais, psicológicas, morais, econômicas, políticas, que lhes dão roupagem distinta, sem, contudo, desfazer-lhe, alterar-lhe a estrutura o fato tipo elementar, do qual os outros descendem, ou antes, ao qual se vinculam, se prendem.

O homicídio é homicídio, independentemente de elementos que componham a hipótese, o caso real, a qualificação pelos elementos acessórios ou inspiradores, a qualificação legal, que, às vezes, nem depende do que o comete, mas do que o sofre, da forma de execução, das circunstâncias, tudo o que - fora de qualquer possível previsão - compõe o crime como cometido.

[...].

A mim me parece que o fato principal é um: a morte do lavrador. Acusado do mais - tê-lo assassinado, o réu foi absolvido pelo Júri; agora, pelo menos - ter instigado o autor da morte - será submetido a novo processo. Isto afronta todas as regras que, expostas pelos doutores, impedem o ne bis in idem, tornando irrevogável a sentença anterior.

A prevalecer o entendimento, nada impedirá que, absolvido como mandante, autor intelectual, seja depois processado como cúmplice, por ter dado fuga ao assassino, ou lhe ter fornecido a arma do crime, etc.

Por isso as legislações alienígenas se referem ao fato delituoso, qualquer que seja a sua qualificação jurídica, o título, o grau, as circunstâncias. E a portuguesa, a participação e a co- participação.

[...].

29. Levar o paciente a novo Júri pelas falhas de apuração da verdade no inquérito e na instrução criminal, submetendo-o a nova incriminação, parece-nos, data vênia, evidente bis in idem na extensão em que o tem entendido a doutrina e a jurisprudência alienígenas, que não aceitam resposta o réu a novo processo pelo mesmo fato, ainda mais quando as falhas da instrução pesam sobre a Justiça, que não a fez convenientemente.

⁴⁶⁰ “Toutes les qualificatives dont le peut gratifier l’ingenieuse et subtile érudition des jurists.”

“A sociedade, disse o parecer da Procuradoria Geral da República, ao concluir, tem o dever, e o direito de submeter o paciente ao único órgão a quem, por mandamento constitucional, cabe apreciar uma imputação de autoria de homicídio.” (fls. 111).

Pois bem: o cidadão tem o direito de exigir que não faça dele a pretensa Justiça dos homens joguete que o submete hoje a uma acusação e, absolvido, de outra o incrimine amanhã, pelo mesmo fato, praticado contra a mesma pessoa, nas mesmas circunstâncias; e, apenas, disfarçada em qualificação penal que nem ao menos altera o dispositivo em que é incriminado.

Essa insegurança não serve à sociedade. Nem ao Direito. Menos ainda, à Justiça.

Data vênua dos votos em contrário, concedo a ordem⁴⁶¹.

2 CONFLITO APARENTE DE NORMAS PENAIIS

No tocante ao conflito aparente de normas penais, considerando que o fato imputado, em princípio, enquadra-se em mais de uma norma incriminadora da lei penal, é evidente que a sentença condenatória ou absolutória impede nova ação penal, mesmo que a imputação tenha sido examinada exclusivamente sob o ângulo apenas de uma dessas normas⁴⁶².

A doutrina elenca alguns princípios com o fim de estabelecer, entre a pluralidade de normas aparentemente aplicáveis ao fato, uma relação de hierarquia, determinado, por conseguinte, a norma a ser efetivamente aplicada. São eles: especialidade, subsidiariedade, alternatividade e consunção.

Pelo princípio da especialidade - *lex specialis derogat legi generali* -, a lei especial prevalece sobre a geral. Os elementos típicos do delito geral são os mesmos do delito especial, possuindo estes um “plus” ou, até mesmo, um “minus”, ou seja, elementos especializantes.

⁴⁶¹ Conferir, ao final, acórdão nos Anexos, item 1. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n° **64.158/MG**. Acórdão. Relator: Rafael Mayer. Brasília, DF, 07 nov. 1986; por maioria. Voto vencido do Min. Oscar Corrêa. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 09 fev. 2006.

⁴⁶² MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Volume 3. 2. ed. Campinas: Millenium Editora, 2000, p. 93.

No direito penal, especiais são os tipos qualificados e os privilegiados, como, por exemplo, os crimes de latrocínio e roubo, homicídio e infanticídio, furto simples e furto qualificado, homicídio simples e privilegiado, dentre outros. “São delitos que, entre si, apresentam elementos especializantes em grau comparativo. Um cabe dentro do outro porque o especial possui todas as notas do geral e mais os elementos particularizantes”⁴⁶³.

Explica Marcelo Fortes Barbosa que, haja vista a preferência da norma especial à norma geral, afastado estará o *bis in idem*, pois o comportamento do agente subsumir-se-á apenas ao tipo especial, como ocorre na condição especializante da norma incriminadora da sonegação fiscal em relação ao *falsum* ideológico⁴⁶⁴.

Ainda a respeito do princípio da especialidade, para Eduardo Correa,

Lex specialis derogat legi generali no sentido de que a lei especial exclui a aplicação da lei geral relativamente aos elementos do facto que, requerendo isoladamente a aplicação desta, concorrem, ao mesmo tempo, para o preenchimento daquela.

Desta sorte, acusado um agente pela realização de um tipo fundamental de delito, deverá *logicamente* o juiz verificar se não teria sido levado a cabo o preenchimento do delito especial, já que a aplicação daquele está condicionada pelo não preenchimento deste.

E deverá, igualmente, de um ponto de vista *material*, conhecer da possível verificação deste delito especial, já que, substancialmente, um e outro visam a protecção de bens jurídicos só extensivamente diferentes⁴⁶⁵.

O princípio da alternatividade refere-se aos tipos compostos de várias condutas nucleares, apesar de constituírem delito único. São os chamados crimes de ação múltipla ou conteúdo variado, citando-se, a título ilustrativo, o crime tipificado no art. 122, do Código Penal – *induzir, instigar ou prestar auxílio ao suicida*.

⁴⁶³ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 407.

⁴⁶⁴ BARBOSA, Marcelo Fortes. **Concurso de normas penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 85.

⁴⁶⁵ CORREIA, Eduardo Henrique da Silva. **A teoria do concurso em direito criminal**. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1996, p. 341 e seguintes.

A norma penal, mesmo prevendo várias hipóteses de condutas incriminadoras, como modalidades de um mesmo crime, será aplicável uma única vez, ainda que o agente venha a praticar duas ou mais dessas condutas, desde que seja num só contexto.

Pelo princípio da consunção, há absorção de um fato anterior por um posterior, sempre que aquele sirva de fase preparatória, normal ou de execução deste. “Em termos bem esquemáticos, há consunção quando o fato previsto em determinada norma é compreendida em outra, mais abrangente, aplicando-se somente esta”⁴⁶⁶.

Existindo mais de um ilícito penal, em que um deles - menos grave - represente o meio para a consecução do delito mais nocivo, o agente será responsabilizado apenas por este último. Por isso, o crime consumado absorve o crime tentado, o crime de dano absorve o crime de perigo, o homicídio absorve as lesões corporais, numa relação de continente e conteúdo⁴⁶⁷.

Sobre a consunção, Eduardo Correa assinala que:

Quando se tomam em consideração os diversos interesses ou valores jurídico-criminais que os diferentes tipos legais de crime referem, observa-se existirem entre eles, por vezes, relações de mais e de menos: uns contêm-se já nos outros. Ora isto não pode deixar de ter importância quando se procura apontar as relações de hierarquia entre os preceitos. Se, na verdade, se apresentam ao mesmo tempo, para se aplicarem a uma certa situação de facto, diversos tipos de crimes, encontrando-se os respectivos bens jurídicos uns relativamente aos outros em tais relações, pode suceder que a reacção contra a ofensa concreta do bem jurídico menos vasto se efective já pela aplicação do preceito que tem em vista a defesa de bens jurídicos mais extensos. E quando isto acontece, as disposições penais vêm a encontrar-se numa relação de consunção: umas consomem já a protecção que as outras visam⁴⁶⁸.

Todavia, se, no momento próprio, as diversas situações jurídicas que deveriam ser abrangidas por um mesmo dispositivo penal não o são, a regra do *ne bis in idem* proíbe nova

⁴⁶⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Parte Geral. Volume 1. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 250.

⁴⁶⁷ *Ibidem*, p. 250.

⁴⁶⁸ CORREIA, Eduardo Henrique da Silva. **A teoria do concurso em direito criminal**. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1996, p. 344.

persecução penal ou cumulação posterior de sanções, mesmo que baseada em normas não apreciadas no primeiro processo.

Especificamente a respeito do princípio da consunção, Carnelutti traz o seguinte exemplo: se um agente é acusado de ter sido o autor de disparo de arma de fogo, após a respectiva sentença de condenação ou absolvição, não poderá mais ser julgado por esse fato, ainda que se descubra, posteriormente, que o disparo de arma de fogo imputado no primeiro processo teria causado a morte de alguém⁴⁶⁹.

Quanto ao princípio da subsidiariedade, ocorre quando duas normas contemplam a violação de um mesmo bem jurídico, mas em diversos graus de lesividade. Sendo a ofensa mais grave, o tipo é considerado principal, em detrimento do outro, considerado subsidiário⁴⁷⁰.

A subsidiariedade pode ser expressa, conforme hipótese do art. 132, do Código Penal, ou tácita, como no estupro, que exclui o constrangimento ilegal e a lesão corporal, assim como no furto qualificado pelo arrombamento, que exclui os crimes de dano e violação de domicílio.

Em relação à impossibilidade de “ressurgimento” da norma subsidiária, o Superior Tribunal de Justiça assim decidiu:

CRIME DE INVASÃO DE DOMICÍLIO (ART. 150 DO COD. PENAL). SUBSIDIARIEDADE. TRATANDO-SE DE CRIME SUBSIDIÁRIO, NÃO SUBSISTE AUTONOMAMENTE QUANDO FOI APENAS O MEIO PARA A PRÁTICA DE CRIME DE FURTO, MAIS GRAVE. SE ESTE ÚLTIMO NÃO SE CONSUMOU, RESTA A POSSIBILIDADE DE CARACTERIZAÇÃO DA TENTATIVA, NÃO SE PODENDO COGITAR DO RESSURGIMENTO DA NORMA SUBSIDIÁRIA RELATIVA A INVASÃO DE DOMICÍLIO, JÁ

⁴⁶⁹ CARNELUTTI, Francesco. **Lecciones sobre el proceso penal**. Vol. IV. Tradução por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América Bosch & Cia, [s.d], p. 201-202.

⁴⁷⁰ VARGAS, José Cirilo de. **Instituições de direito penal**. Parte Peral. Tomo I. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 117.

ABRANGIDA TOTALMENTE PELA NORMA INCRIMINADORA PRIMÁRIA⁴⁷¹.

Por fim, no tocante ao conflito aparente de normas penais, pode-se afirmar que de forma geral, viola a proibição do *bis in idem*, se da comparação entre duas ações penais referentes à mesma situação histórica ocorrida, resultar que um aspecto do fato, ou sua totalidade, tiver sido levado em consideração para a formulação da acusação ou do julgamento.

Como propõe Germano Marques da Silva,

O crime deve considerar-se como o mesmo quando exista uma parte comum entre o facto histórico julgado e o facto histórico a julgar e que ambos os factos tenham como objecto o mesmo bem jurídico ou formem, como acção que se integra na outra, um todo do ponto de vista jurídico⁴⁷².

3 CONCURSO DE CRIMES

Relativamente ao crime continuado, apesar de prevalecer o entendimento de que sua realidade jurídica e, conseqüentemente, *unidade*, ocorre apenas para fins de aplicação da pena⁴⁷³, não são poucos os adeptos da corrente que preconiza a unidade jurídica integral⁴⁷⁴, para os quais, após o trânsito em julgado da sentença, incidem os efeitos preclusivos da coisa julgada, constituindo ofensa ao princípio *ne bis in idem* o ajuizamento de nova demanda

⁴⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 13.570/GO**. 5ª Turma. Acórdão Relator Ministro Assis Toledo. Brasília, DF, 13 nov. 1991; un. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 09 de fev. 2006.

⁴⁷² SILVA, Germano Marques. **Curso de processo penal**. Volume III. 2. ed. Lourdes: Editorial Verbo, 2000, p. 45.

⁴⁷³ No crime continuado há vários crimes que, por ficção, são considerados um só para fins de aplicação da pena.

⁴⁷⁴ O crime continuado é um crime único – elos de uma mesma corrente.

relacionada a fatos relacionados à continuidade delitiva, ainda que não constantes do primeiro processo, por serem dependentes deste.

Assim pensam Cortés Dominguez e Cernelutti, respectivamente:

É, pois, lógico pensar que o delito continuado repousa sobre uma ficção, mas que segundo grande parte da doutrina é só parcial e referida à pena, pelo que podemos pensar, conforme aos esquemas dessa postura doutrinal, que cada fato necessite para ser imputado de uma nova ação processual penal. Evidentemente, a conclusão lógica tem que ser que exista a possibilidade de proceder e condenar por fatos cometidos antes da sentença, cujo conhecimento foi posterior a ela.

A solução, sem embargo, não nos parece acertada, pois partimos do fato de que o delito continuado é um delito para todos os efeitos, que surge em virtude dessa ficção jurídica, e não só para efeitos da pena. Daqui que se aplica com pena como delito continuado: “o objeto da sentença é a unidade jurídica que os compreende a todos”, passando em autoridade de coisa julgada todos os fatos embora não se houvessem imputado e se houvessem descoberto com posterioridade.

[...] A sentença não abarca senão aos fatos acusados, e àqueles que podiam havê-lo sido e que não o foram (tradução livre)⁴⁷⁵.

Se se tratava de um delito continuado, e com posterioridade se descobriram novos fatos parciais que não foram conhecidos pelo Tribunal sentenciador (neste último caso, nem sequer pode iniciar-se novo processo com motivo de um ou mais destes fatos parciais desconhecidos, nem no caso de sentença firme absolutória nem condenatória) (tradução livre)⁴⁷⁶.

Helena Cláudio Fragoso, em artigo intitulado “Crime continuado, unidade de processo, coisa julgada”, defende a unidade da continuidade delitiva para todos os efeitos,

⁴⁷⁵ “Es pues, lógico pensar que el delito continuado descansa sobre una ficción, pero que según gran parte de la doctrina es sólo parcial y referida a la pena, por lo que podemos pensar, conforme a los esquemas de esa postura doctrinal, que cada hecho necesite para se acusado de una nueva acción procesal penal. Evidentemente, la conclusión lógica tiene que ser que exista la posibilidad de proceder y condenar por hechos cometidos antes de la sentencia, cuyo conocimiento ha sido posterior a ella. La solución, sin embargo, no nos parece acertada, pues artimos del hecho de que el delito continuado es un delito a todos los efectos, que surge en virtud de esa ficción jurídica, y no solo a efectos de la pena. De aquí que se castiga con pena como delito continuado: “el objeto de la sentencia es la unidad jurídica que los comprende a todos”, pasando en autoridad de cosa juzgada todos los hechos aunque no se hubieran acusado y se hubieran descubierto con posterioridad. [...] La sentencia no abarca sino a los hechos acusados, y a aquellos que podían haberlo sido y que no lo fueron”. CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín. **La cosa juzgada penal**. Ed. Bolonia: Publicações del Real Colégio de Espana, 1975, p. 135-137.

⁴⁷⁶ “Si se trataba de un delito continuado, y con posterioridad se descubrieron nuevos actos parciales que no fueron conocidos por el Tribunal sentenciador (en este último caso, ni siquiera puede iniciarse nuevo proceso con motivo de uno o más de estos actos parciales desconocidos, ni en el caso de sentencia firme absolutoria ni condenatoria”. CARNELUTTI, Francesco. **Lecciones sobre el proceso penal**. Vol. IV. Tradução por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América Bosch & Cia, [s.d], p. 201.

processuais e substâncias⁴⁷⁷, razão pela qual afirma que, após o trânsito em julgado de sentença que decidiu sobre fatos inseridos em continuidade delitiva, torna-se preclusa qualquer decisão por fatos integrantes da mesma série. “E isso, quer os fatos novos tenham sido descobertos antes ou depois da sentença e ainda que ela os tenha totalmente ignorado”⁴⁷⁸⁴⁷⁹.

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região tem decisões acolhendo as posições acima colacionadas:

[...]. CRIME CONTINUADO. PLURALIDADE DE APURAÇÕES E DE PROCESSOS. CONDENAÇÃO ANTERIOR. *BIS IN IDEM*. INADMISSIBILIDADE DE PLURALIDADE DE PERSECUÇÕES.

Não é possível a instauração de vários processos crime para a apuração de continuidade delitiva, se a condenação imposta aos réus no primeiro processo foi exasperada em função da continuidade. Homenagem ao instituto da coisa julgada.

Não constitui ilícito autônomo cada uma das vendas fictícias, realizadas através de nota fiscal fria, se o conjunto de atos foram originalmente apresentados como integrantes de administração criminosa de estatal e assim punida⁴⁸⁰.

CRIME CONTINUADO. PLURALIDADE DE APURAÇÕES E DE PROCESSOS. CONDENAÇÃO ANTERIOR. PRELIMINAR DE *BIS IN IDEM* COM OFENSA À COISA JULGADA [...].

[...].

Estando diante de situações do ponto de vista fático-penal, que dizem respeito ao mesmo período e, manifestamente, diante de um crime continuado que deveria determinar um único julgamento, não há falar-se em litispendência, pois o julgamento desta ação penal exauriu-se como primeiro julgamento. Ademais, a unificação da pena traria ofensa à *res judicata*, e o *bis in idem* resta manifesto⁴⁸¹.

⁴⁷⁷ De maneira semelhante, para Aníbal Bruno o crime continuado correspondia a crime único. *Apud* FRAGOSO, Heleno. **Crime continuado, unidade de processo, coisa julgada**. Disponível em: <<http://www.fragoso.com.br>>. Acesso em: 30 jun. 2006.

⁴⁷⁸ FRAGOSO, Heleno. *Op. cit.*

⁴⁷⁹ De modo idêntico pensa Eduardo Correa, para quem, sob pena de ofensa ao princípio *ne bis in idem*, “[...] se algumas atividades que fazem parte de uma continuação criminosa foram objeto de sentença definitiva, ter-se-á consumido o direito de acusação relativamente a quaisquer outras que pertençam a esse mesmo crime continuado, ainda que elas de fato tivessem permanecido estranhas ao conhecimento do juiz”. *Ibidem.*

⁴⁸⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal. 5ª Região. **Apelação criminal nº 2.464/RN**. 2ª Turma. Acórdão. Relator: Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima. Recife, PE, 19 mar. 2002; un.. Disponível em: <<http://www.trf5.gov.br>>. Acesso em: 09 fev. 2006.

⁴⁸¹ Conferir, ao final, Anexos, item 7. BRASIL. Tribunal Regional Federal – 5ª Região. **Apelação criminal nº 2.833/RN**. 2ª Turma. Acórdão. Relator: Desembargador Federal Petrócio Ferreira. Recife, PE, 29 abr. 2003; un. Disponível em: <<http://www.trf5.gov.br>>. Acesso em: 09 fev. 2006.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal entende que é possível o ajuizamento de nova denúncia por crime continuado, apesar de ter sido descoberto após o primeiro julgamento, mesmo definitivo, contanto que integre a série dos demais delitos continuados, ou seja, desde que haja “continuidade delitiva entre os fatos objetos dos dois processos”⁴⁸².

No mesmo sentido já decidiu o Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. EXCEÇÃO DE COISA JULGADA. CRIME CONTINUADO. PROVIMENTO DO RECURSO. Caracterizam a coisa julgada a identidade de parte, de pedido e, no caso de processo penal, principalmente, a perfeita identidade de fatos descritos na denúncia. A existência de sentença condenatória definitiva não impede o oferecimento de nova denúncia contra sócio de empresa, pelos mesmos fatos delituosos, mas relativos a períodos posteriores. Havendo continuidade delitiva entre os crimes, a unificação de pena se dará nos termos do art. 82 do CPP⁴⁸³.

Quanto à hipótese de concurso formal de delitos⁴⁸⁴, Arlas sustenta que os limites objetivos da coisa julgada estendem-se inteiramente ao fato material, compreendendo todos os tipos delitivos nele incluídos. Por isso, em sendo o acusado absolvido da prática de lesões cometidas em concurso formal com outro delito, não poderá, por exemplo, posteriormente, ser processado por este segundo delito⁴⁸⁵.

Igualmente para Julio Maier, no caso de concurso formal de delitos, admite-se apenas uma única persecução penal. Ainda que se trate de imputação incompleta ou equivocada no

⁴⁸² “CRIME CONTINUADO. PECULATOS PRATICADOS POR SERVIDORES DA JUSTIÇA. CONDENAÇÃO PELOS DELITOS VERIFICADOS A PARTIR DE 1972. DESCOBERTA POSTERIOR A OUTROS PECULATOS OCORRIDOS ANTERIORMENTE. NOVO PROCESSO CRIMINAL. AUSÊNCIA DE COISA JULGADA. SE HOVER CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE OS FATOS OBJETOS DOS DOIS PROCESSOS, A UNIFICAÇÃO DA PENA SE FARÁ NA FORMA DO ART. 82 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso de Habeas Corpus n° 56.773**. 1ª Turma, Acórdão. Relator: Soares Munoz. Brasília, DF, 12 dez. 1978. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 02 fev. 2006.

⁴⁸³ BRASIL. Tribunal Regional Federal – 4ª Região. **Recurso criminal em sentido estrito n° 98.04.07332-3/SC**. 2ª Turma. Acórdão. Relator: João Pedro Gebrean Neto. Porto Alegre, RS, 03 ago. 2000; un. Disponível em: <<http://www.trf4.gov.br>>. Acesso em: 09 fev. 2006.

⁴⁸⁴ Quando, mediante uma só conduta - ação ou omissão -, o agente comete dois ou mais crimes.

⁴⁸⁵ A. ARLAS, José **La cosa juzgada penal y su eficacia sobre la materia civil**. Montevideo: Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1950, p. 69.

primeiro processo, a pretensão punitiva restou cumprida, sendo vedada sua repetição sob qualquer pretexto ou sob qualquer outra nova valoração⁴⁸⁶.

Com efeito, haja vista que a nota essencial do concurso formal de delitos é a unidade de conduta, constata-se que a existência de sentença definitiva sobre mencionada conduta exaure o processo e o julgamento dos crimes que o compõem, por força dos princípios da unidade e da consunção do objeto processual.

4 CRIMES HABITUAIS E PERMANENTES

Em relação aos delitos habituais, consistem na prática de atos idênticos, que perdem sua individualidade para caracterizar um todo ilícito. Neles, é a reiteração de ações que constitui a conduta típica.

Entende-se, de um lado, que todas as condutas realizadas anteriormente ao momento no qual são fixados os fatos imputados no processo, encontram-se compreendidas na unidade de fato inicialmente ajuizado, de modo que não seria possível um novo processo quanto a fatos cometidos nesse período, pois constituiria tanto um duplo processo, como uma dupla apenação.

Noutra vertente, defende-se que o relevante não é o momento da fixação da acusação, senão o período de tempo que, fixadas as conclusões definitivas da acusação, são objetos específicos e reais desta.

⁴⁸⁶ MAIER, Julio *in* NÚÑEZ, Ricardo (dir.). Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple (*ne bis is idem*). **Doctrina penal**. Teoría y práctica en las ciencias penales, año 9, n. 33 a 36. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1986, p. 435.

Dentre as supracitadas correntes, Mercedes Pérez Manzano inclina-se pela primeira, pois

O definitivo é que se trate de um determinado período anterior ao juízo, na idéia de que por ser anterior ao momento de fixação definitiva da acusação até esse momento as ações ou condutas realizadas no período poderiam haver servido para provar o exercício da atividade, e, portanto, haver-se-iam englobado no ajuizamento conjunto e na sanção globalmente imposta. A essa solução não pode opor-se que não houve um efetivo duplo procedimento, pois embora pareça outra coisa, todas as ações cometidas no período ficam englobadas sob a denominação de exercer a profissão ou atividade e sob o mesmo objeto processual (tradução livre)⁴⁸⁷.

Da mesma maneira, afirma De La Oliva que

O próprio processo no qual se considere delimitar o fato punível contribui decisivamente a essa delimitação temporal [...] com virtualidade preclusiva da possibilidade de outorgar relevância jurídico-penal a condutas de aparência ilícita anteriores ao processo (tradução livre)⁴⁸⁸.

No delito habitual, a acusação funda-se numa unidade substancial de fatos caracterizados pela habitualidade. Destarte, a coisa julgada abarca todos os fatos que possam constituir objeto dessa habitualidade, embora não tivessem sido imputados ou julgados.

Sendo assim, o julgamento de crime habitual impede o ajuizamento de nova persecução penal para as condutas praticadas até o trânsito em julgado da respectiva sentença penal⁴⁸⁹.

⁴⁸⁷ “Lo definitivo es que se trate de un determinado período anterior al juicio, en la idea de que por ser anterior al momento de fijación definitiva de la acusación hasta ese momento las acciones o conductas realizadas en el período podrían haber servido para probar el ejercicio de la actividad, y, por tanto, se hubieran englobado en el enjuiciamiento conjunto y en la sanción globalmente impuesta. A esta solución no puede oponerse que no ha habido un efectivo doble procedimiento, pues aunque parezca otra cosa, todas las acciones cometidas en el período quedan englobadas bajo la denominación ejercer la profesión o actividad y bajo el mismo objeto procesal”. PÉREZ MANZANO, Mercedes. **La prohibición constitucional de incurrir en bis is idem**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 109.

⁴⁸⁸ “El propio proceso en el que se plantea delimitar el hecho punible contribuye decisivamente a esa delimitación temporal [...] con virtualidad preclusiva de la posibilidad de otorgar relevancia jurídico-penal a conductas de apariencia ilícita anteriores al proceso”. *Ibidem*, p. 110.

⁴⁸⁹ Diversa é a opinião de Gómez Orbaneja. Para ele, a coisa julgada, nos delitos habituais, engloba os fatos praticados até o momento da acusação. ORBANEJA, Gómez *apud* CATENA, Victor Moreno (dir.). **El proceso penal**. Doctrina, jurisprudencia y formularios. V. III. Valencia: Tirant lo blanch, 2000, p. 2445.

Como salienta Frederico Marques, para a formação de novo processo, é necessária a prática de novas ações, em número suficiente para caracterizar a habitualidade, e absolutamente desvinculadas das ações imputadas no processo anterior⁴⁹⁰.

Nos crimes permanentes, há uma só conduta - ação ou omissão -, protraindo-se no tempo o momento consumativo. Adverte Valentin Cortés Dominguez que, nesses delitos, o importante é que, depois de sua consumação, a violação jurídica do bem tutelado penalmente continue “ininterruptamente”⁴⁹¹.

Prevalece o entendimento de que, o ajuizamento da ação penal, põe fim, forçosamente, à permanência do delito, o que não impede, porém, nova persecução penal, contanto que diga respeito a fatos posteriores ao trânsito em julgado da primeira sentença, ou seja, em caso de reiteração da prática do mesmo delito⁴⁹².

Em posição semelhante, divergindo, em parte, quanto ao termo final da *permanência*, o Superior Tribunal de Justiça tem decisões admitindo nova persecução penal no crime de quadrilha, pela prática de atos posteriores à denúncia ou à condenação, a saber:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE QUADRILHA. CONDENAÇÃO. CONTINUIDADE DA *SOCIETAS SCELERIS*. NOVA DENÚNCIA. POSSIBILIDADE. O CRIME DE QUADRILHA, DE NATUREZA PERMANENTE, EMBORA ENVOLVA UMA SÉRIE DE ATOS, FORMA UMA SÓ UNIDADE JURÍDICA, ENSEJANDO A PROPOSITURA DE UMA ÚNICA AÇÃO PENAL.

- SE APÓS OFERECIDA A DENÚNCIA EM RAZÃO DA PRÁTICA DO DELITO, A *SOCIETAS SCELERIS* TEM CONTINUIDADE PELA PRÁTICA DE NOVOS ATOS CONFIGURADORES DO CITADO CRIME, E CABÍVEL, EM TESE, A PROMOÇÃO DE NOVA AÇÃO PENAL, POIS O RACIOCÍNIO CONTRÁRIO IMPLICARIA PATENTE TERATOLOGIA JURÍDICA, AO

⁴⁹⁰ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Volume 3. 2. ed. Campinas: Millenium Editora, 2000, p. 94.

⁴⁹¹ CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín. **La cosa juzgada penal**. Ed. Bolonia: Publicações del Real Colégio de Espana, 1975, p. 137.

⁴⁹² *Ibidem*, p. 138. Da mesma forma: A. ARLAS, José. **La cosa juzgada penal y su eficacia sobre la materia civil**. Montevideo: Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1950, p. 69.

ADMITIR-SE QUE ATOS COMETIDOS PELA QUADRILHA SEJAM COMPREENDIDOS EM DENÚNCIA OU CONDENAÇÃO ANTERIOR⁴⁹³.

PENAL. CRIME DE QUADRILHA OU BANDO. CRIME PERMANENTE. A MANUTENÇÃO DA ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA APÓS A CONDENAÇÃO OU MESMO A DENÚNCIA CONSTITUI NOVO CRIME FORMAL DE QUADRILHA OU BANDO INOCORRE "BIS IN IDEM" NA NOVA IMPUTAÇÃO. ORDEM DENEGADA⁴⁹⁴.

Diversa é a posição de Frederico Marques, ao sustentar que, no crime permanente, haja vista sua “indisfarçável unidade jurídica e material, constituindo uma só e única infração, [...], não se pode propor contra o agente mais que uma ação penal”⁴⁹⁵.

De qualquer forma, não se pode concordar com a orientação adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, no que se refere à interpretação do princípio *ne bis in idem* no crime de quadrilha, e, conseqüentemente, nos crimes permanentes, pois, como bem disse o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, no voto vencido proferido no *Habeas Corpus* nº 3.222-5/RJ⁴⁹⁶, tal espécie de delito classifica-se como instantâneo, podendo, eventualmente, ser permanente, não sendo de sua essência, da sua estrutura, dos seus elementos constitutivos, a necessidade de se prostrar do tempo⁴⁹⁷.

⁴⁹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 4.290/RJ. Rel. Ministro Vicente Leal, 6ª Turma. Brasília, DF, 28 jun. 1996, por maioria. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 30 jun. 2006.

⁴⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 3.222/RJ. Rel. Ministro Adhemar Maciel. 24 mai. Brasília, DF, 1995, por maioria. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 30 jun. 2006.

⁴⁹⁵ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Volume 3. 2. ed. Campinas: Millenium Editora, 2000, p. 93.

⁴⁹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 3.222/RJ. Rel. Ministro Adhemar Maciel. Brasília, DF, 24 mai. 1995, por maioria. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 30 jun. 2006.

⁴⁹⁷ “Segundo Germano Marques da Silva (Direito Penal Português – Parte Geral I – pág.295), no crime permanente há uma só ação ou omissão que se protela no tempo (ex.: sequestro – art. 158º). O *tempus delicti* não deixa de continuar a ser o do início da execução, porque desde esse momento que já há crime, mas porque a execução se prolonga todos os momentos são ainda de execução, tanto assim que o prolongamento tem frequentemente conseqüências ao próprio nível da ilicitude do facto. Também Maia Gonçalves (Código Penal Português – Anotado e Comentado, 15ª Ed, pág. 404) escreve, a propósito: Nos crimes permanentes a execução persiste no tempo, porque há uma voluntária manutenção da situação anti-jurídica até que a execução cesse, ficando então o crime exaurido. Diferentemente, segundo o mesmo autor, nos crimes de estado o agente cria uma situação, um estado anti-jurídico, do qual seguidamente se desprende, sem que esteja permanentemente e a todo o momento a persistir na sua resolução (como sucede nos casos de crime permanente). Neste, o agente mantém a reiteração do *animus* criminoso - actua com o propósito inicial que

5 JUÍZO INCOMPETENTE

Há de ser ressaltado que, em caso de sentenças eivadas de nulidade, prolatadas por autoridades judiciárias absolutamente incompetentes, ainda assim incide a proibição do *bis in idem*, por ser o vício da incompetência requisito de validade da relação jurídica processual, e não de existência.

Desse modo, pela prática dos mesmos fatos, não poderá novamente ser processado, quem foi absolvido com sentença transitada em julgado, independentemente de ter sido a questão processada e julgada por juízo incompetente. Por igual, não poderá ser novamente imposta uma sanção àquele que já tenha sido julgado em idênticas circunstâncias.

Nesse sentido, há reiteradas decisões judiciais, inclusive, do Supremo Tribunal Federal:

Embora emanada de juiz absolutamente incompetente – e ainda que se trate da denominada “competência de jurisdição” –, a sentença é susceptível de trânsito em julgado.

Problema conexo foi solvido pelo Plenário, ao cabo de exaustiva discussão – e coerentemente contra o único voto vencido do Ministro Moreira Alves - no HC 80263, quando se deu aplicação à Súmula 160 para declarar preclusa à questão da nulidade da sentença por incompetência constitucional da Justiça do Estado.

[...].

[...] Tal como a sentença definitiva, a decisão que determina o arquivamento do inquérito policial, quando fundado o pedido do Ministério Público em que o fato nele apurado não constitui crime, mais que preclusão, produz coisa julgada material, de modo a impedir a ulterior instauração de processo que tenha por objeto o mesmo episódio⁴⁹⁸.

nunca abandonou Cfr. Ac. do STJ de 07/12/89 – BMJ 400/240. Também Eduardo Correia (Unidade e Pluralidade de Infracções – Almedia 1983, pág.23, Nota (1)) ensina que na estrutura dos crimes permanentes se distinguem duas fases: uma, que se analisa na produção (*Herbeiführung*) de um estado antijurídico, que não tem aliás nada de característico em relação a qualquer outro crime (...); outra, e esta propriamente típica, que corresponde à permanência ou, vistas as coisas de outro lado, à manutenção (*Aufrechterhaltung*) desse evento e que para alguns escritores (...) consiste no não cumprimento do comando (...) que impõe a remoção pelo agente dessa compressão de bens ou interesses jurídicos, em que a lesão produzida pela primeira conduta se traduz”. Disponível em: <<http://www.dsi.pt>>. Acesso em: 30 jun. 2006.

⁴⁹⁸ Conferir, ao final, Anexos, item 2. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo 388**; *Habeas Corpus* nº 83346/SP. 1ª Turma. Acórdão Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 17 mai. 2005; un. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 09 fev. 2006.

A sentença absolutória transitada em julgado, ainda que emanada de juiz absolutamente incompetente não pode ser anulada e dar ensejo a novo processo pelos mesmos fatos.

Incide, na espécie, o princípio do *ne bis in idem*, impedindo a instauração de processo-crime pelos mesmos fatos por que foi o paciente absolvido perante Juízo absolutamente incompetente.

Não havendo no ordenamento jurídico brasileiro revisão criminal *pro societate*, impõe-se acatar a autoridade da coisa julgada material, para garantir-se a segurança e a estabilidade que o ordenamento jurídico demanda⁴⁹⁹.

[...]. Não obstante a competência desta Justiça Especializada, o autor respondeu o processo perante o Juizado Especial Cível e Criminal, estatuído pela Lei nº 9.099/95, havendo, inclusive, sentença transitada em julgado e identidade do autor, fato e imputação, requisitos estes, necessários ao reconhecimento da *res judicata*⁵⁰⁰.

6 MUTATIO LIBELLI

A despeito da regra da imutabilidade do objeto litigioso do processo, surgindo fatos penalmente relevantes, não só em relação ao fato-crime em si, mas também no que se refere aos seus elementos agregadores, não contidos na denúncia, abre-se a possibilidade de aditamento, espontâneo, ou através da *mutatio libelli*.

Como visto no início desta exposição, na Parte II, Capítulo I, item 4.1, p. 94-103, os atos previstos no art. 384, do Código de Processo Penal, permitem a adequação da imputação formalizada no processo à situação histórica ocorrida. No crime de furto, por exemplo, mantida a estrutura nuclear da acusação, poderá haver aditamento de circunstância elementar, a fim de transmudar a imputação para apropriação indébita, desde que surja nos autos circunstância elementar de que o acusado detinha a posse da *res furtiva*.

⁴⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 36.091/RJ. 6ª Turma. Acórdão. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Brasília, DF, 24 fev. 2005; un. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 02 fev. 2006.

⁵⁰⁰ Conferir, ao final, Anexos, item 4. BRASIL. Superior Tribunal Militar. *Recurso Criminal* nº 6.388-4/MS. Acórdão. Relator: Min. Gen. Ex. Edson Alves Mey. Brasília, DF, 05 jan. 1996; un. Disponível em: <<http://www.stm.gov.br>>. Acesso em: 02 fev. 2006.

Também foi comentado que não é permitida a utilização do instituto da *mutatio libelli* nos tribunais, por implicar em alteração fática da imputação apreciada em primeira instância, nos termos da Súmula 453, do Supremo Tribunal Federal⁵⁰¹.

Admitir o contrário seria permitir que os tribunais conhecessem de matéria não submetida à apreciação no primeiro grau, suprimindo, portanto, um grau de jurisdição e, por conseguinte, violando o princípio constitucional da ampla defesa⁵⁰².

Dessa forma, a única solução que restará ao tribunal é a absolvição do acusado⁵⁰³, sob pena de afronta à proibição da *reformatio in pejus*, prevista no art. 617, do Código de Processo Penal, e ao enunciado da Súmula 160, do Supremo Tribunal Federal⁵⁰⁴.

A propósito:

PROCESSO PENAL. PENAL. CRIMES DE CORRUPÇÃO PASSIVA (CP, ART. 317) E DE EXPLORAÇÃO DE PRESTÍGIO (ART. 332). MUTATIO LIBELLI: VEDAÇÃO, NA INSTÂNCIA REVISORA, CONFORME SÚMULA 453/STF. I - À instância revisora é vedada a aplicação da *mutatio libelli*, por expressa vedação da

⁵⁰¹ Súmula 453, do Supremo Tribunal Federal: “Não se aplicam à segunda instância o art. 384 e parágrafo único do Código de Processo Penal, que possibilitam dar nova definição jurídica do fato delituoso, em virtude de circunstância elementar não contida explícita ou implicitamente na denúncia ou queixa”.

⁵⁰² “[...]. Réu denunciado por receptação e condenado por furto qualificado. *Mutatio libelli* promovida pelo juiz monocrático, sem a observância dos requisitos legais. [...]. Impossibilidade, em segunda instância, de determinação de aditamento da denúncia. [...]. A determinação do aditamento, em segundo, grau – em razão do reconhecimento da existência de circunstância elementar de tipo penal diverso daquele pelo qual o réu foi denunciado -, significaria o cerceamento da defesa do réu, já que o momento adequado à produção de provas é o da instrução penal. Recurso conhecido e desprovido”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 170.139/GO**. Relator: Ministro Gilson Dipp. 21 fev. 2002. Brasília, DF, DJ 08/04/2002, p. 252.

⁵⁰³ Nesse sentido: “Processual Penal. Recurso Especial. Sentença. *Mutatio libelli*. Recurso exclusivo da defesa. Enquadramento do pronunciamento judicial aos fatos descritos na denúncia. Ausência de provas. Absolvição. Não viola o art. 384 do CPP o acórdão que, no julgamento de apelo interposto exclusivamente pela defesa, corrige equívoco do juiz sentenciante, que deixara de aplicar a *mutatio libelli*, e absolve o réu por falta de provas da configuração do delito, ao invés de decretar a nulidade do feito e o retorno dos autos à primeira instância para manifestação da defesa. – Recurso especial não conhecido”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 317.256/AP**. Relator: Ministro Min. Vicente Leal. 13 ago. 2002. Brasília, DF, DJ 02/09/2002, p. 252. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, adotando idêntica orientação, já decidiu que: “Furto. Confissão procedida na fase pré-processual, roborada pela prova testemunhal, que afasta a negativa posterior em juízo. Receptação. Desclassificação. Súmula 453 do STF. A Súmula 453 do STF veda à instância recursal a ‘*mutatio libelli*’, restando como solução única a absolvição do co-réu”. BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 8ª Câmara Criminal. **Apelação nº 698.219.281**. Relator: Desembargador Montauray dos Santos Martins. Brasília, DF, 02 dez. 1998.

⁵⁰⁴ Súmula 160, do Supremo Tribunal Federal: “É nula a decisão do tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não argüida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso *ex officio*”.

Súmula 453 do Supremo Tribunal Federal. II - Se os apelados se defenderam e foram absolvidos pelos fatos descritos na exordial referentes à corrupção passiva (CP, art. 317), não pode esta Corte, em grau de apelo, desclassificá-lo para crime de exploração de prestígio (CP, art. 332), ante a constatação de que a elementar "em razão dela" (função pública) não consta deste último delito. III - Apelação a que se nega provimento⁵⁰⁵.

Assim sendo, considerando a subsistência da identidade nuclear da acusação, eventual ajuizamento de nova persecução penal importa violação ao princípio *ne bis in idem*, mesmo que sob outra fundamentação, pois, como salienta, Vicente Greco Filho, a fase do art. 384, do Código de Processo Penal, é “a última oportunidade de se fazer a adequação da imputação formal à realidade”⁵⁰⁶.

A respeito do assunto, não se permitiu o ajuizamento de segunda ação penal, não obstante no primeiro processo terem sido os acusados denunciados por uso de documento falso, e no segundo processo, pela prática do crime de estelionato, por versarem ambas as persecuções sobre os mesmos fatos, acerca da mesma situação histórica.

[...]. COISA JULGADA. PRINCÍPIO DO *NON BIS IN IDEM*. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. DUAS AÇÕES PENAIS VERSANDO SOBRE OS MESMOS FATOS ESPECÍFICOS. IMPOSSIBILIDADE. EXTINÇÃO. [...].

Os fatos delituosos delineados na denúncia desta ação criminal já foram decididos em processo que tramitou na instância singular, cuja decisão já se reveste da autoridade da coisa julgada. Ainda que diversa a capitulação naquele e nestes autos, não há como se dar prosseguimento a este feito, em respeito ao postulado do *non bis in idem*. Precedente. [...].

Em que pesem terem sido denunciados no presente processo pelo crime de estelionato, ao passo que foram absolvidos no Processo nº 00.0057426-0 da imputação do delito insculpido no art. 304, isto não altera o contexto jurídico da questão. Como restou esclarecido, pouco importa a qualificação jurídico-penal que dê vestes ao fato criminoso, pois se este for o mesmo, não se pode intentar duas ações penais que versem sobre ele.

Demais disso, o sistema processual penal veda a punição ou o julgamento duplo acerca da mesma conduta delituosa, em função da adoção, pelo nosso ordenamento jurídico-penal, do princípio *non bis in idem*. Tenho, pois, como presente à

⁵⁰⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal – 1ª Região. **Apelação criminal nº 199701000140909**. 3ª Turma. Relator Juiz Cândido Ribeiro. Brasília, DF, 24 jun. 1997. Disponível em: <<http://www.trf1.gov.br>>. Acesso em: 10 jun. 2006.

⁵⁰⁶ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 345.

ocorrência do instituto da coisa julgada, havendo identidade do fato e do acusado em ambas as ações⁵⁰⁷.

Indubitavelmente, essa é a interpretação condizente com a *ratio* do princípio *ne bis in idem*, qual seja, evitar a submissão dos cidadãos a uma ilimitada e eventual arbitrária perseguição estatal, até por que “o processo não pode durar eternamente. É um fim por exaurimento [...]. Precisa contentar-se, necessita resignar-se”⁵⁰⁸.

Diante dos argumentos expostos, não se há de olvidar que o princípio *ne bis in idem* constitui, ao mesmo tempo, garantia constitucional do processo, quando ligado aos efeitos negativos da coisa julgada no processo penal, ou quanto aos seus limites objetivos, assim como direito fundamental da defesa, correlacionado, portanto, aos valores de justiça, segurança, boa-fé, confiança, interdição à arbitrariedade, coerência do poder punitivo estatal, em suma, ao devido processo legal⁵⁰⁹.

⁵⁰⁷ Conferir, ao final, Anexos, item 6. BRASIL. Tribunal Regional Federal. 5ª Região. **Apelação criminal n° 3.943/CE**. 1ª Turma. Acórdão. Relator: Desembargador Federal José Maria Lucena. Recife, PE, 24 nov 2005; un. Disponível em: <<http://www.trf5.gov.br>>. Acesso em: 09 fev. 2006.

⁵⁰⁸ CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. São Paulo: Conan, 1995, p. 64.

⁵⁰⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 377.

PARTE IV

SÍNTESE E PROPOSIÇÕES FINAIS

Resultante da jurisdicização do poder punitivo estatal, o processo penal é fruto do avanço civilizatório da humanidade, ocorrido a partir do século XVIII, tendo surgido como instrumento para frear os excessos e os arbítrios dos estados absolutistas, com forte inspiração nos ideais iluministas.

Não obstante a marcante presença de idéias autoritárias, entre os séculos XIX e XX, nas quais a figura do Estado ocupava posições de privilégios frente ao cidadão, a ciência processual penal inicia o século XXI com a convicção de que, definitivamente, o processo penal contemporâneo não pode ser entendido como instrumento apenas de persecução, de aplicação de pena, de controle social. Ao contrário, se faz, também - e até primacialmente - para a garantia do acusado.

Daí, a razão para a investigação dos aspectos pontuais do Garantismo, movimento ideológico, que rapidamente foi adotado pelos juristas dos estados democráticos, especialmente, Itália, Espanha, Portugal e alguns países da América Latina, inclusive o Brasil, que têm por fundamento e fim a tutela das liberdades dos indivíduos frente às variadas formas de exercício arbitrário do poder.

O modelo de direito garantista significa, portanto, submissão à norma constitucional. Nele, o juiz assume um lugar de destaque: a defesa intransigente dos direitos fundamentais, não podendo ficar inerte diante de violações ou ameaças de lesão aos direitos do acusado, vinculando-se sempre às normas constitucionalmente válidas, onde os princípios constitucionais representam os parâmetros de legalidade e legitimidade.

A verdade buscada no modelo de processo penal garantista corresponde a uma verdade aproximativa, limitada. O juiz, ao julgar os fatos imputados ao acusado, deve escolher a hipótese mais racional dentre suas diversas reconstruções possíveis, correspondendo a verdade à “hipótese mais provável”, segundo os elementos de confirmação existentes nos autos, desde que subordinados aos princípios e às garantias constitucionais.

Abandonando o caráter nitidamente autoritário do Código de Processo Penal, a Constituição Brasileira de 1988 consagrou o sistema acusatório de processo, o qual se coaduna perfeitamente com o modelo garantista de limitação ao direito de punir, estabelecendo um amplo sistema de garantias, (re)constituindo o processo penal no mais sublime instrumento de garantia de liberdade de todos os cidadãos.

Tornou-se evidente, portanto, que o processo penal contemporâneo, de há muito, superou a fase repressora, retomando o ideário garantista dos direitos fundamentais que remonta ao iluminismo e, portanto, à fase libertária, com ressonância na ordem internacional, sempre com a preocupação política e jurídica de tutelar a liberdade dos indivíduos que estão sob o *ius persecuendi* estatal.

O objeto litigioso do processo penal, equivalente ao seu *thema decidendum*, é a pretensão processual, substancialmente, representada por um fato relevante penalmente, atribuído ao imputado, a fim de que seja aplicada a respectiva sanção penal prevista em lei.

O conteúdo da imputação, pois, fixará o *thema decidendum* ou objeto litigioso do processo penal, delimitando a extensão da prestação jurisdicional. Daí, a exigência de ser o fato criminoso descrito com todas as circunstâncias juridicamente relevantes.

Em razão dos princípios da unidade ou da integridade e da consunção do objeto do processo penal, considera-se, com a prolação da sentença, o esgotamento do conteúdo da pretensão, em sua totalidade, ainda que tenha havido deficiência na imputação.

Sem embargo da regra da imutabilidade do objeto litigioso do processo penal, a instrução criminal pode revelar algo diverso do que foi imputado, como a existência de circunstâncias relevantes, relacionadas à acusação, que não eram do conhecimento do Ministério Público, ou do querelante, quando da propositura da ação penal. Por isso, o Código de Processo Penal, em seus arts. 383 e 384, prevê mecanismos que possibilitam a modificação do *thema decidendum*.

Na tutela judicial de direitos fundamentais, a coisa julgada representa, sem dúvida, um dos mais importantes instrumentos, haja vista seu significado político-institucional de assegurar a firmeza das situações jurídicas, tanto que foi erigida em garantia constitucional dirigida ao processo.

Como a tutela da liberdade é princípio inerente ao Estado democrático de direito, exige-se, para a revisão de sentenças transitadas em julgado e acobertadas pela autoridade da coisa julgada, um fundamento material inequívoco, o qual corresponde, no processo penal brasileiro, somente às hipóteses de condenação injusta ou de erro judiciário em prejuízo da defesa, sendo inadmissível revisão criminal *pro societate*.

Relativamente aos elementos que identificam a similitude de ações, no processo penal, circunscrevem-se, subjetivamente, à identidade do acusado, ou seja, ao pólo passivo da ação,

e, objetivamente, à identidade do fato, não se havendo de exigir, para sua caracterização, os elementos elencados no art. 301, § 2º, do Código de Processo Civil.

No processo penal, todas as decisões que emitem, de maneira integral ou parcial, juízo de valor acerca da existência de um fato, de quem seja seu autor e a respectiva valoração jurídico-penal desse fato, por resolverem o mérito, constituem sentenças com força de coisa julgada material. Impedem, igualmente, a reabertura de múltiplos ou simultâneos processos, as decisões que declaram a extinção de punibilidade, por reconhecerem a inexistência de justa causa para a persecução penal.

Uma outra peculiaridade, refere-se à parte da sentença sobre a qual recaem os efeitos da coisa julgada penal. Os motivos do ato decisório, no que diz respeito às sentenças absolutórias, se revestem da autoridade da coisa julgada material, uma vez que, nos termos do art. 386, do Código de Processo Penal, é obrigatória a inclusão, na parte dispositiva da sentença, da causa da absolvição.

Além disso, os arts. 65 e 66, do Código de Processo Penal, atribuem relevância aos fundamentos da absolvição, visto que proclamam a existência de coisa julgada no nível, quando a sentença penal reconhecer que o fato foi praticado sob uma excludente de ilicitude ou quando declarar, categoricamente, a inexistência material do fato.

Há de ser destacado, também, que o art. 386, do Código de Processo Penal, não esgota os pronunciamentos penais dotados de repercussão *ad extra*. As sentenças definitivas, tais como as concessivas de perdão judicial, as declaratórias da extinção de punibilidade pela pena *in concreto* – prescrição retroativa e intercorrente – e os atos judiciais que arquivam o inquérito ou peças de informação, desde que reconheçam, explicitamente, a autoria e a existência material do fato imputado, tornam-se indiscutíveis, tanto no processo penal, como em eventual ação indenizatória pelos mesmos fatos.

Da mesma forma, no que se refere ao efeito positivo da coisa julgada, não obstante abalizadas opiniões em sentido contrário, dúvida não há de que as decisões que, igualmente, atestam a existência do fato imputado, reconheçam a autoria ou declaram a extinção da punibilidade, desde que fundadas em motivos objetivos, que não sejam de caráter pessoal, por produzirem eficácia *ad extra*, obrigam os juízes, em futuras demandas, a reconhecer a existência do primeiro julgado, em tais aspectos, sendo, portanto inegável, o efeito positivo ou prejudicial da coisa julgada penal.

No tocante à função negativa, corresponde à proibição, ao impedimento de qualquer repetição de processo e julgamento sobre aquilo que já foi decidido. E, no processo penal, identifica-se com a proibição de julgamento, mais de uma vez, pelos mesmos fatos, consagrada na fórmula *ne bis in idem*.

Com relação aos seus limites subjetivos, a imutabilidade da sentença penal ocorre, em princípio, apenas, em relação aos acusados, que validamente integraram a relação processual, podendo ser ajuizadas outras ações penais, pelos mesmos fatos, contra pessoas não vinculadas ao primeiro processo.

Todavia, à semelhança do que ocorre com as ações coletivas, onde há extensão benéfica da coisa julgada a terceiros, sem que se alegue ofensa ao contraditório e à ampla defesa, é possível que a indiscutibilidade acerca da existência material do fato e de quem seja o seu autor, de que trata o art. 935, do Código Civil, seja estendida às vítimas, em eventuais ações indenizatórias.

Nos termos do art. 110, § 2º, do Código de Processo Penal, os limites objetivos da coisa julgada penal, circunscrevem-se ao fato principal, que tiver sido objeto da sentença. Destarte, para se falar em coisa julgada, faz-se necessário que verse o processo, cuja

invalidação é requerida, sobre o fato principal anteriormente julgado, referindo-se tal análise à interpretação que se deve atribuir ao termo *idem*, encartado na proibição do *bis in idem*.

O princípio *ne bis in idem*, em sua concepção tradicional, diz respeito à impossibilidade de mais de uma condenação pelos mesmos fatos, com a conseqüente proibição de múltipla persecução penal, residindo seu fundamento na necessidade de segurança jurídica, em paralelo ao que ocorre com a coisa julgada.

A segurança jurídica analisa-se sob tríplice perspectiva. De um lado se trata de preservar a aplicação do Direito, de modo que o mesmo se expresse ou se pronuncie de uma única vez, de forma única; de outro, se trata de garantir a estabilidade e permanência da solução jurídica do caso, com lei aplicada ao mesmo; e, por último, se trata também de importante instrumento de garantia de liberdade dos cidadãos.

Com o desenvolvimento das relações jurídicas, notadamente o respeito aos direitos fundamentais do homem, ganhou notável relevância o compromisso político de diversos países com os valores de coerência e de unidade do ordenamento estatal sancionador.

Por isso, a paulatina ampliação do conteúdo do princípio *ne bis in idem*, sendo, atualmente, aplicado em dois sentidos: (a) na vertente processual, corresponde à inadmissibilidade de múltipla persecução penal, simultânea ou sucessivamente, pelos mesmos fatos, vinculando-se à garantia constitucional da coisa julgada; e (b) na vertente material, diz respeito aos limites jurídico-constitucionais da acumulação de sanções penais e administrativas pelos mesmos fatos e fundamentos, ainda que impostas em ordens sancionadoras diversas⁵¹⁰.

⁵¹⁰ Apenas a título de registro acerca da vertente material do princípio *ne bis in idem*, o XVII Congresso Internacional de Direito Penal, ocorrido em Pequim, na China, em setembro de 2004, adotou, dentre as suas resoluções, o entendimento de que, considerando que sanções criminais podem não ser o único meio de punir violações à lei, “persecuções não criminais e decisões com mesmo efeito punitivo fundamentam uma nova persecução”. JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. O princípio do *ne bis in idem* no direito penal internacional. **Revista da Faculdade de direito de Campos**. Ano IV, nº 4 e 5 – 2003/2004, p. 115.

Quanto à vertente processual do princípio *ne bis in idem*, observou-se seu reconhecimento em diversos instrumentos jurídicos internacionais, dentre eles, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, ratificados pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992 e 25 de setembro de 1992, respectivamente.

Desse modo, seja como garantia inscrita em tratado internacional de direitos humanos, incorporado ao direito interno com *status de* norma constitucional, seja como garantia implícita, decorrente dos princípios adotados pela Constituição, o princípio *ne bis in idem* corresponde a uma garantia constitucional, que limita o *ius perseguendi*, pelos mesmos fatos, a uma única oportunidade.

Com efeito, como diversas vezes afirmado, o princípio *ne bis in idem* não é apenas uma garantia processual constitucional, mas uma garantia político-constitucional, na qual se protege, além da estabilidade das relações jurídicas, a liberdade de todos os cidadãos. Por esses motivos, afirma-se ser o princípio *ne bis in idem* direito fundamental da defesa.

A despeito do reconhecimento em diversos instrumentos jurídicos internacionais, assim como a paulatina extensão do âmbito de proteção para questões não previstas inicialmente, foram constatados freqüentes desvios e mitigações na aplicação do princípio *ne bis in idem*, sobretudo nas hipóteses de alteração dos elementos do tipo penal, de concurso aparente de normas penais e de concurso de crimes.

A complexidade das relações sociais gera potencial possibilidade de qualificações jurídicas diversas para os mesmos fatos, aliada à inexistência de norma que manifestamente se ocupe de solucionar esses conflitos.

Não obstante seja unânime o entendimento de que, para a apreciação da proibição do princípio *ne bis in idem*, deve-se entender o termo *idem*, como fatos reais e históricos, e não

como um crime, no sentido jurídico, não se há de negar a relevância da perspectiva normativa do objeto do processo, visto que o fato deve ser imputado com todas as suas circunstâncias.

É inegável o mérito da teoria naturalista, ao excluir dos elementos identificadores das ações penais, para o fim de incidência da proibição do *bis in idem*, a qualificação jurídica que se tenha dado, no primeiro processo, aos fatos imputados.

Todavia, uma delimitação exata do complexo de fatos apreciados pela sentença com força de coisa julgada, é impossível sem o recurso aos elementos valorativos, sobretudo nos delitos omissivos, cujos elementos são absolutamente normativos, como a questionável existência de nexos de causalidade e de resultado.

Adota-se então, uma posição mista, não se negando a incidência de critérios jurídico-penais do fato imputado – teoria normativa –, sem olvidar, todavia, da perspectiva naturalista, a qual, também, deverá ser considerada. Desse modo, fato processual penal, apesar de algo hipotético (tipo penal), deve ser considerado concreto, tido por existente, no momento da propositura da ação penal.

Relativamente à interpretação do termo *idem*, para efeito de confronto entre duas ou mais ações penais, entende-se que corresponde ao mesmo fato-base, substancial, do processo anterior, a mesma situação fundamental ou núcleo essencial da infração imputada anteriormente ao acusado, independentemente da sua qualificação jurídica.

Por conseguinte, a respeito da identidade dos fatos vedada pelo princípio *ne bis in idem*, leva-se em consideração tão-somente o seu elemento essencial, o núcleo da acusação, relacionado à situação histórica ocorrida, ou a realidade histórica, conforme assentado no IX Congresso de Direito Penal, em Haia.

Não se pode esquecer, também, que, com a prolação da sentença, por força dos princípios da unidade e da consunção, tudo aquilo que poderia ter sido imputado ao acusado, em referência a dada situação histórica, e não o foi, jamais poderá vir a sê-lo novamente.

Em vista disso, no processo penal, a pretensão punitiva é examinada exhaustivamente, incidindo a autoridade da coisa julgada não somente nos fatos descritos na denúncia ou queixa, ou seja, formalmente imputados, mas também sobre os atos, fatos ou condutas que constituam antecedentes lógicos da imputação ou circunstâncias da situação histórica ocorrida.

Assim sendo, a autoridade da coisa julgada penal incide sobre todo o fato, e não apenas sobre a “porção do fato” trazida para o processo, uma vez que, em sendo exercido o *ius perseguendi*, a pretensão punitiva resta definitivamente resolvida.

Se, no curso do *iter* procedimental, são reveladas circunstâncias referentes ao fato descrito na peça acusatória, as mesmas devem ser trazidas ao processo, através do instituto da *mutatio libelli*, o qual poderá ser aplicado até a prolação da sentença em 1ª instância.

Desse modo, se os fatos não são imputados em sua inteireza, e, mesmo assim, não são posteriormente aditados, de forma espontânea, ou através da *mutatio libelli*, incide, na hipótese, a proibição do *bis in idem*, pois a coisa julgada abrange o fato sob todos os possíveis aspectos jurídicos. Pensar ao contrário, seria permitir múltipla persecução penal pela mesma conduta.

Lamentavelmente, os notórios objetivos políticos e jurídicos do princípio *ne bis in idem* não têm evitado, na prática, o desencadeamento, simultâneo ou sucessivo, de processos com a mesma acusação nuclear, sem qualquer preocupação com os valores inerentes à segurança jurídica, à racionalidade, à coerência e à liberdade.

Urge que os magistrados brasileiros efetivamente assumam a função de guardião dos direitos fundamentais do cidadão, ínsita ao Estado democrático de direito, pois, mesmo na ausência de lei regulamentadora, impõe-se aos juízes e tribunais o dever de aplicarem o princípio *ne bis in idem*, uma vez que sempre será possível a declaração de seu conteúdo e de seu alcance, para a efetivação dos verdadeiros valores das normas constitucionais.

A propósito, a mais recente forma de omissão legislativa, decorre do não cumprimento da obrigação do legislador em melhorar, atualizar, corrigir, adaptar ou aperfeiçoar as normas de *prognose*⁵¹¹.

É o caso do princípio *ne bis in idem*, visto que apresenta densidade insuficiente para se tornar exequível por si mesmo, sobretudo pela heterogeneidade dos termos que compõem seu enunciado nos tratados que o reconhecem.

Entretanto, a omissão do Poder Legislativo constitui mais uma razão para que os juízes e tribunais brasileiros assumam sua relevante missão de garantidor dos direitos fundamentais consagrados ou decorrentes da Constituição, devendo haver plena conscientização de que deles depende a concretização constitucional.

De qualquer forma, na solução dos problemas eventualmente decorrentes de violações ao princípio *ne bis in idem*, deverá ser aplicado o princípio do *favor rei*, o qual garante a primazia da norma de interpretação mais favorável ao acusado. Deparando-se o intérprete com uma ambigüidade, impõe-se a opção pela norma que mais atenda ao *ius libertatis*, pela tese mais favorável ao acusado.

⁵¹¹ “Essa carência ou déficit de aperfeiçoamento das leis assumirá particular relevo jurídico-constitucional quando, da falta de ‘melhorias’ ou ‘correções’, resultem conseqüências gravosas para a efectivação de direitos fundamentais”. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1023-1025.

A interpretação deverá ser a que permita maior operatividade ao princípio *ne bis in idem*. Somente quando se tratar, indubitavelmente, de fatos diferentes, será aceitável nova persecução penal.

Daí, a proposta *de lege ferenda*, no sentido de ser modificada a atual redação do § 2º, do art. 110, do Código de Processo Penal, para o fim de suprimir a parte final (*que tiver sido objeto da sentença*), acrescentando, ao referido artigo, o parágrafo (§ 3º), com a seguinte redação: “Como *fato principal* consideram-se todos os atos, fatos ou condutas praticados pelo réu, que tiverem sido objeto do processo anterior, ainda que a acusação não os tenha trazido por inteiro”.

Sugere-se, também, a edição de norma que regulamente os dispositivos do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, no sentido de clarificar as expressões “delito” e “mesmos fatos”, com a redação utilizada pelo recente Código de Processo Penal da Colômbia, que em seu art. 19, proíbe nova intervenção estatal pela mesma conduta, embora sob uma qualificação jurídica diversa, esclarecendo-se que por aquelas expressões se entende a “acusação ou indicição penal fundada exclusivamente nos mesmos actos, factos ou conduta, em actos, factos ou conduta substancialmente idênticos, independentemente da qualificação jurídica da infração imputada”⁵¹².

Ainda como contribuição para futura proposta legislativa, apresenta-se a inclusão de dispositivo, no Código de Processo Penal, no capítulo que regulamenta a sentença, a fim de que se torne explícito o princípio da consunção, pelo qual o objeto do processo deve ser

⁵¹² Proposta aduzida pela República Helênica, na Comissão das Liberdades e dos Direitos dos Cidadãos, da Justiça e dos Assuntos Internos, do Parlamento Europeu, visando assegurar uniformidade na interpretação e aplicação do princípio *ne bis in idem*, a qual lamentavelmente não foi aprovada. **EurLex**. Disponível em: <<http://www.europa.eu.int/smartapi/cgi/>>. Acesso em: 09 mar. 2006.

conhecido e julgado na sua totalidade e, mesmo quando não o tenha sido, considerar-se-á completamente decidido.

Como parâmetro, pode-se invocar a primeira parte do enunciado do art. 742, da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, da Espanha⁵¹³, quando afirma que na sentença resolvem-se, em sua integralidade, todas as questões referentes ao objeto do processo, não somente no que diz respeito ao fato principal imputado, mas, também, em relação às circunstâncias conexas e incidentais. Menciona-se, também, como exemplo, o disposto no art. 474, do Código de Processo Civil, quando diz que, passada em julgado a sentença de mérito, “reputar-se-ão deduzidas e repelidas” todas as questões referentes ao mérito da ação.

Assinala-se, enfim, que, embora as idéias aqui defendidas sejam satisfatórias para a (re)construção da vertente processual do princípio *ne bis in idem*, as resoluções das questões sempre controvertidas, como as várias situações aqui discutidas, não de ser buscadas, caso a caso, pois somente analisando-se o acontecimento concreto, pode-se verificar se há, ou não, identidade de fatos.

⁵¹³ Art. 742, da LECRIM: “En la sentencia se resolverán todas as cuestiones que hayan sido objeto del juicio, condenando o absolviendo a los procesados, no sólo por el delito principal y sus conexos, sino también por las faltas incidentales de que se haya conocido en la causa, sin que pueda el Tribunal emplear en este estado la fórmula del sobreseimiento respecto de los acusados a quienes crea que no debe condenar”.

REFERÊNCIAS

A. ARLAS, José. **La cosa juzgada penal y su eficacia sobre la materia civil**. Montevideo: Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, 1950.

ÁLVAREZ SACRISTÁN, Isidoro. **La justicia y su eficacia**. De la Constitución al proceso. Madrid: Editorial Colex, 1999.

ALVIM, J. Arruda. **Manual de direito processual civil**. Volume 1. Parte geral. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. **Da sentença e da coisa julgada**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

ARAÚJO, Sérgio Luiz de Souza. **Teoria geral do processo penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

ARENHART, Sérgio Cruz. A verdade substancial. *Genesis – revista de direito processual civil* 3/690, Curitiba, set.-dez., 1996.

ARMENTA DEU, Tereza. **Lecciones de Derecho Procesal Penal**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2004.

ASSIS, Araken de. **Eficácia civil da sentença penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BADARÓ, Gustavo. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Correlação entre acusação e sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BAJER, Paula. **Processo penal e cidadania**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.

BAPTISTA, Francisco das Neves. **O mito da verdade real na dogmática do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARBOSA, Marcelo Fortes. **Concurso de normas penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. **El principio non bis in idem**. Cuardenos Luis Jiménez de Asúa, n. 19. Madrid: Dykinson, 2004.

BARROS, Marco Antonio. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BARROS, Romeu Pires de Campos. **Direito processual penal brasileiro**. São Paulo: Sugestões Literárias S/A, 1969.

BARROSO, Ivo Miguel. **Estudo sobre o objecto do processo penal**. Lisboa: Vislis Editores, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BATISTA, Weber Martins. **Direito penal e direito processual penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BELING, Ernst. **Derecho procesal penal**. Traduzido por Miguel Fenech. Buenos Aires: Editorial Labor, 1943.

BETTIOL, Giuseppe. **Direito penal**. Volume I. 2. ed. rev. e atual. da 8. ed. italiana. Traduzido por Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

BINDER, Alberto M. **Introdução ao direito processual penal**. Traduzido por Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Parte Geral. Volume 1. 10. ed. São Paulo: Saraiva. 2006.

BIZZOTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. **Processo penal garantista**. Goiânia: AB, 1998.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 4.290/RJ**. Rel. Ministro Vicente Leal, 6ª Turma. Brasília, DF, 28 jun. 1996, por maioria. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 30 jun. 2006.

_____. **Habeas Corpus nº 3.222/RJ**. Rel. Ministro Adhemar Maciel. Brasília, DF, 24 mai. 1995, por maioria. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 30 jun. 2006.

_____. **Recurso de Habeas Corpus nº 18.099/SC**. 6ª Turma. Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Brasília, DF, 07 mar 2006. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 30 jun 2006.

_____. **Habeas Corpus nº 21.556/DF**. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 09 fev. 2006.

_____. **Recurso de Habeas Corpus nº 8.092/RJ**. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 09 fev. 2006.

_____. **Recurso especial nº 13.570/GO**. 5ª Turma. Acórdão Relator Ministro Assis Toledo. Brasília, DF, 13 nov. 1991; un. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 09 fev. 2006.

_____. **Habeas Corpus nº 6.059/PA**. Brasília, DF. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 02 fev. 2006.

_____. **Habeas Corpus nº 36.091/RJ**. Brasília, DF. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 02 fev. 2006.

_____. **Habeas Corpus nº 3.327/SP**. Brasília, DF. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 02 fev. 2006.

_____. **Recurso especial nº 317.256/AP**. Brasília, DF. DJ 02/09/2002.

_____. **Recurso especial nº 170.139/GO**. Brasília, DF. DJ 08/04/2002.

_____. **Habeas Corpus nº 13.328**. Brasília, DF. DJ 18/12/2000

_____. **Recurso de Habeas Corpus nº 183**. Brasília, DF. DJ 21/05/1990.

_____. Superior Tribunal Militar. **Recurso criminal nº 6.388-4/MS**. Brasília, DF. Disponível em <<http://www.stm.gov.br>>. Acesso em: 02 fev. 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 84.253/RO**. 2ª Turma. Acórdão. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 26 out 2004; un. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 30 jun 2006.

_____. **Informativo 388; Habeas Corpus nº 83.346/SP**. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 09 fev. 2006.

_____. **Habeas Corpus nº 64.158/MG**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 09 fev. 2006.

_____. **Habeas Corpus nº 84.156-2/MT**. Acórdão. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 26 out. 2004; un. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 02 fev 2006.

_____. **Recurso de Habeas Corpus nº 56.773**. 1ª Turma, Acórdão. Relator: Soares Munoz. Brasília, DF, 12 dez. 1978. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 02 fev. 2006.

_____. **Habeas Corpus nº 78.373/PR**. Brasília, DF. Informativo nº 135. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 12 dez. 2002.

_____. **Habeas Corpus nº 73.389/SP**. Brasília, DF. DJ 06/09/1996.

_____. **Recurso extraordinário nº 139.168**. Brasília, DF. DJ 10/04/1992.

_____. **Habeas Corpus nº 67.931-5**. Brasília, DF. DJ 31/09/1990.

- _____. **Recurso de Habeas Corpus nº 59.837/RJ**. Brasília, DF. DJ 10/12/1982.
- _____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação criminal nº 281.483-5**. São Paulo, SP. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 3 fev. 2003.
- _____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 8ª Câmara Criminal. **Apelação nº 698.219.281**. Porto Alegre, RS.
- _____. Tribunal Regional Federal. 5ª Região. **Apelação criminal nº 3.943/CE**. Recife, PE. Disponível em: <<http://www.trf5.gov.br>>. Acesso em: 09 fev. 2006.
- _____. **Apelação criminal nº 2.833/RN**. Recife, PE. Disponível em: <<http://www.trf5.gov.br>>. Acesso em: 09 fev. 2006.
- _____. **Apelação criminal nº 2.464/RN**. Recife, PE. Disponível em: <<http://www.trf5.gov.br>>. Acesso em: 09 fev. 2006.
- _____. Tribunal Regional Federal. 4ª Região. **Recurso criminal em sentido estrito nº 98.04.07332-3/SC**. Porto Alegre, RS. Disponível em <<http://www.trf4.gov.br>>. Acesso em: 09 fev. 2006.
- BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. Parte geral. Tomo I. 5. ed. rev. e atual. por Raphael Cirigliano Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- CALHAU, Lélío Braga. **O devido processo legal no processo penal: da Antígona ao garantismo**. Disponível em: <<http://www.direitopenal.adv.com.br>>.
- CAMBI, Eduardo. Verdade processual objetivável e limites da razão jurídica iluminista. **Revista de processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 96, out.-dez. 1999.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CARNELUTTI, Francesco. **As funções do processo penal**. Campinas: Apta, 2004.
- _____. **As misérias do processo penal**. São Paulo: Conan, 1995.
- _____. **Lecciones sobre el proceso penal**. Vol. IV. Tradução por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Bosch & Cia, [s.d].
- CARVALHO, Américo A. Taipa de. **Sucessão de leis penais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.
- CARVALHO, Amilton Bueno; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 2. ed. ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal (em face) da Constituição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CASTRO, Wellington Cláudio Pinho. Regime jurídico dos tratados e convenções internacionais após a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004. **Jus navigandi**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1060>>. Acesso em: 16 mar. 2006.

CATENA, Victor Moreno (dir.). **El proceso penal**. Doctrina, jurisprudencia y formularios. V. III. Valencia: Tirant lo blanch, 2000.

CHOUK, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2001.

CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COOLEY, Thomas M. **Princípios gerais de direito constitucional nos Estados Unidos da América**. Campinas/SP: Russel, 2002.

CORREIA, Eduardo Henriques da Silva. **A teoria do concurso em direito criminal**. Coimbra: Almedina, 1996.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. **La cosa juzgada penal**. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1975.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. **Igualdade no direito processual penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. A verdade processual em Ferrajoli. **IBCCRIM**, São Paulo, n. 106, set. 2001. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 13 mai. 2003.

CUCARELLA GALIANA, Luis Andrés. **Derecho y Proceso Penal**. La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa. Navarra: Arazandi, S.A., 2003.

CUNHA, D Jason B. Della. **Crise do direito e da regulação jurídica nos estados constitucionais periféricos**. Modernidade e Globalização. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DANTAS, Ivo. **Constituição e processo**. Vol. I. Introdução ao Direito Processual Constitucional. Curitiba: Juruá, 2003.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. **Sobre la cosa juzgada**. Civil, contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del tribunal constitucional. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1991.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito processual penal**. Vol. I. 1. ed. 1974, reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de processo penal brasileiro anotado**. Vol. II. Campinas/SP: Bookseller, 2000.

FENECH, Miguel. **Derecho procesal penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Labor, 1952.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Reação defensiva à imputação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do garantismo penal. Traduzido por Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **A teoria do garantismo e seus reflexos no processo penal**. Disponível em: <<http://www.geocities.com.br>>. Acesso em: 10 mar. 2004.

FONTES JÚNIOR, João Bosco Araújo. **Liberdades fundamentais e segurança pública**. Do direito à imagem ao direito à intimidade. A garantia constitucional do efetivo estado de inocência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FRAGOSO, Heleno. **Crime continuado, unidade de processo, coisa julgada**. Disponível em: <<http://www.fragoso.com.br>>. Acesso em: 30 jun. 2006.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **O juiz e o modelo garantista**. Disponível em: <<http://www.ibccrim.com.br>>. Acesso em: 11 mai. 1998.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **As razões do positivismo penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

GARCIA, Alfredo. **The fifth amendment**. A comprehensive approach. Westport: Greenwood press, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. **A dimensão da magistratura**: no estado constitucional e democrático de direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal brasileiro. **A marcha do processo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

_____. As garantias constitucionais do processo. **Novas tendências do direito processual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

_____. **Liberdades públicas e processo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

_____. **Eficácia e autoridade da sentença penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **As nulidades no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GUASP DELGADO, Jaime. **La pretensión procesal**. Madrid: Civitas, 1981.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2003.

HAMILTON, Sérgio Demoro. **A ortodoxia do sistema acusatório no processo penal brasileiro: uma falácia**. Disponível em: <<http://www.amperj.org.br>>.

HENDLER, Edmund S. (comp.). **Las garantías penales y procesales**. Enfoque histórico-comparado. Buenos Aires: Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho – Universidad de Buenos Aires, 2001.

ISASCA, Frederico. **Alteração substancial dos factos e sua relevância no processo penal português**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. O princípio do *ne bis in idem* no direito penal internacional. **Revista da Faculdade de direito de Campos**. Ano IV, nº 4 e 5 – 2003/2004.

JIMENEZ ASENJO, Enrique. **Derecho procesal penal**. Vol. I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, [s.d].

Jornal Oficial da União Européia, de 26 abr 2003. **EurLex**. Disponível em: <<http://www.europa.eu.int/smartapi/cgi/>>. Acesso em: 09 mar 2006.

KANOVITZ, Jacqueline R. **Double jeopardy**. [s.d].

LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. **Acumulación de sanciones penales y administrativas**. Sentido y alcance del principio *ne bis in idem*. Barcelona: Bosch, 1998.

LEONE, Giovane. **Tratado de derecho procesal penal**. Vol. I. Tradução por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Bosch & Cia, [s.d].

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Traduzido por Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LIMA, Marcellus Polastri. **Tutela cautelar no processo penal**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005.

_____. **Curso de processo penal**. Volume I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. **Ministério Público e persecução criminal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

LIMA, Francisco Gérson Marques. **Fundamentos constitucionais do processo**. Sob a perspectiva da eficácia dos direitos e garantias fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2002.

LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal**. Trad. por José Higinio Duarte Pereira. Campinas/SP: Russel, 2003.

LOPES, Anselmo Henrique Cordeiro. **A força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos e a emenda constitucional nº 45/2004**. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6157>>. Acesso em: 16 mar. 2006.

LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. A (de)mora jurisdicional e o direito de ser julgado em um prazo razoável no processo penal. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v.13, n.152, p. 4-5, jul. 2005. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 13 dez. 2005.

_____. **O fundamento da existência do processo penal: instrumentalidade garantista**. Disponível em: <<http://www.serranoneves.com.br>>. Acesso em: 22 mar. 2005.

_____. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MAGALHÃES, Maria Cristina Faria. **A correlação entre acusação e sentença nas ações penais condenatórias**. A conformidade entre a lei processual e a Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal**. Tomo IV. Tradução de Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Volume 1. 2. ed. Campinas: Millenium Editora, 2000.

_____. **Elementos de direito processual penal**. Volume 3. 2. ed. Campinas: Millenium Editora, 2000.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Direito internacional. **Tratados e direitos humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

MEDEIROS, Morton Luiz Faria de. Perfil da Coisa Julgada no Processo Penal. **Revista do Instituto de pesquisas e estudos**. Bauru: Instituição Toledo de Ensino, 2000.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. **Revisão criminal**. 2. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

MESEGUER YEBRA, Joaquín. **El principio “non bis in idem” en el procedimiento administrativo sancionador**. Barcelona: Bosch, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Alexandre (coord.). **Os dez anos da Constituição Federal – temas diversos**. Constitucionalidade dos poderes inquisitivos do juiz. STF abre caminho para juiz político. São Paulo: Atlas, 1999.

MORAES, Maurício Zanoide. **Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. A questão da lide no processo penal. **DireitoNet**, São Paulo, 01 abr. 2005. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/19/76/1976/>>. Acesso em: 06 mar. 2006.

MUÑOZ LORENTE, José. **La nueva configuración del principio non bis in idem**. Las sanciones administrativas como límite a la intervención de la jurisdicción penal. Especial referencia al ámbito medioambiental. Madrid: Ecoiuris, 2001.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Preclusões para o juiz**. Preclusão *pro iudicato* e preclusão judicial no processo civil. São Paulo: Método, 2004.

NORONHA, Edgard. Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1976.

NÚÑEZ, Ricardo (dir.). El significado y alcance de algunas reglas de garantía vinculadas al derecho procesal penal. **Doctrina penal**. Teoría y práctica en las Ciencias Penales, año 12, n. 45 a 48. Buenos Aires: Depalma, 1989.

_____. Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple (*ne bis in idem*). **Doctrina penal**. Teoría y práctica en las ciencias penales, año 9, n. 33 a 36. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1986.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (org.). **Elementos para uma nova teoria geral do processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. **Curso de processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos atos de governo pela jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **História do direito processual brasileiro**. Das origens lusas à Escola Crítica do Processo. Barueri/SP: Manole, 2002.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo penal. O direito de defesa: repercussão, amplitude e limites**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PENTEADO, Jaques de Camargo (coord.). **Acusação, defesa e julgamento**. Campinas: Millenium, 2001.

_____. A visão do julgador. **Justiça penal**. Críticas e sugestões. V. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PÉREZ MANZANO, Mercedes. **La prohibición constitucional de incurrir en *bis is idem***. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

POZZER, Benedito Roberto Garcia. **Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2001.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**. O princípio *nemo tenetur se degetere* e suas decorrências no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Da revisão criminal**. Condições da ação. São Paulo: Malheiros, 1998.

RAMÍREZ GÓMEZ, Salvador. **El principio *ne bis in idem* en el ámbito tributario**. Aspectos sustantivos y procedimentales. Madrid: Marcial Pons, 2000.

RANGEL, Paulo. **Juiz garantista**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.com.br>>. Acesso em: 02 fev. 2006.

_____. **Investigação criminal direta pelo Ministério Público: visão crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. **O garantismo penal e o aditamento à denúncia**. Disponível em: <<http://www.podium.com.br>>. Acesso em: 26 out. 2002.

REALE Júnior, Miguel. **Instituições de direito penal. Parte Geral**. Volume 1. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ROCHA, Lincoln Magalhães da. **A Constituição americana**. Dois séculos de direito comparado. Rio de Janeiro: Edições trabalhistas, [s.d.].

SANTOS, Gil Moreira. A estabilidade objectiva da lide em processo penal. **Revista portuguesa de ciência criminal**. Ano 2. Fascículo 4. Out-dez 1992.

SANTOS, Pedro Sérgio dos. **Direito processual penal & a insuficiência metodológica: a alternativa da Mecânica Quântica**. Curitiba: Juruá, 2004.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SGARBOSSA, Luis Fernando. A Emenda Constitucional nº 45/04 e o novo regime jurídico dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos. **Jus navigandi**. Disponível em: <http://www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6272>. Acesso em: 16 mar. 2006.

SILVA, Danielle Souza de Andrade e. **A atuação do juiz no processo penal acusatório**. Incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988. Porto Alegre: SAFE, 2005.

SILVA, Germano Marques. **Curso de processo penal**. Volume III. 2. ed. Lourdes: Editorial Verbo, 2000.

_____. **Curso de processo penal**. Volume I. 3. ed. Lourdes: Editorial Verbo, 1996.

SILVA, Larissa Dias Magalhães. **A implementação dos tratados internacionais de direitos humanos na constituição federal de 1988**. Jus navigandi. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7405>. Acesso em: 16 mar. 2006.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Sentença e coisa julgada**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes. **Adurn**. Seção sindical. Notícias. Ano 9, n. 250, 25/12/2005. Disponível em: <http://www.adurn.ufrn.br>. Acesso em: 30 jun. 2006.

_____. **Crime organizado: nova lei**. Disponível em: <http://www.jfrn.gov.br>. Acesso em: 10 jun. 2006.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Da verdade dada à verdade buscada. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 101, 2001. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 12 jan. 2002.

SOTO NIETO, Francisco. **Correlacion entre acusacion y sentencia**. Temas procesales. Madrid: Editora Montecorvo, S.A., 1979.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SUÁREZ SÁNCHEZ. Alberto. **El debido proceso penal**. 2. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

TESHEINER, José Maria. **Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

THOMAS, George C. **Double jeopardy**. The History, the law. New York: New York University Press Books, 1998.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. Volume 2. 19. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos.** Fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VARGAS, José Cirilo. **Direitos e garantias individuais no processo penal.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Instituições de direito penal.** Parte Peral. Tomo I. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

VASCONCELOS, Francisco Pavon. **Concurso aparente de normas.** Puebla: Editorial Cajica S.A., 1975.

VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal.** Coimbra: Coimbra editora, 2000.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada.** Hipóteses de relativização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil.** 3. ed. Campinas/SP: Bookseller, 2005.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ANEXOS

JULGADOS SOBRE O PRINCÍPIO *NE BIS IN IDEM*

SUMÁRIO: 1 Concurso de agentes: inversão das condutas. 2 Arquivamento de inquérito: mudança da capitulação legal. 3 Arquivamento de inquérito policial: atipicidade do fato. 4 Juízo absolutamente incompetente: sentença com eficácia de coisa julgada material. 5 *Bis in idem*: identidade de acusação nuclear. 6 *Bis in idem: mutatio libelli*. 7 Crime continuado: caracterização do *bis in idem*. 8 Crime continuado: incoerência de coisa julgada.

1 Concurso de agentes: inversão de condutas

1.1 Absolvição pelo Júri. Mudança de autoria direta para autoria intelectual. Nova denúncia. Possibilidade. Incoerência de coisa julgada.

“Homicídio. Autoria. Decisão absolutória do Júri. Instauração de nova ação penal. Diversidade do fato. Incoerência de coisa julgada.

[...].

O que se pretende, na presente impetração, como está dito na inicial, é que não é lícito mandar o paciente a novo julgamento por crime de homicídio, após o trânsito em julgado da decisão que o absolveu do mesmo crime, pela negativa de autoria. “Seguramente”, conclui a impetração, “cristalizou-se a categoria processual da coisa julgada que, via da demonstração feita, não pode ser modificada por força do aceiteamento jurídico do mesmo fato (fato principal é a morte dada em homicídio à vítima), sobretudo porque não há distinguir entre autor, co-autor e cúmplice, na linha da concepção unitária adotada pelo direito brasileiro” (fls. 9-10).

É que o paciente respondeu sozinho a processo-crime como autor de homicídio, e veio a ser absolvido em razão do veredicto do Tribunal do júri que respondeu negativamente o primeiro dos quesitos formulados, a saber se fora ele que, na data e lugar referidos, utilizando uma espingarda (cartucheira), desferiu um disparo na vítima, causando-lhe os ferimentos descritos no auto de necropsia, com o que, de conseguinte, ficaram prejudicados os demais quesitos (fls. 56).

Ora, pelo mesmo fato, moveu-se, posteriormente àquele julgado, ação penal, que veio a consubstanciar-se em decreto de pronúncia, contra um terceiro e contra o paciente, àquele se imputando a a Butoria material do homicídio, no modo de execução anteriormente descrito, e a este a autoria intelectual, como mandante (fls. 31).

Questiona-se se tem aplicação à hipótese o art. 110, § 2º, do Código de Processo Penal, no dizer de que a exceção de coisa julgada somente poderá ser oposta em relação ao fato principal, que tiver sido objeto da sentença.

Obviamente, a coisa julgada material que se formou relativamente ao fato delituoso que foi objeto de decisão do júri, não contém eficácia negativa a impedir que se instaure a ação penal contra o

terceiro que não foi sujeito passivo na lide anterior, inócua, portanto, a identidade de parte, ainda que o fato que se lhe imputa tenha sido exatamente o mesmo, ou seja, a mesma causa de pedir, sendo irrelevante à configuração da coisa julgada criminal o pedido, expresso igualmente, em todo caso, como uma demanda de aplicação da pena.

Resta saber se a mesma decisão transita em julgado, absolutória do paciente, é impeditiva de que este responda criminalmente, não mais como autor material do crime de homicídio, como fora objeto do veredicto, mas como autor intelectual e, portanto, participe nele.

Importa verificar, para os efeitos do dispositivo processual, se com relação ao paciente, há identidade entre o fato principal que foi objeto da sentença absolutória e o que ora se lhe imputa, de modo a opor-se à persecução penal o dogma do *bis in idem sit actio*.

Diz-nos Frederico Marques que surge o *bis in idem* “quando se instaura nova persecução penal a respeito do fato delituoso que foi objeto de ação penal anteriormente decidida em sentença tornada imutável pela coisa julgada”, e que, “sob o ângulo objetivo, é a imputação, ou *causa petendi* o que individualiza a ação penal e a acusação, o litígio penal e a *res in iudicium de ducta*” (in “Elementos de Direito Processual Penal, 111/95-96).

Ora, essa identidade de causa, que supõe o mesmo fato, inexistente, se se tem em conta o estrito limite de ação delitiva que o julgamento absolutório teve em mira, na posição de autor material do crime e realizador do próprio tipo criminal em causa, em face da nova imputação de participação no mesmo crime, mas que foi executado por outrem, o que significa uma outra conduta que não aquela anteriormente apreciada.

[...].

Pelo exposto, invocando ainda os fundamentos do douto parecer da Procuradoria Geral da República, que tenho por incorporados ao voto, indefiro o pedido⁵¹⁴.

[...].

Ministro Oscar Corrêa: [voto vencido].

[...].

2. Dois temas surgem nítidos no debate: a extensão da coisa julgada no crime e o conceito de fato principal do artigo 110, § 2º do CPP, ambos ligados tão intimamente que a decisão é una.

O eminente Relator, examinando, em profundidade, a hipótese, concluiu contrariamente à impetração, ao argumento de que não se configurou sob o ângulo da imputação, ou *causa petendi* “a identidade de causa, que supõe o mesmo fato”. [...].

3. Essa conclusão, à qual reconhecemos não faltar sólida base lógica, não nos tranqüilizou o espírito, nem satisfaz às nossas indagações, tanto mais quanto conduziria, nas conseqüências que poderia ter, a situação esdrúxula: o autor, absolvido da imputação da morte, ser, posteriormente, acusado da co-autoria (como na hipótese, por autoria intelectual), e, absolvido, vir a ser acusado de participação (por outra forma), no crime, etc... numa sucessão interminável de procedimentos aos quais estaria sujeito, pelo mesmo fato principal - a morte de alguém.

[...].

4. Na lei processual penal brasileira se diz, textualmente, no § 2º do artigo 110, que “a exceção de coisa julgada somente poderá ser oposta em relação ao fato principal, que tiver sido objeto da sentença”.

Como salientado, o eminente Relator considerou que o fato principal na primeira hipótese, fora a autoria material e, na segunda, a autoria intelectual, a instigação.

Ao impetrante pareceu que é fato principal a morte a alguém, “não importando o “modus operandi”, autor, ou co-autor”.

[...].

5. Entre nós, José Frederico Marques (“Elementos de Direito Processual Penal”, Forense, 2a. ed. 1965, II, p. 241) examina a questão assinalando:

⁵¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 64.158/MG. Acórdão. Relator: Rafael Mayer. 07 nov. 1986; por maioria. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 09 fev. 2006.

“O fato, com os seus diversos elementos integrantes, é que individualiza objetivamente a imputação. E também no fato imputado encontra a acusação os limites com que traça o objeto do julgamento e configura a res in iudicium deducta. A qualificação jurídica do fato imputado e as suas conseqüências jurídico-penais em nada influem na delimitação da res iudicanda, uma vez que, no tocante a esses elementos, vínculo algum a acusação cria para o juiz.

Se depois de apresentada uma acusação, outra é formulada, em nova ação penal, serão essas ações idênticas se baseadas nos mesmos fatos, embora a qualificação provisória desses fatos seja diversa, em uma e outra das acusações. O mesmo se diga de ações penais que se fundam em fatos idênticos, mas se encerram, em cada uma das acusações, com pedidos de penas e sanções jurídico-penais diferentes.”

E, logo adiante:

“Fato principal, portanto, é a conduta lesiva de um bem jurídico penalmente tutelado, exclui das as circunstâncias e elementos acidentais que gradua a maior ou menor gravidade da lesão. Há, assim identidade de ações penais quando ambas descrevem a mesma conduta delituosa, por conterem elas a imputação de condutas iguais atingindo o mesmo bem jurídico penalmente tutelado, muito embora apresentem mutações parciais no tocante a circunstâncias daquela conduta.”

E no volume III, lêem-se essas ponderações:

“E esse fato principal outro não é que o fato material imputado ao réu, independentemente de sua qualificação jurídico-penal, uma vez que o artigo 383 do Código de Proc. Penal consagra o princípio do narra mihi factum, dabo tibi jus.

Mas o fato principal se exclui do campo da res iudicata as questões e segmentos acessórios da sentença, nem por isso fica impossibilitado de afastar o bis in idem quando à imputação se acrescem dados acessórios que possam tornar o delito mais grave ou menos grave.

A ação penal e o processo devem versar sobre o fato delituoso em sua integridade. Para o juiz decidir da acusação, as omissões de circunstâncias que alteram a fisionomia legal do fato imputado são relevantes, pois que impedem a qualificação jurídica da imputação sob outra forma (retro, ns. 412 e 421). Todavia, em se tratando da identificação da lide penal, o mesmo se não verifica, visto que as circunstâncias e pormenores, os elementos acessórios e complementares em nada influem no fato principal que a imputação descreve, porque nesta é que se contém a causa petendi que identifica o pedido acusatório e o litígio penal (retro, nº 412).

Disse muito bem ORTOLAN que o direito de ação, “exaurido em face do fato principal, esgotado também se acha em face de todos os fatos dessa natureza, invocados ou não invocados no processo, uma vez que se reconheça que estes últimos não passavam de dependência ou modalidade do fato imputado (fait poursuivi), fazendo corpo com o mesmo. Cabia às partes, tanto de um lado como de outro, a tarefa de explorar o litígio e de apresentá-la, ao juiz, em toda sua amplitude, e com todos os seus acessórios.”

E, mais adiante:

“Relativamente ao concurso aparente de normas, necessário é partir-se da premissa de que, aí, o fato imputado se enquadra em mais de uma norma incriminadora da lei penal, pelo que evidente que a sentença condenatória ou de absolvição impede nova ação penal, mesmo que a imputação tenha sido examinada exclusivamente sob o ângulo apenas uma dessas normas.”

6. Em Fernando da Costa Tourinho Filho. (“Processo Penal”, Editora Jalovi - São Paulo – 1975 – 4º vol., pág. 194 e segs.), conceituando o fato principal diz:

“Esse fato principal a que se refere o artigo 110 no seu § 2º é aquele “acaecer histórico”, o fato material que na peça acusatória se imputa ao réu, pouco

importando a qualificação jurídico-penal que se lhe dê. Se Tício foi absolvido no processo em que se lhe imputava haver, no dia 2 de maio de 1969, subtraído da residência de Mévio, uma televisão marca Phillips, não se conceberia pudesse ser proposta outra ação penal contra ele, pelo fato de haver, no dia 2 de maio de 1969, se apropriado indebitamente de uma televisão marca Phillips de propriedade de Mévio. É que o fato foi o mesmo, embora com roupagem jurídico-penal diversa.”

E, concluindo:

“Já o mesmo não ocorre com a pessoa acusada. Somente se poderá argüir a coisa julgada, se a mesma pessoa na qualidade de autor ou co-autor, já foi, pelo mesmo fato, processada anteriormente, pouco importando tenha sido absolutória, condenatória ou terminativa de mérito a decisão anterior (porque somente as decisões de mérito é que fazem coisa julgada, ou melhor, adquirem a autoridade de coisa julgada).”

7. E. Magalhães Noronha (“Curso de Direito Processual Penal”, Saraiva, 1976, 9a. ed., p. 66), resumidamente, afirma:

“O fundamento é o crime, ou melhor, o fato. Sendo ele o mesmo, não mais pode ser discutido embora se verifique posteriormente que circunstâncias havia que lhe davam outra definição jurídica, v.g., rapto e seqüestro, furto e exercício arbitrário das próprias razões, sedução e corrupção menores etc. Havendo sentença transitada em julgado, outra demanda pelo mesmo fato seria perpetuação do jus persequendi com desprestígio da Justiça e reflexos assaz nocivos à paz e à tranqüilidade das pessoas.”

8. Examina Hélio Tornaghi, largamente, a questão (“Compêndio de Processo Penal”, J. Konfino, 1967, 1, pág. 103 e segs.), e ao cuidar dos “limites objetivos da coisa julgada”, assere, re ferindo-se ao art. 110, § 2º, do CPP (p. 114):

“Trata o dispositivo da extensão da coisa julgada. Que questões devem considerar-se julgadas? Todas aquelas sobre as quais se discutiu? As que o juiz conheceu? Ou somente as que decidiu não incidenter tantum (v.g. uma questão prejudicial), mas essencialiter?

A solução da lei é clara e correta. Somente a res principaliter deducta iudicata est. E isso quer tenha havido controvérsia, quer não. O iudicatum, portanto, não corresponde ao disputatum: nem tudo quanto é debatido passa em julgado, e, por outro lado, podem ser objeto de decisão pontos sobre os quais não tenha havido divergência.

Por isso os fatos apreciados pelo juiz incidentalmente, as questões prejudiciais, os argumentos aduzidos na parte demonstrativa da sentença, tudo isso pode ser objeto de novo exame em outro processo sem que se possa excepcionar coisa julgada. Apenas daí não poderá o juiz inferir nenhuma decisão que lese o bem jurídico, a coisa julgada assegurada anteriormente.”

9. Em Portugal, o C.P.P. de 1929, no artigo 149, dispõe:

“Quando por acórdão, sentença ou despacho com trânsito em julgado, se tenha decidido que um argüido não praticou certos fatos, que pôr eles não é responsável ou que a respectiva ação penal se extinguiu, não poderá contra ele propor-se nova ação penal por infração constituída, no todo ou em parte, por esses fatos, ainda que se lhe atribua participação de diversa natureza.”

(p. 463)

Comentando-o, diz Luiz Osório da Gama e Castro de Oliveira Batista (“Comentários ao Código do Processo Penal Português” — Coimbra Editora, 1932 — 29 vol., pág. 465 e segs.):

“Assim, sendo o réu acusado do crime de homicídio, e sendo absolvido, deve entender-se que o tribunal julgou que o réu não podia ser condenado nem pelo crime de homicídio, nem pelo de ofensas corporais feitas sem intenção de matar, mas de que resultou a morte, nem pelo crime de homicídio involuntário.

É princípio geral nesta matéria de caso julgado que o seu âmbito deve coincidir com o âmbito que ao tribunal que proferiu a primeira decisão era dado no julgamento.

Se o tribunal ao julgar o réu acusado de homicídio voluntário o podia condenar por homicídio involuntário, não pode o réu ser de novo julgado por este crime.

Desta maneira, absolvido o réu do crime de homicídio voluntário por não ter praticado os fatos de que era acusado, não pode depois ser pro cessado por algum daqueles dois crimes.

A palavra “fatos” é tomada no seu sentido mais amplo compreendendo não só as ações como as omissões.”

E exemplifica (p. 466):

“Assim, se o réu foi acusado de ter estado de atalaia enquanto outros co-réus cometiam um furto, absolvido aquele do crime de furto por não ter estado de atalaia, não pode mais tarde ser processado por ter cometido a infração. O fato que constitui a infração é a subtração, e o tribunal devia ter atendido a todos os atos, e se absolveu foi porque o réu não cooperou na subtração.

Os dois casos dos artigos 149° e 150° diferem unicamente nos motivos pelos quais a decisão foi negativa, os outros elementos devem ser todos iguais.

Assim, quando o indivíduo é acusado de autor de determinado crime, absolvido, não pode mais tarde ser acusado de encobridor do mesmo crime, e isso tanto no caso de se provar que ele não cometeu os fatos como de se não provar que os não tivesse cometido - hipótese do art. 150°.”

E lê-se, no artigo 150°:

“Se um tribunal absolver um réu por falta de provas, não poderá contra ele propor-se nova ação penal por infração, constituída no todo ou em parte pelos mesmos fatos por que respondeu ainda que se lhe atribua participação de diversa natureza.”
(p. 468/469).

10. E em Manuel Lopes Maia Gonçalves (“Código de Processo Penal anotado e comentado” - Liv. Almedina, Coimbra—1972 - p. 250 e segs.) - comentando os mesmos artigos, aduz:

“O artigo 148 exige, como pressuposto do caso julgado material, que se trate de nova acção pelos mesmos factos.

[...]

Segundo a lição do Prof. Cavaleiro de Ferreira, a identidade do facto no caso julgado não coincide absolutamente com a identidade do facto, consoante tem de definir-se na correlação entre a pronúncia e a sentença. É mais ampla, resultando esta maior amplitude dos arts. 148° e segs. do Cód. de Proc. Penal. O conceito de identidade do facto não vai buscar-se ao direito material; a identidade tem de apreciar-se naturalísticamente, como facto concreto, real. Se o facto concreto é totalmente o mesmo, não podem surgir dúvidas. A lei, porém, admite uma identidade parcial, recorrendo a doutrina longamente sobre se a identidade parcial implica a manutenção em ambos os factos dum núcleo comum, irremovível, e qual a natureza deste. Para este Mestre (Curso III, pág. 53), a identidade parcial pode verificar-se de modo que o facto, objecto de novo processo, seja mais restrito do que o facto apreciado por sentença transitada em processo anterior. É caso em que não surgem dificuldades. Os artigos 149° e 150° do Código de Processo Penal prevêm a hipótese inversa; aqui os factos trazidos ao novo processo vão além, porque só em parte coincidem com o facto já julgado. De comum, para fundamentar naturalísticamente a identidade, deve atender-se aos factos praticados, ou seja à acção. Podem variar as circunstâncias, os elementos acidentais da actividade que constitui o objecto do processo, mas não a própria acção. E assim, haverá caso

julgado material quando se acusa em novo processo pela mesma acção, embora acrescida de novas circunstâncias, embora seja diferente o evento material que se lhe segue ou diversa a forma de imputação subjectiva. Expende ainda o Prof. Cavaleiro de Ferreira que não é líquida a aplicação deste critério quanto às várias formas de participação num mesmo facto, e por isso a lei houve explicitamente que decidir da verificação da identidade do facto, ainda que se lhe atribua participação de diversa natureza (art. 149º).

[...].

12. Na Espanha, vemos, p. ex.: em Fenech (Miguel Fehech — “El proceso penal”, 3a. ed., Madrid, 1978, p. 378 e segs.), a busca da fixação do que identidade de processos assinalando que:

“importa, pois, aos efeitos de determinar a coisa julgada, o fato punível que foi objeto de ambos processos; não vamos repetir o que se entende por fato punível, e a sua determinação anterior à qualificação jurídica propriamente dita.

Baste só recordar que a iniciação e desenvolvimento do processo de instrução e do decisório requerem a apreciação de um fato – ato - hipotético que reveste os caracteres do delito ou falta [crime leve], no seu caso, e este ato material anterior ao processo é cabalmente o que determina, prescindindo das circunstâncias acidentais que podem rodear a sua comissão, a identidade de fato punível.

A qualificação jurídica do fato delitivo é por completo inoperante a efeitos de determinar se existe ou não coisa julgada, já que tal qualificação é posterior à declaração de certeza do fato punível, e da estimação de que fatos se julgam relevantes no primeiro processo penal.

Os problemas de determinação da identidade de fatos puníveis se produzem quando no primeiro processo foi objeto de julgamento hipóteses de concorrência ideal ou real de delitos, ou algum dos chamados delitos continuado ou permanente.

Se a concorrência ideal de delitos produziu um só resultado, e se funda àquela na distinta tipificação conceitual de um mesmo fato, a coisa julgada opera em toda a sua eficácia, já que a concorrência se aprecia na fase de qualificação jurídica do fato ou fato, e, portanto, é irrelevante para o fim de precisar a existência de identidade objetiva em dois processos.” (tradução livre)⁵¹⁵.

13. Na França, pudemos colher alguns dados importantes, sobretudo porque os autores, no puro e claro estilo francês, examinam a autoridade da coisa julgada no criminal sobre o criminal, especificamente.

Começando pelo “Précis” Dalloz de “Procédure Pénale” (de Gaston Stefani, Georges Levasseur e B. Bouloc - 12ª ed., Dalloz, Paris, 1984, p. 932), lê-se, a respeito da identidade de causa:

“A identidade de causa – terceiro requisito exigido para que a coisa julgada ocorrida em uma primeira ação faça obstáculo a uma segunda – é a identidade do fato delituoso que motivou essas duas ações. Uma mesma pessoa não pode ser

⁵¹⁵ “Importa, pues, a los efectos de determinar la cosa juzgada, el hecho punible que ha sido objeto de ambos procesos; no vamos a repetir qué se entiende por hecho punible, y su determinación anterior a la calificación jurídica propiamente dicha. Baste sólo recordar que la iniciación y desarrollo del proceso instructorio y del decisório requieren la apreciación de un hecho – acto-hipotético que reviste los caracteres de delito o falta, en su caso, y este acto material anterior al proceso es cabalmente el que determina, prescindiendo de las circunstancias accidentales que pueden rodear su comisión, la identidad de hecho punible. La calificación jurídica del hecho delictivo es por completo inoperante a efectos de determinar si existe o no cosa juzgada, ya que dicha calificación es posterior a la declaración de certeza del hecho punible, y de la estimación de q hechos se juzgan relevantes en el primer proceso penal. Los problemas de determinación de la identidad de hechos punibles se produce cuando en el primer proceso fueron objeto de enjuiciamiento hipótesis de concurrencia ideal o real de delitos, o alguno de los llamados delito continuado o permanente. Si la concurrencia ideal de delitos produjo un solo resultado, y se funda aquélla en la distinta tipificación conceptual de un mismo hecho, la cosa juzgada opera en toda su eficacia, ya que la concurrencia se aprecia en la fase de calificación jurídica del hecho o acto, y, por tanto, es irrelevante para el fin de precisar la existencia de identidad objetiva en dos procesos.”

processada duas vezes pelo mesmo fato delituoso (antigo art. 359 C.I.C e art. 368 C.P.P.)” (tradução livre)⁵¹⁶ (p. 932).

E, explicitando a distinção mesmo fato material e mesmo fato jurídico afirma:

“De acordo com a doutrina, a identidade de causa, exigida para que houvesse autoridade de coisa julgada, era a identidade do fato material. A partir do momento que uma jurisdição [autoridade judiciária] se pronunciou sobre determinado fato, ela o examinou sob todas as qualificações às quais ele estava suscetível.

Para o Tribunal de Cassação, a identidade do fato era uma identidade de fato jurídico [tipo] ou de qualificação. O que permitia nova persecução, sob uma qualificação diferente, fatos materiais já processados e julgados sob uma outra qualificação, possibilitando, assim, talvez, a correção de um erro judiciário (1).

Entretanto, em razão de decisão proferida em 20 de março de 1956 (2), a Câmara Criminal determinou, acerca de uma absolvição, em sessão plenária, que uma absolvição pela prática de homicídio, tendo autoridade de coisa julgada, tornava inaceitável uma nova ação em desfavor do autor do homicídio culposo [por imprudência]” (tradução livre)⁵¹⁷ (págs. 932/933).

Para concluir:

“O Código de processo penal pôs fim a toda controvérsia sobre o sentido do termo ‘mesmos fatos’. Ao dispor no art. 368 que ‘pessoa alguma, processada legalmente, pode ser repreendida ou acusada pelos mesmos fatos ainda que sob uma qualificação diferente’, consagrando a interpretação doutrinária. ‘Os mesmos fatos’ seriam os mesmos fatos materiais, independentemente de sua qualificação jurídica. A partir do momento que esses fatos foram julgados eles não podem mais ser objeto de uma nova ação, mesmo que qualificados de outra forma” (tradução livre)⁵¹⁸ (pág. 933).

[...].

16. A bibliografia italiana, das mais ricas oferece-nos vasta contribuição, que resumiremos. Começando pelo verbete do “Novíssimo Digesto Italiano (“Regiudicata”) (Diritto Processuale Penale – de Giuseppe Guarneri), a questão é detidamente examinada:

⁵¹⁶ “L’identité de cause - troisième identité requise pour que la chose jugée sur une première poursuite fasse obstacle à une seconde poursuite - c’est l’identité du fait délictueux qui a motivé ces deux poursuites. Une même personne ne peut pas être poursuivie deux fois pour le même fait délictueux (ancien art. 359 C.I.C. et art. 368 C.P.P.)”

⁵¹⁷ “D’après la doctrine, l’identité de cause, exigée pour qu’il y eût autorité de la chose jugée, était l’identité du fait matériel. Dès lors qu’une juridiction s’était prononcée sur un fait matériel donné, elle l’avait par là même envisagé sous toutes les qualifications dont il était susceptible. Pour la Cour de cassation, l’identité de fait était une identité de fait juridique ou de qualification. Ce qui permettait de poursuivre de nouveau, sous une qualification différente, des faits matériels déjà poursuivis et jugés sous une autre qualification et ainsi de corriger, peut-être une erreur judiciaire (1). Mais, par un arrêt du 20 mars 1956 (2), la Chambre criminelle a décidé à propos d’un acquittement par une Cour d’assises, qu’une décision d’acquittement pour meurtre, ayant l’autorité de la chose jugée, rendait irrecevable une nouvelle poursuite du chef d’homicide par imprudence.”

⁵¹⁸ “La Code de procédure pénale a mis fin à toute controverse sur le sens du terme “mêmes faits”. En, disposant dans l’art. 368 que “aucune personne acquittée légalement ne peut plus être reprise ou accusée à raison des mêmes faits, même sous une qualification différente”, il a consacré l’interprétation doctrinale. “Les mêmes faits”, ce sont les mêmes faits matériels, indépendamment de leur qualification juridique. Du moment que ces faits ont été jugés, ils ne peuvent plus faire l’objet d’une nouvelle poursuite, quand bien même on les qualifierait autrement.”

“Dispõe o art. 90 que o imputado condenado ou absolvido, embora que em contumácia, com sentença tornada irrevogável não pode ser novamente submetido a procedimento penal pelo mesmo fato...” (tradução livre)⁵¹⁹.
(p. 230 – n° 4).

E adiante (p. 230, n° 5):

“A extensão da proibição de uma nova ação penal dependente do julgado pelo mesmo fato, é estabelecida segundo o critério do art. 90, o qual, depois de haver enunciado o princípio *ne bis in idem sit actio*, acrescenta: “nem mesmo se este (o fato) vier diversamente considerado pelo título, pelo grau ou pelas circunstâncias.” (tradução livre)⁵²⁰.

E abre nova hipótese de identificação:

“Igualmente diga-se na hipótese na qual no novo processo se queira responsabilizar o imputado por um delito doloso, em lugar de um delito culposo, lesões pessoais graves ou o homicídio, em lugar de lesões leves e assim por diante. O critério mais simples para discernir a diversidade dos fatos das várias descrições do novo fato, consiste em se perguntar se resulta imaginável um cúmulo das duas acusações a cargo de uma pessoa: se a resposta for afirmativa, estamos diante de dois acontecimentos distintos e, em caso contrário, às descrições deformes de um mesmo acontecimento.” (tradução livre)⁵²¹ (p. 231).

[...].

22. Parecem-nos suficientes essas lições, que nos bastam às conclusões que pretendemos retirar dessa pesquisa apressadamente feita e com um único intento: buscar demonstrar que, não obstante a lucidez do voto do eminente Relator, restaram-nos dúvidas que procuramos apaziguar no exame da lição dos outros doutores.

E para confessar que, não satisfeito embora, ela nos propicia algumas conclusões singelas que, sinteticamente, enunciaremos.

A primeira é a de que há que analisar caso por caso nas suas circunstâncias, não obstante as normas explícitas que regulam a matéria - quer se tenha como sentença irrevogável ou coisa julgada (que aqui não importa).

Outra, é a tergiversação jurisprudencial que se nota, ao lado da diversidade dos aspectos propostos pela doutrina, e que se configura em decisões de tribunais estrangeiros, às vezes em sentido que parece oposto, na interpretação da mesma norma e pressupostos de fato aparentemente iguais. [...]

23. Segue-se - e aqui o importante - o relevo com que se trata a questão, significando a necessidade de assegurar às decisões penais, que põe termo à persecução criminal, estabilidade e definitividade.

[...].

24. Quando a lei se refere a fato principal no artigo 110, § 2º, do Código de Processo Penal, como quando fala em fato delituoso, fato punível, nas legislações vistas, refere-se ao evento produzido contra a pessoa - no caso, a morte - pouco importando a qualificação jurídica que se lhe dê (em face de

⁵¹⁹ “Dispone l’art. 90 che l’imputato condannato o prosciolto, anche in contumacia, con sentenza divenuta irrevocabile non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto...”

⁵²⁰ “L’estensione Del divieto de una nuova azione penale dipendente dal giudicato per lo stesso fatto, va stabilita alla stregua dell’art. 90, il quale, dopo aver enunciato il principio *ne bis in idem sit actio*, soggiunge: “neppure se questo (il fatto) viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per lê circostanze.”

⁵²¹ “Ugualmente dicasi nell’ipotesi in cui nel nuovo processo si voglia addebitare all’ imputa to um delitto doloso, in luogo di um delitto colposo, lesioni personali gravi o l’omicidio, in luogo di lesioni lievi e cosi via. Il critério più semplice per discernere la diversità dei fatti dalle diverse descrizioni Del diverso fatto, consiste nel chiedersi se sai immaginabile um cumulo delle due accuse a carico di una persona: se la risposta è affermativa, siamo di fronte a due avvenimenti distinti e, in caso contrario, alle descrizioni diformi di uno stesso avvenimento.”

elementos qualitativos implícitos), como diz Combaldien (in Encyclopédie Juridique - Dalioz, cit. p. 496) - “todos os qualitativos aos quais pode a engenhosa e astuta erudição dos juristas atribuir” (tradução livre)⁵²².

Fato principal é o crime, na sua expressão material mais simples: a morte, o furto, etc., sem as componentes que a ocasião, o autor, a vítima, as circunstâncias qualificam como tantas outras espécies jurídicas, às quais a lei pode tratar diferentemente na penação, fazendo prevalecer este ou aquele elemento, que valoriza diversamente. E que depende das influências sociais, psicológicas, morais, econômicas, políticas, que lhes dão roupagem distinta, sem, contudo, desfazer-lhe, alterar-lhe a estrutura o fato tipo elementar, do qual os outros descendem, ou antes, ao qual se vinculam, se prendem.

O homicídio é homicídio, independentemente de elementos que componham a hipótese, o caso real, a qualificação pelos elementos acessórios ou inspiradores, a qualificação legal, que, às vezes, nem depende do que o comete, mas do que o sofre, da forma de execução, das circunstâncias, tudo o que - fora de qualquer possível previsão - compõe o crime como cometido.

[...].

[...], Sendo a primeira vez que surge neste STF, possivelmente esta Corte nacional e não sei mesmo se universalmente, é bom se levantem dúvidas para que, de futuro, outros mais capazes as dissipem.

Absolvido pelo Tribunal do Júri, da acusação de ter matado um lavrador, sete anos após, é o mesmo réu acusado de mandante da morte do lavrador, que teria sido assassinado por José Cardoso, ou José Gabriel, ou José Pretinho, à sua ordem.

Instaura-se nova ação penal e nova pronúncia atinge o réu, que deverá ir a novo Júri.

A mim me parece que o fato principal é um: a morte do lavrador. Acusado do mais - tê-lo assassinado, o réu foi absolvido pelo Júri; agora, pelo menos - ter instigado o autor da morte - será submetido a novo processo. Isto afronta todas as regras que, expostas pelos doutores, impedem o ne bis in idem, tornando irrevogável a sentença anterior.

A prevalecer o entendimento, nada impedirá que, absolvido como mandante, autor intelectual, seja depois processado como cúmplice, por ter dado fuga ao assassino, ou lhe ter fornecido a arma do crime, etc.

Por isso as legislações alienígenas se referem ao fato delituoso, qualquer que seja a sua qualificação jurídica, o título, o grau, as circunstâncias. E a portuguesa, a participação e a co-participação.

26. Mas, há coisas ainda mais graves, in casu.

Consta aos autos que o nome do ora indicado autor material já figurava nos autos desde o início, das investigações e de fls. 52 vê-se que o Delegado que conduziu o inquérito considerava “indispensável à realização de outras diligências, de capital importância para complementação deste inquérito, dificultadas pelo “sumiço inexplicável” e mesmo “inextricável do indivíduo José Cardoso dos Santos, o José Gabriel, empregado do Sr. Arnaldo”. Isto em 19/5/76, no inquérito policial inicial.

E mais se vê no parecer do Procurador de Justiça (fls. 56/57).

27. Mais ainda: na sessão do Tribunal do Júri, explicitamente, um dos jurados - Hélio Moreira de Queiroz - como consta da Ata de Julgamento, formulou algumas perguntas, entre elas:

“... Se há suspeita no processo, de participação ou autoria do crime, por parte de José Gabriel, e no caso de ser positivada, se foram feitas diligências no sentido de localizar o Sr. José Gabriel?”(fls. 60).

Logo, não se poderia - e isto se viu na doutrina alienígena invocada - continuar o julgamento sem que esclarecida suficientemente a questão. E não esclarecida - ou esclarecida deficientemente - não se há de agora, trazer, de novo, ao banco dos réus quem, absolvido da morte da vítima, é acusado de mandante do mesmo crime, praticado por alguém que, diga-se de passagem, já não mais pode responder por ele, porque morto (como se vê de fls. 64). E o réu-paciente, que já foi absolvido da morte da vítima, denunciado nos termos do artigo 121, § 2º, II e IV, do Código Penal (fls. 18), está

⁵²² “Toutes les qualificatives dont le peut gratifier l’ingenieuse et subtile érudition des jurists.”

agora denunciado pela morte da mesma vítima, no mesmo artigo 121, § 2º, II e IV, do Código Penal (fls. 32). E responderá sozinho, de novo, pelo mesmo crime, porque o indigitado autor material morreu.

28. Talvez por isso o Dr. Juiz, que pronunciara o paciente, no primeiro processo, agora, larga e fundamentadamente julgou improcedente a denúncia e o impronunciou (fls. 33/42).

Mas o Tribunal de Minas deu provimento ao recurso do Ministério Público e pronunciou-o, apesar de, em Juízo, o pretense autor material haver negado a autoria.

29. Levar o paciente a novo Júri pelas falhas de apuração da verdade no inquérito e na instrução criminal, submetendo-o a nova incriminação, parece-nos, data vênia, evidente bis in idem na extensão em que o tem entendido a doutrina e a jurisprudência alienígenas, que não aceitam resposta o réu a novo processo pelo mesmo fato, ainda mais quando as falhas da instrução pesam sobre a Justiça, que não a fez convenientemente.

“A sociedade, disse o parecer da Procuradoria Geral da República, ao concluir, tem o dever, e o direito de submeter o paciente ao único órgão a quem, por mandamento constitucional, cabe apreciar uma imputação de autoria de homicídio.” (fls. 111).

Pois bem: o cidadão tem o direito de exigir que não faça dele a pretensa Justiça dos homens joguete que o submete hoje a uma acusação e, absolvido, de outra o incrimine amanhã, pelo mesmo fato, praticado contra a mesma pessoa, nas mesmas circunstâncias; e, apenas, disfarçada em qualificação penal que nem ao menos altera o dispositivo em que é incriminado.

Essa insegurança não serve à sociedade. Nem ao Direito. Menos ainda, à Justiça.

Data vênia dos votos em contrário, concedo a ordem.

É o Voto”⁵²³.

1.2 “Processual Penal e Penal. Habeas Corpus. Concurso de Agentes. Autoria e participação. Absolvição pelo júri. Inversão das condutas. Nova denúncia. Inocorrência de coisa julgada. Fatos diversos. [...]”

Quando há a disposição de um fato concreto, onde os agentes tomam na conduta reprovável posições diversas, um autor e outro partícipe, não se pode reconhecer similitude no fato julgado se, depois, forem concebidos de outra maneira, mesmo que o evento danoso permaneça idêntico.

In casu, ao final dos julgamentos absolutórios do Tribunal do Júri, comprovou-se que a situação fática em relação aos denunciados era diferente. Não só isso, era inversa, inobstante o evento morte (qualificador da conduta homicida) permanecer o mesmo. Porque há curial distinção entre a figura da participação e o da autoria na condução delitual, inclusive a fim de resultados retributivos variados, é lógico inferir que a mudança no concurso dos agentes não interfere na segurança do caso julgado, pois os fatos a ele atribuídos são novos e independentes, inexistindo ferimento à coisa julgada.

Ordem denegada”⁵²⁴.

2 Arquivamento de inquérito: mudança da capitulação legal

“Inquérito policial: arquivamento com base na atipicidade do fato. Eficácia de coisa julgada material.

⁵²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n° 64.158/MG. Acórdão. Relator: Rafael Mayer. Brasília, DF, 07 nov. 1986; por maioria. Voto vencido do Min. Oscar Corrêa. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 09 fev. 2006.

⁵²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n° 21.556/DF. 6ª Turma. Acórdão Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca. Brasília, DF, 06 fev. 2003; un. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 09 de fev. 2006.

Tem-se no caso que, na Justiça estadual, o pedido de arquivamento de inquérito não se fundou na inexistência ou insuficiência de elementos informativos sobre o fato criminoso investigado ou a sua autoria.

Ao contrário - por entender suficientemente apurado o fato - o Procurador-Geral rejeitou o alvitre de baixa do inquérito para prosseguimento das investigações, formulado pela autoridade policial (f. 67 e f. 78).

E a partir dessa premissa - a de estarem os fatos esclarecidos - é que concluiu por requerer o seu arquivamento, dado que neles não havia crime a perseguir.

[...].

A concisão da decisão do relator – limitado, no caso, a ordenar o arquivamento, nos “termos da manifestação” do Procurador-Geral -, dada a fundamentação do pedido do Ministério Público, não lhe subtrai o caráter jurisdicional e, portanto, a definitividade.

Vale assinalar, de seu turno - como referido na menção aos precedentes - que em nada se altera a equação jurídica do problema que, na denúncia, se haja capitulado os fatos em hipótese diferente (inciso II) daqueles cogitados (incisos III e XIV) do mesmo tipo misto alternativo do art. 1º do DI. 201/67, se - repita-se - os dados relevantes do mesmo episódio foram objeto de ambas as contrapostas apreciações do Ministério Público.

[...].

Se assim é no caso de fundar-se o arquivamento na falta de elementos de prova para a denúncia, do mesmo modo – quiçá, a *fortiori* – se há de concluir na hipótese em que, como aqui sucede, o arquivamento se baseou na atipicidade do fato, que envolve o juízo de não incidência de qualquer outro tipo penal.

Resta enfrentar a questão talvez mais intrigante que o caso concreto suscita, a partir da circunstância de o arquivamento do inquérito policial ter sido decidido na Justiça comum do Estado, ao passo que a denúncia provém do Ministério Público Federal por crime que se afirma ofensivo de interesses da União e, por isso, do seu recebimento decorreu a instauração do processo em curso na Justiça Federal ordinária.

[...].

[...] Embora emanada de juiz absolutamente incompetente – e ainda que se trate da denominada “competência de jurisdição” -, a sentença é susceptível de trânsito em julgado.

Problema conexo foi solvido pelo Plenário, ao cabo de exaustiva discussão – e coerentemente contra o único voto vencido do Ministro Moreira Alves - no HC 80263, quando se deu aplicação à Súmula 160 para declarar preclusa à questão da nulidade da sentença por incompetência constitucional da Justiça do Estado.

[...].

[...] Tal como a sentença definitiva, a decisão que determina o arquivamento do inquérito policial, quando fundado o pedido do Ministério Público em que o fato nele apurado não constitui crime, mais que preclusão, produz coisa julgada material, de modo a impedir a ulterior instauração de processo que tenha por objeto o mesmo episódio”⁵²⁵.

3 Arquivamento de inquérito policial: atipicidade do fato

“Inquérito Policial. Arquivamento por ausência de tipicidade penal do fato sob apuração. Reabertura da investigação policial. Impossibilidade. Eficácia preclusiva da decisão [...].

Não se revela cabível a reabertura das investigações penais, quando o arquivamento do respectivo inquérito policial tenha sido determinado por magistrado, a pedido do Ministério Público, em virtude da atipicidade penal do fato sob apuração, hipótese em que a decisão judicial- porque definitiva – revestir-se-á de eficácia preclusiva e obstativa de ulterior instauração da “*persecutio*

⁵²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo 388**; *Habeas Corpus* n° 83346/SP. 1ª Turma. Acórdão Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 17 mai. 2005; un. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 09 fev. 2006.

criminis”, mesmo que a peça acusatória busque apoiar-se em novos elementos probatórios. Inaplicabilidade, em tal situação, do art. 18 do CPP e da Súmula 524/STF. Doutrina. Precedentes”.⁵²⁶

4 Juízo absolutamente incompetente: sentença com eficácia de coisa julgada material

4.1 Sentença proferida por Juízo absolutamente incompetente. Trânsito em julgado. Impedimento de instauração de novo processo. Aplicação do princípio *ne bis in idem*.

“*HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA PROFERIDA POR JUIZ DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE. OCORRÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. REPRESENTADO MAIOR DE IDADE. REMESSA À JUSTIÇA COMUM. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM CONCEDIDA.

A sentença absolutória transitada em julgado, ainda que emanada de juiz absolutamente incompetente não pode ser anulada e dar ensejo a novo processo pelos mesmos fatos.

Incide, na espécie, o princípio do *ne bis in idem*, impedindo a instauração de processo-crime pelos mesmos fatos por que foi o paciente absolvido perante Juízo absolutamente incompetente.

Não havendo no ordenamento jurídico brasileiro revisão criminal *pro societate*, impõe-se acatar a autoridade da coisa julgada material, para garantir-se a segurança e a estabilidade que o ordenamento jurídico demanda”⁵²⁷.

4.2 Competência da justiça militar. Sentença absolutória proferida pela justiça comum. Irrelevância. Ocorrência de coisa julgada.

“HC – CONSTITUCIONAL – PROCESSO PENAL – COISA JULGADA – JUSTIÇA MILITAR – JUSTIÇA COMUM - Réu absolvido na Justiça Militar (coisa julgada) não pode, pelo mesmo fato, ser processado na justiça comum. O processo só poderá ser reaberto por revisão criminal ou *habeas corpus* no interesse do réu”⁵²⁸.

“*RES JUDICATA*. Presente, *in casu*, o instituto da coisa julgada como, aliás, reconheceu e declarou o Conselho Recorrente. Não obstante a competência desta Justiça Especializada, o autor respondeu o processo perante o Juizado Especial Cível e Criminal, estatuído pela Lei nº 9.099/95, havendo, inclusive, sentença transitada em julgado e identidade do autor, fato e imputação, requisitos estes, necessários ao reconhecimento da *res judicata*”⁵²⁹.

⁵²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 84.156-2/MT. 2ª Turma. Acórdão. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 26 out. 2004; un. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 02 fev. 2006.

⁵²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 36.091/RJ. 6ª Turma. Acórdão. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Brasília, DF, 24 fev. 2005; un. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 02 fev. 2006.

⁵²⁸ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 3.327/SP. 6ª Turma. Acórdão. Relator: Luiz Vicente Cernicchiaro. Brasília, DF, 14 mar. 1995; un. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 02 fev. 2006.

⁵²⁹ BRASIL. Superior Tribunal Militar. *Recurso Criminal* nº 6.388-4/MS. Acórdão. Relator: Min. Gen. Ex. Edson Alves Mey. Brasília, DF, 05 jan. 1996; un. Disponível em: <<http://www.stm.gov.br>>. Acesso em: 02 fev. 2006.

4.3 Inquérito policial. Arquivamento por atipicidade do fato por outro juízo. Coisa julgada material.

“HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL. DECISÃO QUE ORDENOU, COM TRÂNSITO EM JULGADO, REMESSA PELA AUTORIDADE POLICIAL, DOS AUTOS A OUTRO JUÍZO. DENÚNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. INSTAURAÇÃO DA AÇÃO PENAL FUNDADA NOS FATOS APURADOS NO INQUÉRITO POLICIAL, MANDANDO ARQUIVAR POR JUIZ DE OUTRA COMARCA. OFENSA À COISA JULGADA.

Se incompetente o Juiz que decretou o trancamento do inquérito policial, decisão que transitou em julgado, descabe ao MM. Juiz de Direito de outra Comarca instaurar a ação penal, pelos mesmos fatos, sob pena de ofender a coisa julgada”.⁵³⁰

5 *Bis in idem*: identidade de acusação nuclear

“RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. COISA JULGADA. RECEPÇÃO DE MUNIÇÕES DE PROCEDÊNCIA ESTRANGEIRA. FATO APRECIADO NA JUSTIÇA ESTADUAL. REPETIÇÃO NA FEDERAL. NULIDADE. RECURSO PROVIDO.

Evidenciado que o paciente veio a ser julgado perante a Justiça Federal por fato já apreciado e decidido na Justiça Estadual – com sentença transitada em julgado e em fase de execução, caracteriza-se o inaceitável *bis in idem*, devendo ser anulada a decisão proferida pela 25ª Vara da Justiça Federal, no tocando ao paciente, e determinando o trancamento do feito em relação a ele.

[...].

Adoto, como relatório, a parte expositiva do parecer ministerial, *in verbis*:

[...].

[...]. Procedido exame nos autos, verifico restar evidenciado que o paciente efetivamente veio a ser julgado perante a Justiça Federal por fato já apreciado e decidido na Justiça Estadual – com sentença já transitada em julgado e em fase de execução.

Como bem ressaltado pelo Ministério Público, a descrição da munição de procedência estrangeira é a mesma nos dois feitos (como consubstanciado nas sentenças exaradas).

Nesse sentido, tenho por adotar as razões do órgão do *parquet* federal, que muito bem elucidaram a controvérsia:

“Na hipótese de apreciação, penso que o recurso comporta provimento, porquanto a ação a que respondeu o paciente perante a Justiça Federal efetivamente implica em ofensa à coisa julgada, caracterizando *bis in idem* repellido pela legislação penal em vigor.

De fato. Ao contrário, data vênia, do que sustentou o v. acórdão hostilizado, não há necessidade de qualquer incursão pelo conjunto probatório para verificar que não só o paciente como o co-réu Wilson Manoel da Cruz foram julgados perante a Justiça Federal pelos mesmos fatos perseguidos através da ação penal a que responderam perante a 33ª Vara do Rio de Janeiro, bastando para tal constatação, a simples leitura das duas denúncias e da sentença.

Na inicial acusatória ofertada perante a Justiça Estadual, fez-se referência às armas e à farta munição apreendida, reportando-se ao auto de apreensão para complementar sua enumeração, conforme se vê do seguinte trecho:

“Após revista ao coletivo, os agentes encontraram em seu compartimento de bagagens duas caixas contendo duas espingardas calibre JZ marca CBC, modelo 586 além de farta munição (cf. o auto de apreensão de fl. 9), pertencentes ao primeiro denunciado, que confessou estar transportando as armas para entregá-las ao segundo

⁵³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n° 6.059/PA. 5ª Turma. Acórdão. Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca. Brasília, DF, 09 dez. 1997; un.. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 02 fev. 2006.

denunciado que o esperava na Rodoviária desta cidade, onde este também foi detido.

Constatou-se que o armamento era destinado ao elemento conhecido como ‘Sapinho’, chefe do movimento de tráfico de entorpecentes do Morro da Providência e filho de segundo denunciado.”

Já na sentença condenatória prolatada em razão daquela denúncia, o MM. Juiz foi mais explícito, enumerando todas as armas e munições apreendidas, conforme se constata do seguinte trecho:

“2) A prova dos autos é robusta no sentido de tornar certo estivesse o primeiro acusado efetivando o transporte de armas devidamente apreendidas, em diligência procedida de forma regular, tratando-se de duas espingardas cal.12, marca CBC, de nº 12.033 e 11.656, ambas modelo ponto 586, e munições variadas, três caixas calibre 12, marca Rocket do Brasil, treze de mesmo calibre, marca CBC, uma caixa calibre 45 da marca American Eagle, trinta e três cartuchos calibre 9 mm, marca CBC, dez, marca Lugger WW sete marca EV conforme o auto de apreensão de fl.9, sendo inequívoco o seu potencial ofensivo, malgrado não tenha vindo aos autos a necessária prova pericial regularmente solicitada, O primeiro acusado fazia-se acompanhar de Edmilson Marques da Silva.

(...).

5) Assim, tendo o primeiro acusado recebido para entregar a terceiro bens de origem ilícita, e mesmo importação proibida, sendo que parte da munição é de origem estrangeira, certo de que o primeiro acusado tinha plena consciência da ilicitude de seu comportamento. A prova do conhecimento da origem delituosa da coisa se extrai da própria conduta do agente e dos fatos circunstanciais que envolvem a infração, tendo o acusado obrado com consciência e vontade. A sua versão defensiva é completamente inconvincente, e um juízo de censura se impõe.”

Não resta dúvida, portanto, que os fatos atribuídos aos dois acusados, na primeira ação, são os mesmos descritos na segunda denúncia, caracterizando, sim, coisa julgada.

Na primeira ação, é bem verdade, o paciente não foi condenado pela prática de receptação, por terem sido considerados insuficientes para amparar um juízo de reprovabilidade, os elementos probatórios colhidos no sentido de estabelecer ligação entre o paciente e o outro denunciado, mas foram levados em conta para a fixação da pena-base, porquanto, considerou o acusado Antônio potencial receptador em segundo grau das armas e munições apreendidas, segundo ressaí do seguinte excerto da sentença:

“b) Antônio Marques da Silva - atendendo igualmente as normas dos arts. 59 e 60 do Código Penal; considerando igualmente sua culpabilidade, eis que transportava o entorpecente em seu próprio veículo, como ‘biombo’ de senhora de propecta idade e sua neta, na eminência de receber as armas trazidas pelo primeiro acusado acompanhado de seu sobrinho, para efeito de identificação pessoal, tornando-se assim eventual receptador de segundo grau; considerando igualmente sua conduta social deplorável, fixo a pena base acima do mínimo e abaixo da média, em 04 (quatro) anos de reclusão e 100 (cem) dias- multa, pena esta que torno definitiva, ficando assim condenado, em 04 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO E 100 (DIAS-MULTA. A RAZÃO UNITÁRIA MÍNIMA. (FLS. 24/25).”

Bem ou mal, não importa, os fatos alusivos à receptação de armas e munições, apreendidas em 9 de março de 1994, já foram apreciados e decididos pela Justiça estadual, tendo a sentença transitado em julgado e estando em fase de execução, não

podendo ser modificadas por outra oriunda de Juízo de igual instância, apenas de esfera judiciária diversa, sem ofender a coisa julgada.

Desimportante, no caso, ter sido a primeira decisão manifestada por juiz incompetente, pois, ainda assim, seus efeitos vigoram, enquanto não desconstituída por decisão superior, e pelas vias apropriadas, impedindo o ajuizamento de outra ação penal pelo mesmo fato.

Diante do exposto, se apreciado o mérito do recurso, opino pelo seu provimento, concedendo-se a ordem para o fim de anular a sentença prolatada pelo Juiz Federal da 2ª Vara do Rio de Janeiro, na ação penal nº 940039734-8, em relação ao acusado ANTÔNIO MARQUES DA SILVA, trancando-se definitivamente a aludida ação penal, medida que, salvo melhor juízo, deve ser estendida ao co-réu WILSON MANOEL DA CRUZ.

[...].

Sentenciou, o MM Juiz da 25ª Vara Federal que **para se constatar a inexistência de identidade, basta ser feita uma leitura atenta das duas denúncias. Com efeito, a denúncia oferecida no âmbito da Justiça do Estado, cuja cópia encontra-se às fls. 11/12, faz referência às armas (espingardas calibre 12, marca CBC, modelo 586) que foram apreendidas, além da descoberta de substância entorpecente no interior do veículo do acusado Antônio. A denúncia relativa à presente ação penal faz referência às munições apreendidas (vinte cartuchos de munição calibre 45, de fabricação americana, e sete cartuchos de munição calibre 9 mm, de fabricação argentina), e portanto o delito de receptação mencionado na denúncia se refere à mercadoria estrangeira internada ilegalmente no país, posto que desprovida de qualquer autorização da autoridade competente que foi recebida em proveito próprio ou alheio, coisa que sabiam ser produto de crime. Não há qualquer referência à receptação de armas, e sim das munições estrangeiras. [grifos acrescentados].**

Somente a leitura das duas denúncias, data vênua, não é suficiente para demonstrar que os fatos são distintos, havendo necessidade de conferir, também a primeira sentença, porquanto a inicial firmada pelo Promotor de Justiça perante a 33ª Vara fez referência genérica à munição encontrada em poder do réu, enquanto a sentença proferida no referido processo, de forma pormenorizada, descreveu os cartuchos que foram apreendidos, identificando-os pela procedência, marca e calibre, tal como descritos no auto de apreensão de fl. 13, sem excluir qualquer um deles, de molde a evidenciar que os cartuchos de origem americana e argentina, referidos na segunda denúncia, estavam incluídos na primeira, certo de que o auto de apreensão que instruiu as duas ações penais é o mesmo.

[...].

Verifica-se, pois, que o paciente foi processado duas vezes pelo mesmo fato, estando caracterizado o “bis in idem” (fls. 116/119).”

Diante do exposto, dou provimento ao recurso para anular a sentença proferida perante a 25ª Vara da Justiça Federal, no tocante ao paciente, determinado o trancamento do presente feito em relação a ele⁵³¹.

6 Bis in idem: mutatio libelli

“PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. COISA JULGADA. PRINCÍPIO DO *NON BIS IN IDEM*. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. DUAS AÇÕES PENAIS VERSANDO SOBRE OS MESMOS FATOS ESPECÍFICOS. IMPOSSIBILIDADE. EXTINÇÃO. [...].

Os fatos delituosos delineados na denúncia desta ação criminal já foram decididos em processo que tramitou na instância singular, cuja decisão já se reveste da autoridade da coisa julgada.

⁵³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso de Habeas Corpus nº 8.092 – RJ**. 6ª Turma. Acórdão. Relator: Ministro Vicente Leal. Brasília, DF, 02 mar. 1999; un. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 09 fev. 2006.

Ainda que diversa a capitulação naquele e nestes autos, não há como se dar prosseguimento a este feito, em respeito ao postulado do *non bis in idem*. Precedente.

[...].

Consta da sentença absolutória (fls. 951), que os réus foram denunciados pela prática do seguinte fato delituoso:

O réu ANTÔNIO EDVAL DE ALMEIDA, quando representante da previdência social rural no Município de Acopiara, aposentou, no período de 1982 a 1986, 983 (novecentos e oitenta e três) pessoas residentes naquele município, mediante o uso de documentos falsos.

Efetivamente, tais pessoas foram aposentadas por velhice (art. 14 do Decreto n° 73.617/74), como se tivessem atingido a idade legal de 65 (sessenta e cinco) anos, quando, na verdade, não o tinham.

Acontecia que o denunciado FRANCISCO ALVES SOBRINHO, então candidato a deputado estadual, aliciava eleitores mediante a facilitação de sua aposentadoria pelo mencionado Decreto n° 73.617/74, obtendo certidões de nascimento falsas, e encaminhando-os ao réu ANTÔNIO EDVAL ALMEIDA, que, como representante da previdência social rural, naquele município de Acopiara, atendia os pedidos de aposentadoria e os efetivava, embora sabendo que os requerentes não podiam merecer tal benefício (...) (fls. 951) [grifei].

Verifica-se que o período de desenvolvimento da conduta criminosa imputada ao denunciado, no Processo n° 00.0057426-0, situa-se no interregno de tempo compreendido entre os anos de 1982 a 1986.

Consta da proemial acusatória que o apelante fora denunciado pela prática dos seguintes fatos criminosos:

“Restou apurado no inquérito acima referenciado, assim como nos autos da Auditoria realizada pelo INSS e que compõe os quatro volumes apensos ao processo susomencionado (sic), que os denunciados retroqualificados praticaram, no período compreendido entre 192 a 1986, aproximadamente, incontáveis atos fraudulentos com o objetivo de aposentar pelo Pró-Rural pessoas que não preenchiam os requisitos legais.

(...)

O acriminado Edval ora aceitava os documentos sabidamente inidôneos que se lhe apresentavam ou, de outra parte, orientava os pretendentes ao benefício como deveriam proceder para conseguir a documentação, cobrando, invariavelmente, significativa quantia a título de retribuição.

Apenas para ilustrar o acima afirmado, consulte-se às fls. 523,540,541/542, 602 do 3° volume do inquérito policial, haja vista ser imensa a quantidade de acusações de rurícolas em desfavor do denunciado Edval, pelo que torna-se enfadonho aqui transcrever.

O segundo denunciado – irmão de Edval – velho político do Município de Acopiara, resolveu conquistar mais alguns eleitores e decidiu providenciar a aposentadoria por velhice de quantos o procurassem ou, de outra sorte, ele próprio saía a oferecer os préstimos, conforme afirmaram vários rurícolas.” (fls. 04/05) [Grifei].

Destarte, constata-se da leitura do trecho retrotranscrito da peça acusatória inicial que a denuncia que deflagrou o presente processo penal tinha por objeto apurar os mesmos fatos específicos que estavam sendo objeto de outra ação penal, sem mesmo elencar qualquer elemento de convicção diverso.

Verifica-se, outrossim, que os fatos delituosos que ensejaram ambas as denúncias ocorreram no mesmo período, compreendido entre 1982 e 1986.

Em que pesem terem sido denunciados no presente processo pelo crime de estelionato, ao passo que foram absolvidos no Processo n° 00.0057426-0 da imputação do delito insculpido no art. 304, isto não altera o contexto jurídico da questão. Como restou esclarecido, pouco importa a

qualificação jurídico-penal que dê vestes ao fato criminoso, pois se este for o mesmo, não se pode intentar duas ações penais que versem sobre ele.

Demais disso, o sistema processual penal veda a punição ou o julgamento duplo acerca da mesma conduta delituosa, em função da adoção, pelo nosso ordenamento jurídico-penal, do princípio *non bis in idem*. Tenho, pois, como presente à ocorrência do instituto da coisa julgada, havendo identidade do fato e do acusado em ambas as ações⁵³².

7 Crime continuado: caracterização do *bis in idem*

7.1 Pluralidade de apurações e de processos. Condenação anterior. *Bis in idem*.

“PENAL. PROCESSO PENAL. PECULATO. ADMINISTRAÇÃO DE ESTATAL. CRIME CONTINUADO. PLURALIDADE DE APURAÇÕES E DE PROCESSOS. CONDENAÇÃO ANTERIOR. *BIS IN IDEM*. INADMISSIBILIDADE DE PLURALIDADE DE PERSECUÇÕES.

Não é possível a instauração de vários processos crime para a apuração de continuidade delitiva, se a condenação imposta aos réus no primeiro processo foi exasperada em função da continuidade. Homenagem ao instituto da coisa julgada.

Não constitui ilícito autônomo cada uma das vendas fictícias, realizadas através de nota fiscal fria, se o conjunto de atos foram originalmente apresentados como integrantes de administração criminosa de estatal e assim punida.

Preliminar acatada⁵³³.

7.2 Instauração de vários processos crime para a apuração de continuidade delitiva. Impossibilidade. Ofensa à coisa julgada e ao *ne bis in idem*.

“PROCESSO PENAL. CRIME DE PECULATO. ADMINISTRAÇÃO DE ESTATAL. CRIME CONTINUADO. PLURALIDADE DE APURAÇÕES E DE PROCESSOS. CONDENAÇÃO ANTERIOR. PRELIMINAR DE *BIS IN IDEM* COM OFENSA À COISA JULGADA [...].

Não é possível a instauração de vários processos crime para a apuração de continuidade delitiva, se a condenação imposta a alguns dos acusados, ora apelantes, em ação penal originária que tramitou neste Tribunal (processo que foram denunciados 26 réus, entre eles os ora acusados-apelantes e um prefeito municipal, o que ensejou ser o processo inserido na competência originária do TRF), foi exasperada em função da continuidade delitiva (precedente da 2ª Turma).

A coisa julgada é a própria matéria discutida, e a ação penal originária, já julgada, tratou de tal discussão (identidade dos fatos, do réu e do período), ao condenar alguns dos réus, ora apelantes, e absolvendo outros réus, também, ora apelantes. A coisa julgada, *in casu*, há de referir-se sobre a imposição da vontade do Estado e não à lógica do processo. Após de definitivamente julgada a causa, toda discussão desaparece nos termos em que a decisão o reconheceu – tornando-se firme [Feststellung].

Estando diante de situações do ponto de vista fático-penal, que dizem respeito ao mesmo período e, manifestamente, diante de um crime continuado que deveria determinar um único julgamento, não há falar-se em litispendência, pois o julgamento desta ação penal exauriu-se como

⁵³² BRASIL. Tribunal Regional Federal. 5ª Região. **Apelação criminal n° 3.943/CE**. 1ª Turma. Acórdão. Relator: Desembargador Federal José Maria Lucena. Recife, PE, 24 nov. 2005; un. Disponível em: <<http://www.trf5.gov.br>>. Acesso em: 09 fev. 2006.

⁵³³ BRASIL. Tribunal Regional Federal. 5ª Região. **Apelação criminal n° 2.464/RN**. 2ª Turma. Acórdão. Relator: Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima. Recife, PE, 19 mar. 2002; un.. Disponível em: <<http://www.trf5.gov.br>>. Acesso em 09 fev. 2006.

primeiro julgamento. Ademais, a unificação da pena traria ofensa à *res judicata*, e o *bis in idem* resta manifesto”⁵³⁴.

8 Crime Continuado: incoerência de coisa julgada.

“RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. EXCEÇÃO DE COISA JULGADA. CRIME CONTINUADO. PROVIMENTO DO RECURSO.

Caracterizam a coisa julgada a identidade de parte, de pedido e, no caso de processo penal, principalmente, a perfeita identidade de fatos descritos na denúncia.

A existência de sentença condenatória definitiva não impede o oferecimento de nova denúncia contra sócio de empresa, pelos mesmos fatos delituosos, mas relativos a períodos posteriores.

Havendo continuidade delitiva entre os crimes, a unificação de pena se dará nos termos do art. 82 do CPP”⁵³⁵.

⁵³⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal. 5ª Região. **Apelação Criminal nº 2.833/RN**. 2ª Turma. Acórdão. Relator: Desembargador Federal Petrucio Ferreira. Brasília, DF, 29 abr. 2003; un. Disponível em: <<http://www.trf5.gov.br>>. Acesso em: 09 fev. 2006.

⁵³⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal. 4ª Região. **Recurso criminal em sentido estrito nº 98.04.07332-3/SC**. 2ª Turma. Acórdão. Relator: João Pedro Gebrean Neto. Brasília, DF, 03 ago. 2000; un. Disponível em: <<http://www.trf4.gov.br>>. Acesso em: 09 fev. 2006.