

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MATO GROSSO DO SUL
UNIDADE DE PARANAÍBA
CURSO DE DIREITO**

Francisco Marques da Cruz Nascimento

**A CONDENAÇÃO DO AGENTE ANTE O PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM*
QUANTO AOS ASPECTOS FORMAIS, MATERIAIS E PRINCIPIOLÓGICOS EM
VOGA NO BRASIL**

**PARANAÍBA - MS
2016**

Francisco Marques da Cruz Nascimento

**A CONDENAÇÃO DO AGENTE ANTE O PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM*
QUANTO AOS ASPECTOS FORMAIS, MATERIAIS E PRINCIPIOLÓGICOS EM
VOGA NO BRASIL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul - UEMS,
Unidade Universitária de Paranaíba, como requisito
acadêmico à conclusão da graduação de bacharelado em
Direito.

Orientador: Prof. Me. Aires David de Lima

**PARANAÍBA - MS
2016**

N195c Nascimento, Francisco Marques da Cruz

A condenação do agente ante o princípio do *ne bis in idem* quanto aos aspectos formais, materiais e principiológicos em voga no Brasil/ Francisco Marques da Cruz Nascimento. - - Paranaíba, MS: UEMS, 2016.
88f.; 30 cm.

Orientador: Prof. Me Aires David de Lima.

Trabalho de Conclusão de Curso (Direito) – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba.

1. Processo penal - tribunal. 2. Princípio constitucional. I. Nascimento, Francisco Marques da Cruz. II. Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade de Paranaíba, Curso de Direito. III. Título.

CDD – 345.05

Bibliotecária Responsável: Susy dos Santos Pereira- CRB1º/1783

FRANCISCO MARQUES DA CRUZ NASCIMENTO

**A CONDENAÇÃO DO AGENTE ANTE O PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM*
QUANTO AOS ASPECTOS FORMAIS, MATERIAIS E PRINCIPIOLÓGICOS EM
VOGA NO BRASIL**

Este exemplar corresponde à redação final do trabalho de Conclusão de Curso apresentado e aprovado para a obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba.

Aprovado, 17/11/2016

BANCA EXAMINADORA

Orientador:

Prof. Me. Aires David de Lima
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul

Prof. Me. Alessandro Martins Prado
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul

Profª. Me. Susy dos Santos Pereira
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul

Aos meus pais,

Meu Pai, meu Senhor, meu Salvador e Único Rei, O Grande Deus Altíssimo, por Sua Magnânima bondade em seu filho Jesus, nosso Senhor e Salvador, O exímio mestre marítimo, meu amado pai humano José Marques do Nascimento (*in memoria*),

que deixou-me saudade, saudade de tal maneira! e;

À minha querida mãe, a S. Ex^a. e MDD, Dona Maria Eleas da Cruz Nascimento pela pessoa forte que é, aquela que transforma o pessimismo num lindo tapete pomposo ao otimista vitorioso passar, e;

Aos meus amados filhos Kélvyn de Paula, Marcos Douglas, Lohâanna Barros, Loamir Barros, por serem o meu vigor de esperança, nisto creio, e;

E a cada um de meus distintos irmãos, por serem todos em um, um só pilar do mais valioso diamante existente abaixo do Deus Vivente, dádivas em minha vida, advindas do Eterno Soberano que Era e que É e que haverá de Vir, Aquele que tem minha vida em Suas mãos, o Único Deus Altíssimo, no nome do Santo de Israel, Jesus, meu Único Senhor e Salvador!

AGRADECIMENTOS

A vida é feita de altos e baixos, não sendo possível um ser humano continuar sem as relações inter-pessoais, tanto no plano terreno quanto metafísico, posto que um homem sem afeição com as pessoas, com o que é justo, reto e probo não há como prosperar, assim, não irá a qualquer lugar, bem como, a fé que se possui, pode ser o único meio de se desvencilhar de certas coisas, para que se possa continuar, assim, tive a fé, guardei a esperança e junto a todos quanto estiveram ao nosso lado, é que, consegui chegar até aqui. Sou um eterno devedor. E reconheço os percalços, as idas e vindas, o cair e o levantar, para, na mesma pedra de tropeço, não mais cair. Portanto, ter uma vida de gratidão é o mais sensato.

Assim, agradeço inicialmente ao Grande Deus Altíssimo por tudo que possuí e em tudo por meio da graça imerecida do Santo de Israel, o Senhor Jesus!

Agradeço:

Aos familiares e amigos que estiveram neste trilhar por todos esses anos comigo.

À minha amada esposa Francisca Pereira de Barros “Mocinha”, por ter sido um jardim de flores agradáveis de todas as manhãs em minha vida e dos meus filhos.

Aos meus irmãos, pessoas de personalidades da mais alta estirpe, do sangue paterno trouxeram coragem e honestidade e maternalmente, possuem, temperança, amabilidade, sensatez, sendo eles decrescentemente por idade, Maria Keila, Antônio José (Fernando), Francisco das Chagas (o Vêi), Gilvan da Cruz e Gilvânia da Cruz (gêmeos), Leniane da Cruz, Eliane da Cruz (Eulinha); e, Francisco José do Nascimento (Chico), Francisco de Assis (o Nêgo Assis), José Maurício, e Marlúcia, os quais tenho guardados em meu coração e na eternidade da minha memória – Deus os conserve em nome de Jesus!

Aos meus avós, a Sr^a. MDD. Francisca Clotildes de Oliveira (a dona Francisca), por ser aquela que aparecia nos momentos de nossas aflições básicas de sobrevivência alimentar, nossa vó e amiga eterna (88 anos), e, ao meu avô José Cirilo Pereira (Seu Zé Cirilo) por ser homem da roça, pobres, mas honestos, e nunca ter desamparado a sua casa e a nós (netos).

Aos meus tios que muito fizeram por mim, dentro de suas possibilidades, não queria citar o nome, mas faria injustiça se não disser o que acho, o que penso e o que sinto por aqueles que foram sinceros comigo e eu sei, e, reconheço, assim, endereço homenagens aos meus tios, em seguida:

Ao meu querido João Batista de Freitas Araújo (tio João Salgueiro, irmão de meu pai) por ser meu tio e meu grande amigo. Tenho-O no meu coração!

Ao meu sereno tio Francisco das Chagas Pereira (tio Chagas – irmão de minha mãe) e grande amigo, o qual tenho grande estima e amor como de um pai.

À minha tia Francisca Pereira de Oliveira (tia Nenê), por ser minha tia e grande amiga, da qual, tenho grande afeição e amor como o de uma mãe.

À minha MDD amiga Maria das Graças de Souza, aquela que carinhosa e saudosamente a chamamos de “Graça do Zé Preto”, embora na sua simplicidade, ser uma pessoa forte, equilibrada e desde o nosso nascimento (há 39 anos), ter nos amado, e eu sei que é de verdade, a você e ao seu querido pai Zé Preto que não está mais entre nós, meu muito obrigado por tudo, devo-lhes tanto que não sei mensurar o quantum, saiba que a admiro, respeito e quero bem, estarei sempre à sua disposição e, em seu nome, servirei à sua descendência, por amor a você pelo que é e pelo que faz pelo seu próximo. Obrigado Graça, você faz parte da minha história, e, portanto, da minha vida.

Aos amigos de curso: Capitão da PM-MG, Luiz Antônio da Silva e família; Márcio José da Silva e família; Alcione Maria de Paula e família; e, ao Exm^o. Sr. Cel. QOPM/MS, Gilberto Gilmar de Santana e família, por estarem em pontos estratégicos e no momento certo para exercerem a prática do bom servir, vocês me receberam de braços abertos em todos os aspectos que poderiam servir a alguém, vós me serviram e eu me alegro no meu íntimo de os tê-los conhecidos e dizer que estarei à disposição sempre, não para lhes retribuir, mas para lhes servir com carinhos e elevado apreço. Muito obrigado a cada um de vocês, meus amigos!

Ao meu amigo Dr. Altanei Rêgo dos Santos, advogado, do qual pude extrair grandes conhecimentos, coragem e dignidade à Justiça daqueles que sofrem por causa das injustiças, para mim, ele é o advogado Sobral Pinto, renascido, tenho-o por imenso prestígio e apreço tanto pessoal quanto profissional – “este sabe onde dorme as andorinhas”.

À Universidade de Mato Grosso do Sul – UEMS, ao Estado de Mato Grosso do Sul, ao povo do município de Paranaíba-MS, e na Universidade, aos meus amigos pessoais, Bel. Michel Ângelo, Sandra Pereira, Sheyla Villa Rosa, quando cheguei à Universidade (UEMS), esta última, (2013 a 2016, 1^o semestre) era secretária acadêmica, por sua postura, competência e simplicidade, embora não estivesse em seus planos, foi eleita Gerente da Unidade Universitária (2^o semestre de 2016), um prestígio a mais, porém, continua a mesma pessoa, humilde, querida e delicada, onde nesta ocasião, agradeço a todos os professores e servidores por seus trabalhos e serviço em prol da sociedade e por terem me ajudado nos momentos mais difíceis de minha caminhada nesta cidade, sem vocês, meus queridos amigos, meu muito obrigado por tudo.

Aos bibliotecários graduados (UEMS) desta Unidade, bacharéis, pós-graduados e mestres, Júnior Thomaz, Cláudia Freitas Silva, Susy dos Santos Pereira, Renato e aos

funcionários do setor dos serviços diversos desta Unidade de Paranaíba-MS, quais sejam, as pessoas conhecidas como a Sra. Abadia Pereira; Sr^a. Cláudia; Sônia; Sr^a. Maria Helena (dona Leninha); Sr. Auselino; e, Sr^a. Rosângela por suas gentilezas e prestezas no trato com as pessoas e especialmente comigo – aqui, abro espaço para parabenizá-los (as) por serem servidores (as) exemplares – guardo-os (as), portanto, em meu coração!

Ao meu convidado de banca, Prof. Me. Alessandro Martins Prado – advogado militante, por estar conosco por um bom período, pessoa amiga, querida e do mais alto gabarito, a quem admiro e estimo, guardo-o, portanto na minha lembrança – fincado está em meu coração.

À minha co-orientadora, eminente Advogada Me. Susy dos Santos Pereira, convidada à esta banca por ser uma pessoa virtuosa e que sempre esteve conosco à nossa disposição, feliz e sem ranços do cotidiano, obrigado por aceitar compor minha banca, sinte-se guardada em meu coração.

Ao meu orientador Prof. Me Aires David de Lima – advogado militante, é para mim, um exemplo de profissional, sem palavras; e, como pessoa é altruísta, se entrega pelo próximo, você sabe, querido professor, do que estou falando, nossa viagem à Brasília, realização de seu projeto: “Conhecendo os Poderes da República – dezembro de 2015” e que fiz parte, foi um sucesso! E como orientador, me deu as coordenadas necessárias, embora com toda afeição em relação a mim, nunca deixou de se impor e mostrar o caminho certo. É um exemplo de pessoa. Muito obrigado por tudo, querido professor Aires, tenho-o em minha memória, em meu coração.

É possível que daqui a mil anos nos considerem bárbaros, por sujeitarmos as pessoas a tantos vexames num processo criminal.

(Weber Martins Batista).

RESUMO

O presente trabalho visa o estudo bibliográfico analítico/técnico da literatura a respeito da temática: a condenação do agente ante o princípio do “ne bis in idem” quanto aos aspectos formais, matérias e principiologicos em voga no Brasil perante o sistema processual penal e constitucional brasileiro. Donde há constantes trancamentos de inquéritos policiais, ações penais em curso e muitas vezes em execução (cumprimento de sentenças), quando travada a luta de ideias e legalidade. Os Tribunais Superiores à requerimento da defesa (da parte ré), da acusação (parte interessada) ou do Ministério Público, tendo entendido, portanto, os Colegiados dos Tribunais Justiça que não deve prosperar mais de uma ação penal para apurar, processar, julgar e condenar qualquer que seja o agente/réu em procedimento administrativo, eleitoral, fiscal/tributário ou penal pelos mesmos fatos e circunstância. Ante as mensurações inerentes ao tema, entende-se necessário a verificação legislativa técnica/constitucional da letra da lei conforme prediz os §§ 1º e 2º do art. 5º/CF-88, quando há inferências formais, muitas vezes na Lei Ordinária, Lei Infraconstitucional que se submente, também, ao Tribunal Internacional de Roma, do qual a República Federativa do Brasil que é signatário, bem como ao exame de princípios adotados pelos mesmo diplomas legais em que o Brasil é adepto e subordina certos atos à Corte Internacional. Segundo alguns teóricos do direito, a CF de 1988 não veda expressamente o “bis in idem”, de forma idêntica ao que ocorre com a bitributação, pois optou-se por uma rígida discriminação de competências.

Palavras-chave: Dupla condenação-história. Princípio Constitucional. Processual Penal. Tribunal Penal Internacional. Formal e Material.

ABSTRACT

The present work aims at the analytical / technical bibliographic study of the literature on the subject: the condemnation of the agent before the principle of "ne bis in idem" regarding the formal aspects, matters and principiologicos in vogue in Brazil before the criminal and constitutional procedural system Brazilian. Where there are constant lockups of police inquiries, ongoing and often ongoing criminal enforcement (compliance with sentences), when fighting the fight of ideas and legality. The Superior Courts to the request of the defense (from the back), the prosecution (interested party) or the Public Prosecutor, having therefore understood the Collegiate Courts Justice that should not prosecute more than one criminal action to investigate, prosecute, prosecute and Condemn any agent / defendant in administrative, electoral, fiscal / tax or criminal proceedings for the same facts and circumstances. In view of the measures inherent to the topic, it is understood that the technical / constitutional legislative verification of the letter of the law as foreseen in §§ 1 and 2 of art. 5° / CF-88, when there are formal inferences, often in the Ordinary Law, the Infraconstitutional Law, which also submits to the International Tribunal of Rome, of which the Federative Republic of Brazil is a signatory, as well as to the examination of principles adopted by Even legal diplomas in which Brazil is adept and subordinates certain acts to the International Court. According to some legal theorists, the 1988 CF does not explicitly prohibit "bis in idem", in the same way as for double taxation, since a rigid discrimination of competences was chosen.

Keywords: Double condemnation-history. Constitutional principle. Criminal Procedure. International Criminal Court. Formal and Material.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 O PRINCÍPIO “NE BIS IN IDEM”, ENCONTRA-SE GUARNECIDO NO ART. 5º, LXXVIII, 1º E 2º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	16
1.1 Do princípio “pacta sunt servanda” e sua aplicação no Brasil	18
1.2 O Brasil adota a teoria monista ou dualista?	20
1.3 Origem, evolução e enquadramento regulamentar do princípio “ne bis in idem”	21
1.4. A história do Direito Penal	24
2 TEORIA DA LEI PENAL – NE BIS IN IDEM	30
2.1 Brasil - história: definições do fenômeno “ne bis in idem”	31
2.2 Princípios constitucionais do “ne bis in idem” no direito penal comparado	33
2.3 Assíria – Caldéia e Babilônia: Código de Hamurabi	35
2.4 Na Grécia.....	35
2.5 Em Roma	37
2.6 O “ne bis in idem” sem relação com a coisa julgada em Roma e depois no direito Canônico, ou, religioso	37
2.7 Na França	39
3 FRAGMENTOS DO DIREITO PENAL: “NE BIS IN IDEM” PROCESSUAL E MATERIAL	41
3.1 Sob a ótica formal – não os condene duas vezes pela mesma coisa.....	41
3.2 O “ne bis in idem” material no direito penal brasileiro.....	44
3.3 Conflito aparente da norma penal	44
3.4 Princípios aplicáveis	46
3.4.1 Princípio da Especialidade	46
3.4.2 Princípio da Subsidiariedade	47
3.4.3 Princípio da Consunção	48
3.4.4 O princípio do “ne bis in idem” recepcionado pela Constituição Federal de 1988, no Brasil, preserva suas garantias fundamentais trazidas às normas internas através de Acordos, Tratados e Convenções Internacionais	50
3.4.5 Do princípio da proporcionalidade como fundamento do “ne bis in idem”	51
3.5 O Brasil e o Tribunal Penal Internacional de Roma	54

3.6 Da atuação do TPI.....	55
3.7 Como recepcionar os Tratados Internacionais de Direitos Humanos pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro	56
3.8 A teoria da receptividade dos Tratados Internacionais Gerais e a recepção de Tratados Internacionais de Direitos Humanos	58
3.9 Em caso da extradição de nacionais.....	61
4 O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PRISÃO PERPÉTUA, NO CÓDEX CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E O TPI.....	64
4.1 Não compete ao STJ homologar sentenças advindas do TPI	67
4.2 O “ne bis in idem” no brasil e suas implicações finais frente aos fatos da <i>praxis</i>	68
4.3 O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias assim decidiu acerca de fatos que, comprovados, apresentem pressupostos da aplicação do princípio do “ne bis in idem”	70
4.4 Tribunal de Justiça do Estado do Ceará – TJCE: o caso do oficial militar que, para controlar rebelião, foi acusado de crime e processado em duas instâncias judiciárias ao mesmo tempo e pelos mesmos fatos, em flagrante caso de <i>ne bis in idem</i>	72
4.5 O <i>ne bis in idem</i> sob o crivo do Supremo Tribunal Federal do Brasil.....	74
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	78
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	88

INTRODUÇÃO

No decorrer da história da vida humana em sociedade, houve favorecimento de certos mecanismos coercitivos hábeis à época de fazer parar aquilo que fosse contra o que se entendia por justo, probro, ético e moral. Assim, criou-se a sanção e a sua aplicação penal, muitas vezes, sob o crivo da pena de morte (sem o devido processo legal), para então, confrontar-se à acusação que se lhe impunha, em razão de fatos reprovados pela comunidade da antiguidade. Não obstante, as primeiras sociedades, embora tivessem raízes profundas adquiridos da ideia do direito de punir (*jus puniendi*) aquele que fere os costumes, a norma penal ou tratados, embora aqueles povos tenham possuído a sua história, a aplicabilidade prática nesse decurso temporal, também, não deveriam encontrar barreiras limítrofes capazes de estancar certos excesso e abusos punitivos?

De modo que, para consagra-se o presente estudo em torno do carácter da proibição do instituto dogmático do princípio do *ne bis in idem*, objeto desta investigação, dir-se-á em análise, embora, simplificadas da conceituação de Direito Penal e as suas formas de administração processual, qual ao sistema político criminal, também, saber – o que é direito penal, seus conceitos, o instituto da não punição duas vezes em face do agente pelos mesmos fatos, assim:

O que vai definir o fenômeno do “ne bis in idem” é a unidade de sujeitos, fatos e fundamentos, entendidos da forma a seguir: “o sujeito *puniende* é o mesmo? O fato, naturalístico, objeto da lide, é o mesmo? O fundamento jurídico, a categoria jurídica em que se enquadra o fato, é a mesma? Se positiva a resposta, tem-se *bis in idem*, e sua consequente proibição” (GUEDES, 2006, p. 2-3).

Ao instituto do objeto de estudo do *ne bis in idem* – é um direito consagrado na Convenção Americana de dos Direito Humanos, em pleno vigor no Brasil, cuja porta de entrada no sistema constitucional brasileiro dá-se pela previsão feita no §2º do art. 5º/CF-88.

Nucci (2003, p.99) posiciona-se dizendo que: “Não é possível que alguém, já punido no estrangeiro pela prática de determinado fato criminoso, tornando ao Brasil, seja novamente processado e, conforme o caso, deva cumprir outra sanção penal pelo mesmo fato”.

E continua na pregação de justiça e equidade:

O princípio da vedação dupla punição pelo mesmo fato: quer dizer que ninguém deve ser processado e punido duas vezes pela prática da mesma infração penal. Tal garantia está prevista implicitamente na Convenção sobre Direito Humanos (art. 8º, 4). Se não há possibilidade de processar novamente quem já foi absolvido, ainda que surjam novas provas, é lógico que não é admissível punir o agente outra vez pelo mesmo delito”. (NUCCI, 2003, p. 48).

Mas para iniciarmos o estudo do princípio do “ne bis in idem”, vale, prudentemente, dizer sobre o que é o Direito.

Para a jurista Castro (2009, p. 2), direito é no sentido lato da expressão, aquilo que é muito justo, advindo do antigos Romanos e no sentido Comum, o Direito como sendo o conjunto de normas à aplicação da Justiça e a minimização de conflitos de dada sociedade. E sendo exteriorizado por ação humana, o eminente professor Vicente Ráo (1999, p. 51) explica: “O direito pressupõe, necessariamente, a existência daquele ser e daquela atividade. Tanto vale dizer que pressupõe a coexistência social, que é o próprio homem”.

Ainda corroborando este entendimento, o Jurisconsulto Ulpiano, (apud, CASTRO, 2009, p. 3) em sua lição, diz sobre o Direito e seus tipos, em dedicação aos estudiosos do assunto, assim:

Os que se vão dedicar ao Estudo do Direito devem começar por saber donde vem a palavra *ius*. na verdade, provem de *iustitia*: pois (retomando uma elegante definição de Celso) o direito é a arte do bom e do equitativo. §1º. Pelo que há quem nos chame de sacerdotes. Na verdade, cultivamos a justiça e, utilizando o conhecimento do bom e do equitativo, separamos o justo do injusto, distinguimos o lícito do ilícito... §2º. Há duas partes neste estudo: o direito público, que diz respeito ao estado das coisas de Roma; e o direito privado, relativo à utilidade dos particulares, pois certas utilidades são públicas e outras, privadas. O Direito Público consiste (nas normas relativas) às coisas sagradas, aos sacerdotes e magistrados. O Direito Privado é tripartido: é, de fato, coligido de preceitos naturais, ou das gentes, ou civis. (ULPIANO. Digesta de Justiniano. I de Iustitia Et Iuri).

Quanto ao Direito Penal apregoa Welzel (1987, p. 27-28), que Direito Penal é parte ditada no ordenamento jurídico que fixa as características da ação criminosa dizendo as medidas de segurança sob o poder punitivo estatal. Isto posto, Direito Penal – “[...] é a parte do ordenamento jurídico que fixa características da ação criminosa, vinculando-lhe penas ou medidas de segurança”.

Nesta mesma hipótese, assevera Mezger (1946, p. 27 e 28): Direito Penal – “é o conjunto de normas jurídicas que regulam o exercício do poder punitivo do Estado, associado ao delito, como pressuposto, a pena como consequência”.

Ainda, quanto às primeiras formas de punições em que alguém era preso por determinado período em detrimento de cometimentos de crimes comuns, hediondos ou de repugnância social tais como eram enumerados, e, após certo cumprimento penitencial, seria o condenado levado, muitas vezes pelas ruas até o lugar de martírio, pondo-se por fim, um esquartejamento e a distribuição dos membros do réu. Certamente, de logo, já se verifique neste

contexto, uma complexidade punitiva que extrapolava direitos a ponto de se desconsiderar a vida humana, passando ao sentenciado, mais de uma pena.

O Direito Penal, nas nações democráticas são revestidas pela mínima intervenção, tomando por fundamento os princípios norteadores dos direitos que guarnecem os direitos fundamentais da pessoa humana em seu grau máximo, tais quais os implantados em suas constituições, bem como é o caso das “cláusulas pétreas” elencadas na Carta Republicana brasileira, conforme preceitua os parágrafos 1º e 2º da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988.

E, com fundamento na receptividade do Códex Penal Brasileiro em seu art. 8º, que tem preconizado que a pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta ao agente no Brasil pelo mesmo crime (fato). Outrossim, verifica-se igual tratamento à temática em estudo, donde o direito internacional sob as garantias dos diplomas constituídos por estatutos e tratados aos quais seja parte signatária esta República, gozando, portanto, de proteção penal, processual e constitucional.

Eugênio Zaffaroni (2004, p. 76), fala:

Quiçá fosse verdade o exercício do discurso do Direito Penal de intervenção mínima, nessas palavras, mas não há nenhuma correspondência entre esse discurso e a realidade legislativa”. Assim, ao invés da renúncia formal ao controle penal para solução de alguns conflitos sociais ou da adoção de um processo mitigador de penas, com a criação de alternativas à pena privativa de liberdade, ou mesmo da busca, no campo processual, há expedientes idôneos a sustar o processo de forma a equacionar o conflito de maneira não punitiva, parte-se para um destemperado processo de criminalização no qual a primeira e única resposta estatal, em face do surgimento de um conflito social, é o emprego da via penal. Descriminalização, despenalização e diversificação são conceitos fora da moda, em desuso.

A palavra de ordem, agora, é criminalizar, ainda que a feição punitiva tenha uma finalidade puramente simbólica, ressalta o renomado autor.

O Brasil, no afã de minimizar os altos índices de crimes cometidos nos últimos tempos, principalmente, nas grandes metrópoles ao ponto de tais delitos atingirem tanto as massas pobres quanto às classes mais abastadas, alastrando-se a criminalidade, inclusive aos interiores e zonas rurais, nasce a perspectiva de penalizar aqueles que teimam e enveredam pelo mundo do crime. Porém, a presente investigação conceitual doutrinária, pretende verificar a qualidade da garantia constitucional quanto ao direito de punir do Estado em face da pessoa particular ou jurídica em detrimento de atos tidos como reprováveis. E nesta senda, a proibição da dupla condenação penal pelos mesmos fatos. A busca por respostas a desvendar a temática do *jus puniendi* estatal, na sua história, persecução, formal, material no passado e atualmente no

Brasil, à luz da doutrina nacional, da Constituição Federal de 1988, no Direito Penal brasileiro, na Jurisprudência e Súmulas, bem como a subsistência Internacional quanto ao tema ora investigado.

Atualmente, o Direito Penal contemporâneo vive dramaticamente o dilema de conciliar a tutela da segurança social com o as garantias individuais fundamentais da pessoa humana, de modo que o único caminho a ser trilhado é a busca da garantia basilar por meio do princípio “ne bis in idem”, que encontra-se garantido no art. 5º, LXXVIII, 1º e 2º da Constituição Federal de 1988, em seu inciso LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Diligencia-se, portanto, soluções para a criminalidade moderna, elevando-se a inflamados debates levantados quanto à tutela dos bens jurídicos individuais e supraindividuais, a proteção dos direitos humanos, à conceituação de conduta delitiva, a imputação objetiva, a prevenção da pena, o simbolismo penal, dando origem aos mais variados entendimentos. Nesta vertente, insere-se o princípio-garantia do *ne bis in idem*, como uma das fórmulas do direito internacional e dos direitos humanos que despontou no século XX, como medida garantidora da segurança jurídica perante as variadas formas de intervenção estatal para que se possa minimizar os excessos praticados pelo Estado através de seus agentes. Para adentrar-se ao estudo em tela, falar-se-á, de início do referido princípio na norma brasileira, no contexto internacional, no direito comparado, e, os princípios basilares do Direito Constitucional, Penal, Processual Penal e Internacional recepcionados pela Constituição Federal de 1988 da República Federativa do Brasil, a começar pela explicação do *pacta sunt servanda* e sua aplicação nos acordos internacionais e no Brasil.

Ante o exposto, ante a necessidade, busca-se a resolução da celeuma quanto ao princípio do “ne bi in idem” perante o sistema jurídico brasileiro à sua efetiva aplicabilidade de ofício, posto que o referido princípio somente é reconhecido quando a parte lesada impetra ações para que cesse o excesso da dupla reprimenda, assim, o presente trabalho traça linha históricas desde os primórdios sobre reconhecimento do princípio da negativa da dupla punição pelo mesmo fato (*ne bis in idem*) e a medida satisfativa à resolução da lesão de direito, caso haja, o que se apresentará mais a frente por diversas fontes bibliográficas e pesquisas acerca do presente tema, passando das doutrinas conhecidas em Direito Constitucional, Penal, Processual, e Jurisprudências dos principais Tribunais brasileiros, Convenções e Tratados Internacionais.

1 O PRINCÍPIO “NE BIS IN IDEM”, ENCONTRA-SE GUARNECIDO NO ART. 5º, LXXVIII, §§ 1º E 2º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Atualmente, verifica-se o crescimento factual dos tratados internacionais de direitos humanos como realidade fundamental ao próprio desenvolvimento da globalização que iguala a norma. O Brasil tem recepcionado gradativamente aos avanços garantistas desenvolvido, experimentado e em uso nos principais países civilizados, e, por conseguinte, adotado em sua Constituição, notadamente no art. 5º, §§ 1º e 2º, os seguintes termos referentes às liberdades fundamentais de seus cidadãos e do estrangeiro que nele esteja:

Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:(...)

§ 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata.

§ 2º. Os direitos e garantias expressos nesta constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados e convenções internacionais em que a república federativa do Brasil seja parte.

Conclui-se da leitura dos parágrafos 1º e 2º do art. 5º/CF-88, dois pontos imprescindíveis que merecem ampla discussão: o primeiro, trata da aplicabilidade imediata das normas referentes aos direitos e garantias fundamentais, afinal, não basta apenas a simples presença da norma Constitucional Federal, é preciso que os demais poderes da República sejam responsáveis pelo seu eficaz cumprimento, nos limites de suas competências legalmente instituídas. Ao passo que o §2º, se refere à adoção de novos direitos de caráter constitucional que sejam compatíveis com a Constituição Federal e que pertençam ao mesmo bloco de constitucionalidade. Perante a mencionada problemática, é justo e necessário anotar o que nos preleciona, o mestre Antônio Cançado Trindade, acerca da questão, nesta vertente:

O disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição Brasileira de 1988 se insere na nova tendência de Constituições latino-americanas recentes de conceder um tratamento especial ou diferenciado também no plano do direito interno aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados. A especificidade e o caráter especial dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos encontram-se, com efeito, reconhecidos e sancionados pela Constituição Brasileira de 1988: se, para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei, de modo a outorgar as suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante o art. 5º, § 1º e 2º, da Constituição Brasileira de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno.” (TRINDADE, 2005, p. 408).

A imediata aplicação das garantias das liberdades fundamentais dimana do próprio comando axiológico contido no § 1º do art. 5º da Suprema Carta Constitucional de 1988 da RFB que vê a necessidade da efetividade de tais garantias por parte do Poder Público e dos particulares que com ele colaboram, independentemente de outras regras que possam eventualmente surgir para delimitar ou ampliar tais direitos. Se ditos direitos necessitassem de normas para se efetivar ou para ter sentido e alcance no plano real, seriam de previsão infrutífera, ou seja, para que serviria, se os seus comandos não fossem de ordem imediata?

Ora senhor leitor, o exaustivo rol de direito, garantias e princípios fundamentais do art. 5º/CF-88, não passaria de um repertório de idealismos e de garantias inócuas que por demagogia legislativa estariam submetidos ao surgimento de norma futura para produzir os efeitos desejados. Pois assim, tão fragilizada e alheia aos acontecimentos não é fadada às inépcias. Todavia, seu comando é expreso, obrigatório e imediato sobre todos os órgãos da administração pública e à sociedade privada em geral.

A Emenda Constitucional 45/2004 acresceu dois novos parágrafos ao art. 5º, da Constituição Federal (§§ 3º e 4º), que longe de esclarecer o nível hierárquico que ocupariam os tratados internacionais de direitos humanos, gerou ainda mais discussões doutrinárias e jurisprudenciais relacionadas ao tema.

De modo que os tratados internacionais que antes eram classificados como simples lei ordinária no ordenamento jurídico pátrio, atualmente, apresentam novas problemáticas quanto à ocupação hierárquica na pirâmide normativa Hans Kelseniana.

Tais celeumas são indigestas, e, portanto, carecedores de esclarecimentos no plano jurídico, tendo em vista a relevância do tema para se saber qual o nível de efetividade e de normatividade que a realidade internacional possui no ordenamento jurídico interno, seja para transformá-lo normativamente ou para adequá-lo à nova perspectiva de universalização dos direitos e garantias fundamentais, embora, haja notadamente, abundantes decisões dos Tribunais de Justiça de todo o País, no sentido de absorver os conteúdos indicados nos §§ 1º e 2º do art. 5º/CF-88, porém, somente quando provocados *inter partes* para que a Justiça diga o direito de quem se socorre dos fundamentos e das suas garantias em estado flagrantes de violação, como no caso daqueles que se sentem perseguidos por uma dupla condenação penal pelos mesmos fatos.

A nível hierárquico dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos incorporados ao ordenamento brasileiro, há dois fatores que merecem consideração em termos de avanços: o primeiro, trata-se da abertura ao processo da universalização dos Direitos Humanos para

proporcionar mais garantias ao indivíduo em termos de segurança e defesa de sua condição dignitária.

O segundo, refere-se à própria adequação do Estado brasileiro aos anseios da Comunidade Internacional, visando obter incentivos econômicos e articulações políticas no plano internacional, de modo que hoje, o rumo preponderante funda-se na cooperação econômica os Estados e povos através da constituição de zonas de influências e de blocos econômicos numa visão de amparo e auxílio mútuo dos membros integrantes.

Neste último ponto da fala, alegou-se economia, porém, a internacionalização dos direitos humanos é uma soberania de direitos e proteção à pessoa, ao homem onde quer que se encontre.

1.1 Do princípio *pacta sunt servanda* e sua aplicação no Brasil

A expressão da *pacta sunt servanda*, tem origem no latim e quer dizer: “que os contratos celebrados entre as partes devem ser cumpridos”. A sentença latina (*pacta sunt servanda*) não trata apenas um dito jurídico do conhecimento popular acadêmico, mas sim, de um princípio norteador do direito interno e internacional que possui força obrigatória, pelo que é celebrado entre as partes, que deve ser guardado, respeitado e cumprido na sua totalidade.

O civilista Orlando Gomes (1998), ensina que celebrado o contrato com todos os seus pressupostos e requisitos necessários à sua validade, deve ser o contrato cumprido, assumindo status de lei.

Assim:

A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. A função social tem o objetivo de que ele seja realizado, haja vista que detém força obrigatória e concluído em benefício dos contratantes sem conflito com o interesse público. (GOMES, Orlando. 1998, p. 36).

Para Washington de Barros Monteiro (1997), o contrato tem a força pactual e que gera obrigação e prover ação, assim:

Realmente, contrato é acordo de vontades, criador de obrigações, enquanto convecção é também convergência de vontades, porém de mais vasto alcance. Melhor explicando: convenção é acordo de duas ou mais pessoas sobre o mesmo objeto de interesse jurídico; contrato é uma espécie particular de convenção, cujo traço distintivo, cujo caráter específico é a produção de obrigações. A convenção é assim o gênero de que o contrato é a espécie. (MONTEIRO, 1997, p.4)

Para Teizen Junior (2004, p. 115) - A autonomia da vontade era o lema do direito contratual, hoje, os dísticos como boa-fé, equilíbrio contratual e função social do que se impõem.

No mesmo sentido é a legislação da Convenção de Viena que o Brasil é signatário como tantos outros Acordos, Pactos, Convenções e Tratados, portanto, a Convenção de Viena de 23 de maio de 1969, define o “pacta sunt servanda, assim:

Art. 1 - Âmbito da Presente Convenção. A presente Convenção aplica-se aos tratados entre Estados.

Art. 26 - Pacta sunt servanda. Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé.

Art. 27 - Direito Interno e Observância de Tratados. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.

Anota-se neste particular que o Brasil é signatário, e, portanto, está sob a égide da referida Convenção que fora ratificada pela Presidência da República em 14/12/2009, por meio do decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009.

Cateli Rosa (2012, p.78) – esclarece que o princípio em comento está implicitamente contido em vários dispositivos da Constituição Federal de 1998 do Brasil, e, que na atual conjuntura do direito internacional, por sua importância comercial e diplomática, não parece saudável a hipótese de que o Estado assuma internacionalmente um compromisso e na sequência deixe de honrá-lo, desconsiderando-o, alegando qualquer incompatibilidade que porventura venha a ser apresentada em relação à norma interna que o anteceda.

Portanto, o “pacta sunt servanda”, na órbita de seus dispositivos, ratificado por seus pactuantes, ganha eficácia plena na ordem internacional, devendo ser observado, ou seja, cumprido rigorosamente pelos Estados signatários, eis que o Brasil assim é membro, e, que produz todos os seus efeitos juridicamente compreensíveis. Posto que o artigo 4º, IX/CF-88, “cooperação entre os povos para o progresso da humanidade” garante as prerrogativas e obrigações contidas nos pactos internacionais em que esta República é signatária para que a norma convencionada não seja violada por outros dispositivos, sob pena de inconstitucionalidade que possa tender a violar a Convenção ratificada em discussão. De modo que o sistema constitucional e de normas infraconstitucionais do Brasil possa fortalecer a aplicabilidade sempre que identificado, o princípio do *ne bis in idem* para a garantia dos direitos da pessoa humana, especialmente em caso prisão ou de ameaça iminente de sua ocorrência tanto na caruagem da ocorrência explícita quanto por meio de sentenças que repitam o interesse em puni a pessoa duas vezes pelos mesmos fatos. Em seguida passar-se-á ao estudo de algumas teorias que embasam o instituto dos pactos internacionais e a sua eficácia no Brasil.

1.2 O Brasil adota a teoria monista ou dualista?

A presente temática trata de teorias e doutrinas do ramo do direito que diverge, porém, para que se possa dar continuidade nesta seara investigativa, necessário é que se dilapide por um momento a questão em apreço, por se tratar de assunto de tamanha fineza para o fundamento teórico que se desenvolve quanto ao estudo do princípio do “ne bis in idem” que de fato, é, um princípio estrangeiro consagrado às nações civilizadas que proíbem o processamento e a condenação do agente pelos mesmos fatos e circunstâncias.

Assim, torna-se imperioso assentar neste trabalho, os meandros de suporte do direito internacional que se ancora no sistema jurídico brasileiro face aos indivíduos postulantes ou os que se digladiam formalmente na sistemática processual.

De forma que, para continuar na averiguação acadêmica, deve-se aplicar cortes metodológico para alcançar o que se busca.

Para o professor Cateli Rosa (2012, p. 61) – a teoria monista nacionalista tem por base o primado do direito nacional de cada Estado soberano, de forma que a adoção de preceitos do direito internacional é apenas uma faculdade discricionária. É o monismo com primazia do direito interno.

Da teoria monista internacionalista, apregoa Cateli Rosa (2012, p.65) – tem seu fundamento na unicidade da ordem jurídica, tendo por aspecto essencial a supremacia do direito externo, ao qual se ajustariam todas as ordens internas. Tal teoria tem como precursor e maior expoente Hans Kelsen.

Para dirimir a assertiva, tem-se que tal instituto, precede-se assim: a “teoria da livre escolha”. Mas que por influência de Alfred Verdross, esta teoria passou a considerar a *Grundnorm* como sendo uma norma de direito internacional, lastreada no princípio *pacta sunt servanda*, ou seja, nos dizeres dos maiores contratualistas e civilistas que: os acordos, convenções, pactos e tratados devem ser realizados perante os contraentes em lugar certo, definido, como objeto lícito, possível e de boa-fé para que possa ter validade contratual exigível.

O professor Cateli Rosa, falando da teoria dualista, leciona que:

Pela linha de pensamento desta teoria, a função do direito internacional seria tão somente regular as relações entre os Estados, ou entre estes e as Organizações Internacionais, sendo que caberia ao direito interno a regulação da conduta do Estado com os indivíduos. Desta forma, por regularem matérias diferentes, entre eles não poderia haver conflito, sendo que um tratado internacional não poderia em hipótese alguma regular uma questão interna sem antes ter sido incorporado a este ordenamento por um procedimento receptivo que o “torne” uma lei interna. Com o mesmo fundamento, por se

tratar de sistemas distintos, em que cada um regula relações jurídicas diversas, não existe possibilidade de se falar na supremacia de um sobre o outro. Dentro desse raciocínio, não é o Estado que está para o direito internacional, mas sim este que está para o Estado, de maneira que ao direito internacional, que será apenas alcançável por meio de processo do próprio direito interno, para que seja possível sua incorporação. (CATELI ROSA, 2012, p. 56-57).

Compulsando material doutrinário acerca do tema, as correntes são divergentes quanto ao Brasil adotar a teoria monista, porque o monismo divide-se em duas vertentes, uma que defende a ideia da supremacia do direito internacional em detrimento do interno e a outra corrente que defende a supremacia do direito interno em razão do internacional. E a dualista que traz o posicionamento de que o direito interno e direito internacional são ordens jurídicas distintas, e sendo assim, não há prevalência de uma sobre a outra, e por isso, essa teoria é conhecida também como paralelismo, uma vez que ambas convivem como sendo ordens paralelas.

De modo que o Brasil adota a teoria que melhor atenda aos interesses dos indivíduos e do Estado brasileiro, posto que há grandes controvérsias entre os internacionalistas e os nacionalistas (constitucionalistas) dualista dos tratados internacionais em que o Estado brasileiro por meio do Congresso Nacional aprova os acordos internacionais e o Presidente da República sanciona. Neste caso, a teoria mais adequada seria a monista nacionalista (constitucionalista) que defende os interesses internos de proteção especial às liberdades e garantias individuais.

1.3 Origem, evolução e enquadramento regulamentar do princípio “ne bis in idem”

A origem ou o nascimento do direito da garantia fundamental do princípio “ne bis in idem”, pode ter começado nos processos judiciais em Roma. Nascida à época, proibia-se a promoção de um novo julgamento, não se permitindo a promoção de um segundo processo sobre o mesmo assunto pelos mesmos fatos ou diferentes medidas para fatos idênticos ou assemelhados. E para Barretos (1981, 12-13, 28), lembra que: uma vez que a relação jurídica nasce no direito romano, como princípio geral, de consequência lógica derivada do caráter peremptório que deve caracterizar o processo do *litis contestatio* (união do litígio), um só processo, uma só acusação, portanto.

Neste sentido:

Face à dificuldade em localizar a origem do princípio, aceitar-se-á como primeira manifestação do ne bis in idem o direito romano, uma vez que é nele que aparece consubstanciada a formula «bis de eadem re ne sit actio», que também aparece expressa com os termos «bis de eadem re agere non licet», cuja tradução vem a ser «não há acção repetida sobre a mesma coisa» ou «não

é lícito accionar duas vezes pelo mesmo». (VILLALBA, p. 34. Apud, CARMO, 2009, 10).

E para Carmo (2009, p.31-35), a doutrina alemã definiu o “ne bis in idem” como um princípio intimamente ligada à instituição do caso julgado concretamente, em que, independentemente das decisões que foram aprovadas no julgamento, o Judiciário só poderia lidar uma vez sobre a mesma coisa. No entanto, outros autores colocam a origem do *ne bis in idem* como princípio em regra processual geral em várias passagens do direito grego antigo, isto é, para citar passagens em Platão e Demóstenes compreendendo-se, de alguma forma, o significado da máxima.

Além disso, o teor inicial deste princípio ocorreu na mesma ação e que não poderia ser executada em qualquer das duas ocasiões, onde fosse resultado do primeiro procedimento que tivesse iniciado algum processo neste sentido contra o réu. Tal proibição não é operado automaticamente depois de responder a demanda e formulação da disputa, mas que o réu poderia exercê-lo em uma exceção.

Esta máxima foi desenvolvida na maioria dos sistemas jurídicos de origem latina ou em um dado momento sentiu sua influência desde a sua criação, posto que houve uma unificação realizada pelo Direito Canônico e, posteriormente, sobre a origem e evolução deste princípio, é recomendável consultar o capítulo da obra de Lion Villalba, (correspondente. Op. Cit. p. 31-64.) - à lei espanhola com o rei Alfonso X e os sete jogos, e com o Inglês e do direito alemão, a ser estabelecida no primeiro, o princípio ou aplicação à cláusula de dupla penalização ou jogo duplo, e, segundo, para demonstrar que quem acusa outro para uma causa que já havia sido processado e condenado, deve-se apresentar melhorias.

Notadamente, verificou-se que não foi até a Revolução Francesa, a primeira a mudar em lei positiva, formulando a frase para Double Jeopardy, por meio do caso julgado, o que, seria constantemente repetida em leis posteriores, como no Código de Merlin ou Brumário, o Código de Processo Penal, até seu reconhecimento e inclusão na 5ª Emenda da Constituição Estados Unidos da América e no direito de Bill de "cidadãos direitos".

Entre os instrumentos juridicamente vinculativos internacionais talentosos que se importam para assegurar a aplicação deste princípio incluem, entre outros, segue:

Nascido nos EUA, reza o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova York, de 19 de dezembro de 1966, especialmente, no artigo 14, inciso VII, dispõe que: “Ninguém pode ser sancionada por um tribunal infração pela qual já foi finalmente condenado ou absolvido por um julgamento final de acordo com a lei e o processo penal de cada país”.

No México, a primeira história do *bis* “proibição” *in idem*, aparece no artigo 25 do Projeto de Constituição da República Mexicana de 16 de junho de 1856, deixando definitivamente no art. 24 da Constituição da Arábia, de 5 de fevereiro, 1857 e em 1917, juntamente com outras duas garantias, portanto, de que: “Ninguém pode ser julgado duas vezes pelo mesmo crime”, e, ou, que tenha sido absolvido ou condenado no mesmo processo.

No Livro II, Título XIV, chamado aos pleitos como pode ser concluído mais de um réu, estabeleceu a impossibilidade de reabrir um novo processo onde iria terminar e não o recurso em segunda instância, ou quando um fosse superado no julgamento. Nos Sete jogos, especificam-se entre as Leis XII e XIII formuladas na sua essência como indicado anteriormente. Aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas através da resolução 2200-A (XXI) de 16 de dezembro de 1966, aprovada pelo Senado do Congresso da União em 18 de dezembro de 1980, de acordo com um decreto publicado em 9 de janeiro do ano seguinte, Diário Oficial da União, ratificado em 24 de março de 1981 e publicado em 20 de maio, data e ano da publicação oficial. das garantias, como segue: **“Ninguém pode ser julgado duas vezes pelo mesmo crime , quer no julgamento for absolvido ou condenado”**. (Constituição da República do México de 1981).

E no Brasil, a aceitação *in totum* da vigente Lei Internacional, vigorando desde 1992, constando do seguinte decreto, da qual a República Federativa do Brasil é signatária, senão vejamos:

Considerando que a Carta de Adesão ao Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos foi depositada em 24 de janeiro de 1992;
Considerando que o pacto ora promulgado entrou em vigor, para o Brasil, em 24 de abril de 1992, na forma de seu art. 49, § 2º;

DECRETA:

Art. 1º. O Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, apenso por cópia ao presente decreto, será executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém.

Mas para que se possa aprofundar mais um pouco na temática em estudo, pede-se ao leitor, licença para adentrar-se por um instante na história do Direito Penal para que se possa averiguar certos acontecimentos, em seguida retomar-se-á a mote da discussão, até por questão de cronologia, e, aparecimentos fenomenológicos à guisa da melhor sistemática do presente trabalho, assim, falar-se-á um pouco sobre a história do Direito Penal, para que o leitor possa ter reflexos comparativos dos fenômenos e dos princípios que norteiam o direito nacional e internacional.

1.4. A história do Direito Penal

Para melhor explicar-lhes a motivação do estudo do princípio do “ne bis in idem”, deve-se pontuar alguns conceitos e bases históricas para que se possa saber o porquê da necessidade da aplicação do princípio em especial à aplicação da punição ao indivíduo nativo ou estrangeiro no País que processa e puni o agente por cometimentos de crimes ou delitos em espécies várias.

Isto posto, apregoa o professor mineiro, Heleno Fragoso (1993, p.3) – que Direito Penal é o conjunto de normas procedimentais capaz de punir em nome do Estado àquele que se opõe ao seu cumprimento. É um sistema legislativo repressivo que deve pelo menos, em tese, corrigir atos tidos por delituosos aplicando-lhes a cada um que o descumpra tal mediada coativa. Nas palavras do imortal Fragoso (1993, p.3), o Direito Penal é: “o conjunto de normas jurídicas mediante as quais o Estado proíbe determinadas ações ou omissões sob ameaça de característica previsão de sanção penal”.

Querendo dizer nestas palavras que se existir a lei que proíbe e prevê a sanção, quem se arriscar por contrapô-la, resta apenas suportar a sanção contra si imposta pelo Estado que assume o papel de vingador, dando a cada um, o que lhe é devido. Retribuindo ao transgressor um mal que o mesmo teria praticado.

Assim, o Direito Penal remonta sua história desde os primórdios da antiguidade, a saber, mais de dois mil anos a.C. quando da trajetória do povo babilônico, egípcio até aos judeus palestinos, conforme se vislumbra as anotações do Código de Hamurabi e consequentemente no Velho Testamento da Bíblia Sagrada Cristã. Como não podia ser de outra maneira, a primeira fonte do Direito Canônico é a própria Bíblia, principalmente na sua versão latina, chamada "Vulgata", que foi ratificada pelo Concílio de Trento e cuja interpretação a Igreja Católica se reserva. Isso constitui um dos pontos de conflito com outras igrejas cristãs, que reivindicaram uma maior liberdade de interpretação alguns séculos depois por meio da chamada reforma protestante. A essa fonte básica agrega-se a "tradição", dita "divina", quando foram registradas as sentenças orais de Jesus Cristo, ou "apostólica", quando derivou dos ensinamentos dos apóstolos ou dos seus seguidores imediatos.

Esclarece-se historicamente, que:

[...] o direito penal é por certo o mais primitivo, surgindo com os primeiros povos e que sua forma punitiva se verifica como uma característica religiosa, surgindo a pena com sentido sacral. “A vingança de sangue exercida pela vítima ou seus parentes é dever sagrado, visando aplacar a ira da divindade. A pena é, assim, expiação religiosa.” (FRAGOSO, 1993, p. 26).

As penas passaram de Talião e pela composição da vítima que assumindo neste caso, o preço da paz (contrato social) para que o Estado pudesse assumir esse monopólio da aplicação da pena.

Vislumbra-se da cartilha de lições de Direito Penal, através do catedrático e inesquecível jurista Heleno C. Fragoso lembra que o Direito Penal começa e tem o seu reconhecimento especialmente em Roma – Direito Penal Romano (753 a.C.) e nos consórcios gentílicos que lhe antecederam. Sendo que primeiro, a sociedade autorizava pelos seus costumes a vingança nos crimes de morte misturando-se nesta fase, o direito e a religião.

Sendo a expressão *crimen* em referência original ao processo para indicar os casos de acusação pública. E que depois, dizia-se dos crimes públicos e privados. Mais adiante foi criada a expressão *delictum* sendo no período mais clássico para identificar os delitos privados. A distinção entre as palavras legislativas penais, *crimen e delictum* se deram assim, o primeiro indicando que o Estado era o detentor do poder do “jus puniend”, ou seja, este era o titular do poder de punir e o segundo como o poder exercido pelo Estado apenas como uma espécie de árbitro entre as partes, neste caso, quando o Estado dizia o direito primordialmente em referência ao conflito patrimonial das partes conflitantes. Ainda neste comenos, a religião e o Estado se confundiam em poderes.

Com a criação da República em 509 a.C. é que Roma conseguiu desentranhar a religião do Estado. A repressão tinha sua linha de atuação desde a familiar (doméstica), militar e pelo poder de coerção, ou seja, pelo poder de polícia exercido pelo magistrado, sendo esses poderes absolutos. Somente mais adiante é que esses poderes vieram a sofrer limitações, onde as penas capitais deveriam ser proferidas pelo júzo do povo reunidos em uma espécie de comícios em praça pública, assim, tem se afirmado que o direito público tem surgido com a *Lex Valeria*, afirmava Mazzini. (FRAGOSO, 1993, p. 27).

Nesta linha de júzo, anota-se que o Estado sempre se preocupou com o patrimônio seu e de terceiros querendo ele ser o árbitro das coisas, mas que os crimes de morte e de vingança, inicialmente, o Estado deixou a cargo do particular. Ainda, ficou claro que o Estado nunca teve interesse principal em resolver os conflitos sociais, senão àquelas que lhes retribuísse o lucro, a vantagem sobre a “res” não é verdade?

O Direito Penal comum do séc. XII continuou por longo período sob os critérios tidos por justo com base o Direito Romano, Germânico e o Canônico sendo este último o menos invasivo somente se agravando depois da aprovação de concílios papais que pretendia a sua supremacia sob a alegação da infalibilidade e que estava em nome de Deus.

As fontes propriamente legislativas são os "cânones" dos concílios, não apenas dos ecumênicos, ou universais, como, também, de alguns particulares, ou regionais que, por falta de maior universalidade, são reconhecidos como

produção legal do cristianismo dos primeiros séculos. Ainda nos tempos remotos da Igreja, foram compiladas coleções não oficialmente autorizadas, como a Didaké ou Doutrina dos XII Apóstolos, as Constituições Apostólicas e os Cânones Apostólicos. Ao lado dessas coleções, pretensamente universais, abundam as compilações regionais: gregas, africanas, itálicas, irlandesas, visigóticas etc. (BRASIL, Memória da Justiça brasileira, Cap. 9).

Não se pode deixar de pontuar, que, o sistema de processo era o inquisitório e em confidencia, somente sabendo o acusado do que se tratava na hora de sua prisão e depois em público pelo escarnecimento pessoal do acusado perante o público.

Nesta hipótese, o Direito Romano se destacava apenas nos casos que a lei canônica (papal) fosse omissa. Ainda neste período, a lei germânica ganha força adquirindo sentido público ao crime à pena.

Senão vejamos:

É nessa época que se inicia a luta da Igreja, a princípio pela independência e logo pelo predomínio do poder espiritual (Mezger), destacando-se os papas Gregório VII (1073-1085), Alexandre III (1159-1181) e Inocêncio III (1198-1216). Mas com o fortalecimento do poder político entre os povos germânicos, a partir do Séc. XII, readquire relevo o sentido público do crime e da pena, recrudescendo a luta contra a faída e a vingança privada. (FRAGOSO, 1993, p. 34).

Segundo consta da história do direito penal internacional (séc. XII), como ainda dos povos germânicos (alemães), ainda na existência da faída (na Itália: *vendetta*, isto é, vingança) e da vingança privada ressurgiu a ideia da manutenção da paz territorial como leis resultando sua transgressão como previsão de crimes e conseqüentemente suas penas. Estas leis eram uma espécie de tratados compromissados entre o Imperador e os diversos Estados. Sendo que o descumprimento dessas leis eram consideradas infrações penais em si, ora eram consideradas agravantes. Esses diplomas eram considerados espécies constitucionais. Esse sistema legislativo perdurou principalmente entre Roma e a Alemanha.

O imortal escritor e penalista Heleno Cláudio Fragoso deu momentos importantes de sua vida ao Brasil, referindo em seus assentamentos sobre o que pensava a respeito do Direito Penal para que hoje pudéssemos nos apegar a algo que realmente possa promover o homem, no conhecimento, na igualdade e nas limitações do poder punitivo do Estado face nossos semelhantes, abaixo dizemos do que o nobre jurista descobriu, digo, fundamentou:

Mais tarde, o direito penal avultou-se pela sua modernidade na Alemanha, sendo as mais importantes a *Constitutio Moguntina*, de Frederico II (1235) e a paz perpétua de Worms, de 1495, na qual se proscreeve o direito da faída. Mais de trinta anos após, Carlos V criou a legislação criminal sendo a *Constitutio Criminalis Carolina* (1532) que sucedeu à *Constitutio Criminalis Bamberquensis* de 1507. Jimenez de Asúa, ressaltou a importância da

Legislação de Carlos V, (Lei Carolina) que atribui verdadeiramente o poder punitivo somente ao Estado atribuindo firmeza e segurança ao direito. (FRAGOSO, 1993, p. 34).

Anotou o autor que apesar das fragmentações do Direito Penal alemão a Lei Carolina de Carlos V, este sistema por sua vez, tenha resistido até meado do século XVIII, talvez um dos mais duradouros.

Ainda no século XII surge os primeiros juristas e doutrinadores conhecidos como os praxistas, tendo seu início na província de Bolonha, Itália na escola dos glosadores através do professor Inério que lecionava na escola de Bolonha de 1088 a 1125 (Bolonha, hoje com a extensão de 140Km² e com uma população de 390 mil habitantes). O glosadores eram os intérpretes da Lei, na escola, após a leitura dos diplomas legislativos, os professores faziam a glosa, uma tipo de resumo que servia de sustentação oral ou escrita como se fosse hoje uma jurisprudência ou mesmo uma súmula.

Essas glosas eram frases que os alunos anotavam em seus livros diferenciando qual dos professores ou mestres havia dito. No final das aulas o mestre ditava a (summa) da obra do título explicado. Dos glosadores mais importantes de Bolonha destacaram-se: Azo (falecido em 1230), autor da *Summa ao Codex*, e Acúrsio (falecido em 1260) que classificou e juntou as glosas de seus antecessores e batizando-a de Magna Glosa, ambos em sobre o Direito Romano.

Da época dos glosadores mais importantes do Direito Penal, seria injusto não destacar os seus primeiros práticos, Guidod de Suzzara (1283) e Rolandino de Romancii (1284), cuja obras se tem por perdidas.

Os post-glosadores eram comentarista acerca do direito comum vigente, pois suas obras tinha sentidos práticos, àquela época dizemos dos penalistas mais célebres da história, Alberto Gandino, auto do *Tractatus de Maleficcis*, Jacob de Belvisio, Bártolo e seu discípulo Baldo de Ubaldis, Bonifácio de Vitalinis, Angelo Arentino, Angustino Bonfrancisco, todos da geração de 1250 a 1450. (FRAGOSO, p. 35).

Na França ainda permanecia o processo da inquisição, da tortura monstruosa com a final condenação do acusado sem um processo formal, sem defesa, sem para quem apelar e de certo, esperando somente a sentença condenatória inescrupulosa com todas as cenas e requintes de crueldade, e cometida senhores leitores, por aqueles que deveriam nos socorrer, à aquela época pela Igreja e pelo Estado. Hoje pela mídia e pelo Estado que opera friamente.

Assim, vejam senhoras e senhores, uma sena forte de tortura e de extrema crueldade infligida ao seu semelhante:

Na França, (Damiens fora condenado, em 2 de março de 1757), a pedir perdão publicamente diante da porta principal da igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa carroça nu, de camisola, carregando uma tocha

de cera acesa de duas 2 libras; [em seguida] na dita carroça na Praça de Greve, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atenazado nos mamilos, braços, cochas e barriga a pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atenazado se aplicarão ao chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado por 4 cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzido a cinzas e suas cinzas lançadas ao vento. (FOUCAULT, 1997, p. 9).

A pessoa acusada à época, naturalmente, na inquisição era submetido aos procedimentos do romanismo religioso (embora este episódio tenha se dado na França) como um grande praguejador, mas as testemunhas disseram que nenhuma blasfêmia saiu de sua boca, senão, “meu Deus, tenha piedade de mim. Jesus, socorrei-me! ”. Aos gritos e chorando de dores descomunais, suplicava a vítima, diz a testemunha: “por ter cometido um dos crimes mais imperdoáveis à época, qual seja, ter praticado um parricídio, o seja, ter matado seu próprio pai.

Desta forma, seria suficiente para que um homem fosse amarrado por cordas em cada uma das extremidades de seus membros, cada um, a cada cavalo que o rasgava em pedaços como tiras dilacerando as vítimas como simplesmente, tiras de molambos. E assim, eram mortos os discordes de Roma. Mas ironicamente, Hitler é demonizado como de fato, deve ser mesmo, mas Roma por sua religião é ainda hoje, cegamente adorada.

Dói, ver aquele povo embriagado pelo desejo da vingança e sem ressentimentos que iam às suas casas e lá ficavam imaginando aquele espetáculo, até que a inquisição resolvesse acusar outro semelhante (outro réu “vítima” da sua atrocidade – o Estado pratica a vingança a sangue frio), para que da mesma forma o pudesse condenar.

A história do Direito Penal somente causa glamour aos que venciam uma acusação, pois quase nenhuma dava chance ao réu permanecer vivo, quer dizer, vencer num tribunal inquisitório era praticamente impossível.

Ainda, nesta história assombrosa, conta a testemunha que era arqueiro daquele exército e estando a posto, via o escrivão, o Sr. Léon Faucher, vendo o homem, arrasado, rasgado sem piedade a meio de gritos de dores, suplicando e pedindo perdão, sendo espedaçados por quatro cavalos e estes não sendo suficiente para logo rasgar o réu ao meio, em partes, (acusado – “vítima” do Estado) num instante, acrescentaram-lhe nas suas amarras mais um cavalo, se tornando em cinco cavalos, máquinas de matar; o senhor escrivão Léon se levantava e ia ao paciente, perguntava, tem alguma coisa a dizer?

Ora senhores, como dizer algo ao escrivão, se ele estava ali somente para fazer as anotações de praxe e que mesmo se quisesse nada poderia fazer para impedir tal atrocidade?

Mas 30 anos depois, vejam o regulamento redigido pelo Sr. Léon Faucher (FOUCAULT, 1997, p. 12) para a Casa dos jovens detentos em Paris:

Era uma prisão, com uma cama para cada um, um dia com uma noite e a noite para dormir ou descansar e o dia para trabalhar; no inverno eles deveria acordar-se às 06:00hs da manhã e no verão, às 05:00hs. O trabalho deveria durar 8h no inverno e 9hs no verão, sendo separados 2hs. para o ensino, todos os dias era consagrado ao ensino ético, moral e religioso exercido por capelão. (FOUCAULT, 1997, p. 12).

No século XVIII nasce o iluminismo com uma diversidade de entendimento acerca do método punitivo, sendo um dos mais destacados de seu tempo Cesare de Beccaria (1738-1794), filho de Francesco Saverio da Saxônia príncipe regente da Saxônia, do povo germânico, um dos principais Estados da atual Alemanha. Cesare de Beccaria havia mudado à Itália, lá estudou matemática e filosofia, logo conheceu o pensamento doutrinário dos principais juristas filósofos de seu tempo como: Montesquieu, Voltaire, Diderot e Hume, bravamente escreveu a sua obra **“Dos Delitos e das Penas”** de do marquês Cesare de Beccaria (1764, p.33-34), combatendo a tortura, o processo da inquisição e considerando o meio da prova ilícita, aquela sem o respaldo da legalidade e da confissão espontânea com inaceitável no processo regular. Uma de suas teses é: “a igualdade perante a lei dos criminosos que cometem o mesmo delito”.

Na sua lição de Direito penal, Beccaria (1764, p.33) dissertou sobre o sistema inquisitivo e processual, a pena e sua execução assinalando ao mundo um método de ação do Estado que não fosse aquele de até sua época, de acusações evidentemente abusivas, desumana, desproporcional e sem fundamento de ser, demonstrava apenas a fraqueza de sua Constituição.

2 TEORIA DA LEI PENAL – *NE BIS IN IDEM*

A lei penal é conjunto formal codificado capaz de esclarecer aos concidadãos de uma nação o que é crime e a sua respectiva sanção. A pena não deverá servir para punir o homem de forma alguma, mas para deter os seus interesses à prática do inconveniente social, para endireitar o comportamento tipicamente irregular. Sendo um mecanismo legal de controle social.

O fato social é sempre o ponto de partida na formação da noção do direito. O direito penal tem o objetivo de proteger os bens tutelados pelo Estado através do Contrato Social (Rousseau) onde cada um cede um pouco de sua liberdade ao Estado para que este administre impondo ao transgressor aquilo que deva merecer proporcionalmente ao que tenha sido lesado.

Para Damásio (2010, p. 46), no direito penal deve ser mais clássico a proteção da vida da pessoa. Todo valor conhecido torna-se bem jurídico. E ainda esclarece o que outros penalistas importantes descreveram a respeito do Direito Penal:

Anotava o próprio Mezger, porém, a definição é imperfeita, pois o direito penal moderno tem-se desenvolvido organicamente, excedendo os limites de sua expressão, ampliando o seu alcance a outras consequências de essência diversa da pena, como as medidas de segurança. E como observava José Frederico Marques, para dar uma noção bem exata do direito penal, é imprescindível que nele se compreendam todas as relações jurídicas que as normas penais disciplinam, inclusive as que derivam dessa sistematização ordenadora do delito e da pena. (JESUS, 2010, p. 47).

Simplificando a sistemática do Direito Penal matematicamente na regra da pretensão punitiva, é que: $A+B=C$, ou seja, se “A” pratica algo em face de “B”, logo deve ser C, pois “C” é a consequência da transgressão de “A” em face “B”, o segundo por ser objeto jurídico da relação protegido pelo Estado que conseqüentemente desagua na pretensão punitiva como resultado da lesão do direito, sendo “C” a respectiva punição, à resposta estatal.

Noutro trecho, Nucci (2011), leciona que Direito Penal é o corpo de normas jurídicas voltadas à ficção dos limites do poder punitivo do Estado, instituindo infrações penais e as sanções correspondentes, bem como regras atinentes à sua aplicação.

Neste sentido, cumpre mencionar as terminologias:

Para vários autores, há diferença entre direito penal e direito criminal, sendo este abrangente daquele, porque daria enfoque ao crime e suas consequências jurídicas, enquanto este seria mais voltado ao estudo da punição. Dessa forma, não nos parece que tudo não passa de uma opção terminológica. Já tivemos, no Brasil, um código criminal (1830), mas depois passamos a denominar o corpo de normas jurídicas voltados ao combate à criminalidade como Código Penal (1890 e 1940). O mesmo ocorre em outros países, havendo, ora a opção pela denominação de direito criminal (v. g., Grã-Bretanha), ora de direito Penal (v.g., Itália). (NUCCI, 2011, p. 39).

Finalmente, afirma Maximilianus Cláudio Américo Fúher que a Lei Penal brasileira é advinda das ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, assim, nesta vertente, assevera:

Segue-se o Código Criminal do Império (1830), o Código Penal Republicano (1890) e a consolidação das leis penais, (1932). Sendo que o Estatuto Penal em vigor no Brasil é o de 1940, criado pelo decreto Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, embora tenha sofrido inúmeras alterações no campo de suas reprimendas especialmente no combate ao sequestro, estupro e tráfico de drogas, ainda não minimizando as deformações sociais que tendem a expelirem seus crimes à prejudicarem essa República. (FÜHER, 1994, p.14).

E que de fato o Brasil adota a teoria finalística e vicariante, abolindo o a teoria do duplo binário, não sendo possível outra forma penal no atual direito repressivo brasileiro.

Deveria o legislador ter incrementado junto aos tipos penais mais severos, o crime eleitoral, da improbidade administrativa e do tráfico de influência que exercem influência diretamente nos demais crimes, inclusive da corrupção generalizada, que é mais gravoso do que o tráfico de drogas (pois só compra droga quem quer) e somente perdendo para os crimes de morte e de estupro.

Conquanto, o Direito Penal divide-se em objetivo e subjetivo. Nucci (2011, p. 67) delineia dizendo que o Direito Penal objetivo é o corpo de normas jurídicas destinado ao combate da criminalidade, garantindo a defesa da sociedade. Já o direito penal subjetivo, diz-se do direito que o Estado possui de punir aquele que transgredi a lei.

2.1 Brasil - história: definições do fenômeno “ne bis in idem”

Origens históricas e alcance do art. 5º , §§ 1o e 2o, da Constituição de 1988, doutra parte, principalmente em razão de haver emergido de um processo político de superação de um regime ditatorial, inimigo das liberdades públicas e cerceador das garantias constitucionais, a Constituição Brasileira de 1988, aos moldes de outros diplomas produzidos no mesmo contexto histórico, buscou dotá-los de imediata efetividade e tentou ampliar ao máximo o elenco dos direitos fundamentais nela positivados. Além disso, como resulta do teor do § 2o do seu art. 5º, os direitos fundamentais que consagra foram enunciados em um rol não-taxativo, manifestando uma opção constitucional pelo que foi apropriadamente designado pela doutrina ensinada por Alexy que faz as seguintes distinções:

(...) distingue ainda entre o modelo puramente procedimental (no qual a Carta possui apenas dispositivos de organização e procedimentos de poder e, em consequência, os direitos fundamentais são despídos de potência vinculativa) e o modelo puramente material (à partida, segundo o autor, marcado por sua

inviabilidade concreta e no qual “a Constituição contém exclusivamente normas materiais a partir das quais, através de operações metódicas, qualquer que seja sua configuração, pode obter-se o conteúdo de cada norma jurídica do sistema jurídico”), para concluir que, sob o ponto de vista formal, uma Constituição sempre tem um caráter misto, material/procedimental. (ALEXY, 2002, p. 503-505).

Alexy, (2002, p. 505) - esclarece que: “para além dos conteúdos do sistema jurídico que do ponto de vista constitucional são meramente possíveis, e que existem outros conteúdos que são constitucionalmente necessários e outros que são impossíveis. O fato de que as normas “jufundamentais” determinem os conteúdos constitucionalmente necessários e impossíveis, constitui o núcleo de sua fundamentalidade formal”.

De que são exemplos evidentes – ressalvadas as respectivas particularidades dos processuais de que resultaram – a Constituição da República Portuguesa de 1976 e a Constituição espanhola de 1978.

Na lição exponencial de J.J.Gomes Canotilho, (2002, p. 377-380) – assevera-se o seguinte: “Sem esta positivação jurídica os ‘direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política’, mas não são direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional (Grundrechtsnormen)” cláusula aberta ou princípio da não-tipicidade.

Ainda, os eminentes professores penalistas, Miranda (2000, p. 163) e Canotilho (2002, p. 404), explicam, *in casu*, este último fazendo menção a esta Constituição brasileira. Desse modo, era a enunciação precisa e extensiva dos direitos, liberdades e garantias constitucionais que remonta-se ao caso brasileiro à primeira Constituição republicana de 1891 (art. 81), que foi a fonte inspiradora da Constituição portuguesa de 1911, que continha dispositivo praticamente igual àquele (o art. 4º. do art. 5º da CF-88).

Assim diz a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891:

Art. 81 - Os processos findos, em matéria crime, poderão ser revistos a qualquer tempo, em benefício dos condenados, pelo Supremo Tribunal Federal, para reformar ou confirmar a sentença.

§ 1º - A lei marcará os casos e a forma da revisão, que poderá ser requerida pelo sentenciado, por qualquer do povo, ou *ex officio* pelo Procurador-Geral da República.

§ 2º - Na revisão não podem ser agravadas as penas da sentença revista.

§ 3º - As disposições do presente artigo são extensivas aos processos militares.

E a Constituição de Portugal, invoca os princípios elementares do direito brasileiro, em sua natureza intrínseca material, formal e fundamental, assim garantia a Constituição e Laicidade de Portugal de 1911:

Art. 4º. A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma do governo que ela estabelece e dos princípios que consigna ou constam de outras leis. (cf. original)

2.2 Princípios Constitucionais do *ne bis in idem* no Direito Penal Comparado

Prezados acadêmicos, advogados, bacharéis, estudante membros do ministério público, do judiciário, e aos interessados em geral, à temática em estudo, é clarividente que o homem por princípio de justiça, pelo menos deveria, e, como de fato fez, imitou a Deus, em ter misericórdia, para que, usando da justiça pura do direito, não infligisse condenação dupla, ou seja, duas vezes ao povo, ou ao indivíduo pelas mesmas circunstâncias.

A origem do princípio “ne bis in idem” não é suficientemente clara. Poder-se-á alegar, aprioristicamente, que a Lei de Talião constante do código de Hammurabi, no sec. XVIII a.C., encerra em si o conceito de *ne bis in idem*, já que o castigo tem de ser proporcional à ofensa.

Há autores que situam o princípio na justiça hebraica do sec. VII a.C., a partir das frases do profeta Nahum, o eclosita, nos versículos 9 a 12 do capítulo I, referindo-se à condenação de Nínive e sua conseqüente destruição anunciada por Yaveh Sebaot:

Bíblia Sagrada, Cap. I, versículos 9-12, veja:

9. Que pensais vós contra o SENHOR? Ele mesmo vos consumirá de todo; **não se levantará por duas vezes a angústia.**

10. Porque, ainda que eles se entrelaçam como os espinhos e se saturam de vinho como bêbados, serão inteiramente consumidos como palha seca.

11. De ti, Nínive, saiu um que maquina o mal contra o SENHOR, um conselheiro vil.

12. Assim diz o SENHOR: Por mais seguros que estejam e por mais numerosos que sejam, ainda assim serão exterminados e passarão; **eu te afligi, mas não te afligirei mais.** (ALMEIDA, 1993, p. 616). (Grifos meus – cf. o original).

Ainda neste sentido, pontua Gabriel C. Calache na tradução do Novo e do Velho Testamento das línguas hebraicas e gregos para à língua portuguesa no Brasil dos textos sagrados, citando os versículos 9 a 13 do Capítulo I do Livro de Naum.

Assim diz o Soberano Altíssimo Eterno, Deus de Israel e das gentes:

Aos chefes de Judá

9. Que tramais contra o SENHOR? Ele fez tábua rasa; a angústia não mais reaparecerá.

10. Pois eles não passam de espinhos emaranhados / - com suas bebedeiras, estão embriagados - ; serão consumidos como palha seca, totalmente.

11. De ti saiu aquele que trama o mal contra o SENHOR, / homem de intenções infernais.

12. Assim fala o Senhor:

Mesmo se estiverem completas as suas fileiras, / eles serão ceifados, e tudo estará acabado.

Se eu te humilhei, / não te humilharei mais,

13. Agora quebro o jugo daquele que te esmaga / e desato tuas cadeias.” (CALACHE, 1995, p. 670). (Grifos meus - cf. o original)

Portanto, depreende-se conversa entre O Senhor Deus Altíssimo que a sentença em definitivo e: “considerando que eu te fiz sofrer, eu nunca mais te farei sofrer” (ALMEIDA, 1993, p. 616), dessa forma o Soberano não mais puniria o povo por entendeu que haveria novo sofrimento ao transgressor pelo fato circunstancial envolvendo os mesmos sujeitos na relação.

Desta forma, proíbe-se duas condenações pelos mesmos fatos, tempo, espaço e circunstâncias, assim, também, as sociedades civilizadas tomaram por justo a legislação anotando-a em suas constituições, convenções e códigos; o princípio do *ne bis in idem* na seara do ramo do direito, em especialmente no direito constitucional, penal e processual penal.

Não obstante, para José Muñoz Clares, explica a origem da expressão processual de defesa penal em sua obra em espanhol, dizendo que:

(...) a origem do princípio encontra-se na Grécia e não em Roma, uma vez que “a sua formulação expressa na Constituição de Atenas, aparece na obra do orador Demóstenes (Atenas, 384-322 a.C.), concretamente na sua alegação «contra Leptino»”. Demóstenes, enquanto Advogado, defendia a aplicação de isenções fiscais que tinham sido retirados por uma lei de Leptino. Nessa sequência, Demóstenes terá argumentado que “as leis não permitam que sejam (accionar) duas vezes contra o mesmo pelos mesmo (factos)” e terá acrescentado “sabeis sem dúvida que por cada crime público, por grave que seja, a lei não estabelece mais do que uma pena. Diz (a lei) expressamente: «em todo o julgamento, não será imposta mais do que uma pena, corporal ou pecuniária, por escolha do tribunal, a acumulação está proibida»” (MUÑOZ, 2006, p. 42). (Grifos de CLARES, 2006, p. 42).

Neste contexto social histórico econômico e como objeto deste estudo, ligado ao *jus puniend*, explicava o grande advogado Demóstenes que ninguém poderia pagar o tributo duas vezes, não sendo justo o Estado punir a pessoa repetindo a cobrança do tributo pelo mesmo caso e nem pelo mesmo motivo, penalizá-lo.

Significado: **ELCOSITA** - Heb. 'Elqoshî. Uma designação do profeta Naum 1:1, significando provavelmente que ele era nativo ou cidadão de Elcós. Contudo, Elcós ainda não pôde ainda ser definitivamente identificada. A tradição identifica-a com Alkush, na Assíria, cerca de 80 km a norte de Mosul e declara que, quando Naum nasceu, os seus pais se encontravam no exílio. Outros consideram que a cidade natal de Naum era Elcesi, na Galileia. A tentativa de ligar Naum à Galileia poderá ter origem no facto de a cidade de Cafarnaum, que significa “aldeia de Naum”, se situar na Galileia. Outra tradição situa a cidade natal de Naum perto de Beit Jibrín, em Judá. < <http://www.jesusvoltara.com.br/dicionariobiblico/elcosita.htm>> acessado no dia 20/10/2016.

2.3 Assíria – Caldéia e Babilônia: Código de Hamurabi

A história do direito penal, as pretensões punitivas, remonta-se deste os primórdios, porém, a.C. as pessoas já pensavam em anistiar que tivesse sido punido alguma vez pelo mesmo fato na mesma circunstância, embora atualmente, haja pessoas nas ruas protestando por punição ao seu semelhante, certamente, não nota que exterioriza um sentimento bárbaro primitivo, posto que até a própria Lei de Talião com toda sua dureza, de que seus atos legislativos não deveria se revogar, mas sim cumpridos, havia em seu núcleo moral constitucional um padrão ético de Justiça, pois que ninguém, sob a jurisdição de Hamurabi poderia ser punido duas vezes pelo mesmo fato.

Para Coimbra (1911, p.18) – Importa lembrar, aprioristicamente: “que a lei de Talião constante do código de Hamurabi, no sec. XVIII a.C., encerra em si o conceito de *ne bis in idem*, já que o castigo tem de ser proporcional à ofensa”.

Sob esse prisma, há autores, neste caso, divergem, de fato, somente porque a informação parte de antepassados ilustres que diziam o direito de acordo com suas crenças e convicções, crendo inclusive, que a Justiça era editada por homens, mas ordenadas por Deus, assim, nascia, o princípio na Justiça Hebraica do Sec. VII a.C., percebe-se contundentemente, à partir das frases do profeta Nahum, como dito no tópico anterior, onde referia-se à condenação da cidade Nínive e sua destruição foi anunciada por Yaveh Sebaot. (Livro de Naum, I, 9): “O que estais a pensar contra o Senhor? Nós executaremos o extermínio: o sofrimento não se erguerá pela segunda vez”. I, 12: “Portanto disse o Senhor: considerando que eu te fiz sofrer, eu nunca mais te farei sofrer”.

Nesta órbita de proteção do ser humano e legalidade, verifica-se mais uma vez, o princípio da proporcionalidade, que quer dizer originalmente, que ninguém poderia ser punido duas vezes pelos mesmos fatos.

2.4 Na Grécia

Apesar da hipótese *in casu*, (Conway, 2003, v3, p. 217-244. Apud, CLARES, 2006, p. 39. Apud LUIS, 2008, 9) esclarece que: “a origem do princípio encontra-se na Grécia e não em Roma, uma vez que “a sua formulação expressa na Constituição de Atenas, aparece na obra do orador Demóstenes (Atenas, 384-322 a.C.), concretamente na sua alegação contra Leptino”. Demóstenes, enquanto Advogado, defendia a aplicação de isenções fiscais que tinham sido retirados por uma lei de Leptino.

Nessa sequência, Demóstenes havia argumentado que:

(...) as leis não permitam que sejam (accionar [sem tradução]) duas vezes contra o mesmo pelos mesmo (factos)” e terá acrescentado “sabeis sem dúvida que por cada crime público, por grave que seja, a lei não estabelece mais do que uma pena. Diz (a lei) expressamente: «em todo o julgamento, não será imposta mais do que uma pena, corporal ou pecuniária, por escolha do tribunal, a acumulação está proibida. (Conway, G. 2003. V.3, p. 217-244; *Apud* CLARES, – ob. cit. , p. 42).

Corroborando ao esclarecimento da dúvida:

Admite-se como hipótese que o princípio tenha nascido na Grécia através dos exemplos que serviam de estudo à retórica entre os Áticos, já que estes utilizavam muitos exemplos do direito e Quintiliano tem uma passagem na sua obra em que engloba a fórmula “bis de eadem re ne sit actio” (da ação não pode ser a mesma coisa duas vezes) na categoria de *genus ex iure* (tipo de lei) obscuro. De modo que faça notar a dificuldade em localizar a origem do princípio, reside circunstancialmente no fato de não pode-se determinar verdadeiramente, de forma indubitosa, o lugar e o período donde advém as citações. Há, doutro lado, autores da literatura jurídica histórica que defendem que o princípio do qual se baseia o presente trabalho, tenha nascido ou advindo da Inglaterra, sob a denominação de “double jeopardy”(dupla penalização), portanto. (VILLALBA 1998, p. 48-49).

Nesta Ordem, é o que assevera o art. 5º da EC da Constituição dos Estado Unidos da América, assim:

Artigo V – da EC Assinada em 17/09/1897 e Efetivada em 21/06/1898 – EUA.

Ninguém será chamado a responder por um crime capital, ou infamante, a menos que sob denúncia ou indiciamento oriundo de um grande júri, exceto em casos que se apresentem nas forças terrestres e navais, ou na milícia, quando chamadas a serviço ativo em tempo de guerra ou perigo público; ninguém poderá ser acusado duas vezes pelo mesmo crime com risco de perder a vida ou parte do corpo; ninguém será obrigado, em qualquer caso criminal, a testemunhar contra si mesmo, nem ser privado da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido procedimento legal; nenhuma propriedade privada será tomada para um uso público sem uma justa compensação. **(traduzido).**

Article 5º. - Nor shall any person be subject for the same offense to be put twice in jeopardy of life or limb. (article 5.º emenda à Constituição dos EUA). **(original).**

Art. 5º. - nem deverá qualquer pessoa estar sujeita pelo mesmo crime para ser colocado duas vezes em perigo de vida ou membro, (cf. 5.º emenda à Constituição dos EUA). **(tradução nossa).**

Portanto, Villalba (1998, 49-49), também, identifica em sua obra, ao que se disse antes, conforme (*Institutione Oratoriae*, VII, cap. 6º, §4º) Educação do orador, 7º, cap. 6º, § 4º, outrossim, há outras passagens dizendo em sua significância que: "Agnes não é concedida duas vezes pela mesma coisa."

2.5 Em Roma

Para RIEZU, (1990, p. 836); VILLABA, (1998, p. 46-47); e, RAMOS (2007, p. 36), asseveram a assertiva de que o princípio do *ne bis in idem* tem origem processual, e, está intrinsecamente ligado à noção de causa julgada (p. 15-16-17) e à necessidade de segurança jurídica implicitamente, incluso, embutido ao instituto da segurança jurídica, posto que há quem prefira substituir a expressão *ne bis in idem* por *Res Iudicata*, e CLARES (2006, p.26) e outros definem o princípio como “uma regra do direito que pretende evitar uma pluralidade de efeitos jurídicos sobre um mesmo substrato real”.

2.6 O “ne bis in idem” sem relação com a coisa julgada em Roma e depois no direito Canônico, ou, religioso

Para Barretos (1981, pp. 12-13, 28), em sua relevante lição, esclarece que o modelo inquisitório puro nasce com a influência que o direito processual penal canônico teve relativamente ao direito processual penal comum.

Assim:

Sem embargo, há quem entenda que o princípio *ne bis in idem* surge sem ligação ao caso julgado, só posteriormente para evitar os abusos cometidos se procederia à concatenação entre os dois. O *ne bis in idem* protegeria a segurança individual e coletiva enquanto caso julgado o protegeria a força e a credibilidade das decisões judiciais e das autoridades que as proferiram. (LELIER-FISCHER, 2005, p. 81-118; Apud, RAMOS, 2007, p. 36; Apud, CARMO, 2008, 12).

Assim, para Barreiros (1981, p. 25), o direito romano preponderou por toda a idade média, inicialmente por meio do Código Visigótico, em seguida adotado nas Leis Justinianas que passou a formar o *Corpus Iuris Civilis*, era um axioma da literatura penal, para garantir que: “aquele que era perseguido criminalmente, poderia pedir ao rei o reconhecimento do princípio da coisa julgada em face de novas ações, mesmo que um processo anterior por meio da inquisição.

Parta Villauba (1998, p. 51-52), leciona que conseqüentemente, o Direito Canônico, também, conheceu o tal instituto (coisa julgada – *ne bis in idem*) por basear-se no Direito Romano, porém, foi exatamente por via do Direito Canônico que o princípio sofre a maior mudança (houve acentuado desfavorecimento do princípio em voga, neste caso – Direito

romano para o Direito Canônico) com a consagração nos séculos XII a XVIII do temido, injusto e perseguido processo, denominado de: inquisitório. Veja-se:

[...] e do princípio da busca da verdade material. Com efeito, a busca da verdade material gerava a inadmissibilidade da figura do caso julgado, já que se estaria sempre a tempo de reabrir o processo para lograr atingir essa verdade. Assim, a falta de prova gerava uma *absolutio ab* instância e a condenação não tinha efeito preclusivo da reabertura do processo sofre a maior vicissitude com a consagração nos séculos XII a XVIII do processo inquisitório e do princípio da busca da verdade material. Com efeito, a busca da verdade material gerava a inadmissibilidade da figura do caso julgado, já que se estaria sempre a tempo de reabrir o processo para lograr atingir essa verdade. Assim, a falta de prova gerava uma *absolutio ab* instância e a condenação não tinha efeito preclusivo da reabertura do processo.

– “O modelo inquisitório puro nasce com a influência que o direito processual penal canônico teve relativamente ao direito processual penal comum”. (BARRETOS, 1981, p. 12-13,28)

Ainda, neste trilhar:

É que se tinha encontrado na “*absolutio ab instantia*” (absolvição da instância), ou seja na “*absolutio pro nunc*” (absolvição por enquanto), *rebus sic stantibus* (questões de pé), a maneira sistemática do negar [princípio do caso julgado]. Clara afirmação disso é, na França, o caminho do “*plus amplement informe* (além amplamente e sem forma)” para justificar novas acusações”. (CANOTILHO, e MOREIRA, Vital, 2007, p. 497; CORREIA, p. 302; Apud, CARMO, 2009, p. 13-14).

Para ponto-finalizar a questão, nesta ordem, alternativa entre o direito romano e o canônico, havia que os romanos protegiam o bem jurídico tutelado garantindo a eficácia, embora, frágil do direito a não ser processado, julgado e condenado duas vezes pelo mesmo fato, embora não fosse pela via adequada, porém, protegia por meio da coisa julgada materialmente e formal.

Mas a mesma Roma por meio do Cónon episcopal – por meio do direito da Igreja, não reconhecia tal ordem estatuída como defesa e garantia fundamental daquele povo, na verdade, eles (romanos religiosos, pagãos), relativizavam essa garantia da coisa julgada e do “*ne bis in idem*” – a ponto de acertarem o direito para dizer: “suspende a execução, por enquanto, mas está de pé” posto o direito canônico estava à época da inquisição, sem forma e fazia, porque se não há formalidade, não tem como se guardar conteúdo material, portanto fica sem forma e fazia, ocasião em que o cidadão ficava a mercê da justiça subjetiva de cada julgador.

Quintiliano. Marco Fábio Quintiliano foi um orador e professor de retórica romano. Nascido em Calagurris, em 35, Quintiliano estudou em Roma, onde primeiro exerceu a atividade de advogado. Nascido a 35 d.C., Calahorra, Espanha e falecido em 100 d.C. (pesquisa livre).

2.7 Na França

A ribalta é o freixo de luzes, um conjunto de candeeiros que iluminam e traz luz aonde não há claridade, assim, em 1791 nasce a Constituição Francesa por força da revolução Industrial, e em seu arcabouço legislativo, trouxe as ideias da igualdade, fraternidade e solidariedade empregando na sistemática penal a marca política jurisdicional aos seus concidadãos e após, ao mundo. E naquele contexto histórico social, penal e constitucional, positiva-se o axioma do princípio republicano democrático da administração processual, denominado de: *ne bis in idem*, este, como um dos nortes da administração criminal de uma República.

Assim é o axioma fundamental do Estado Constitucional da França – “TITRE III - DE L'EXERCICE DU POUVOIR LÉGISLATIF - CHAPITRE V - DU POUVOIR JUDICIAIRE”

Titre III, Chapitre V, Article 9:

En matière criminelle, nul citoyen ne peut être jugé que sur une accusation reçue par des jurés, ou décrétée par le Corps législatif, dans les cas où il lui appartient de poursuivre l'accusation. - Après l'accusation admise, le fait sera reconnu et déclaré par des jurés. - L'accusé aura la faculté d'en récuser jusqu'à vingt, sans donner des motifs. - Les jurés qui déclareront le fait, ne pourront être au-dessous du nombre de douze. - L'application de la loi sera faite par des juges. - L'instruction sera publique, et l'on ne pourra refuser aux accusés le secours d'un conseil. - **Tout homme acquitté par un juré légal, ne peut plus être repris ni accusé à raison du même fait.** (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789, ratificado como Constituição do Povo Francês, de 14 de setembro de 1791). (Grifos meus).

Na sua essência, em versão traduzida, é o referido dispositivo legal amparado no artigo 9º do Cap. V do Título III da Constituição Francesa, assim:

Em matéria penal, nenhum cidadão pode ser julgado por uma acusação recebida pelos jurados ou decretada pelo Poder Legislativo, onde é para continuar o processo. - Após a acusação admitida, o fato será reconhecido e declarado pelos jurados. - O acusado tem o direito de contestar até vinte sem dar razões. - Os jurados que declarem a verdade, não pode ser inferior a doze. - A aplicação da lei será feita pelos juízes. - Formação será público, e não podemos recusar o acusado a ajuda de um advogado. - Todo homem absolvido por um júri legal, não podem ser devolvidos ou cobrados para o mesmo ato. (grifos meus).

A expressão principiológica no original fundada no art. 9 do Cap. V, do Título III/Constituição Francesa, assim diz o art. 9º - “Tout homme, acquitté par un jury legal, ne peut plus être repris ni accusé à raison du même fait”. (Constituição Francesa de 03 e ratificada 14 de setembro 1791).

Na tradução atualizada fica assim: “*Todo homem, absolvidos por um júri, lei, não podem ser devolvidos ou cobrados para o mesmo ato*”.

Na verdade, o fundamento central do fator jurídico da coisa julgada (do caso julgado) enraíza-se numa concessão de prática necessária para garantir a certeza e a segurança do direito. Embora, com o próprio sacrifício da justiça material, pretende-se assegurar através dele para às pessoas, a sua paz jurídica, para que se afaste definitivamente, o perigo das decisões contraditórias.

Houve, inominavelmente, uma adesão à segurança com um eventual detrimento da verdade, eis assim o que está na base do instituto, desta forma:

O valor ideal axiológico imperativo do princípio em comento desta ideia, só é, portanto, afirmada vigorosamente em matéria criminal ao sopro do iluminismo e das correntes que prepararam a Revolução Francesa, porque de fato, se Cesar de Beccaria, não tivesse referido, e, fomentado de verdade contundentemente, a necessidade de abolição do escandaloso princípio de “plus amplement” (mais plenamente) informe e a afirmação da regra *ne bis in idem* *biam*, de tal modo, que para as concepções da época que a Constituição francesa de promulgada em 3/09/ e ratificada em 14 de setembro de 1791, dispunha **Tout homme, acquitté par un jury legal, ne peut plus être repris ni accusé à raison du même fait**. (Todo homem, absolvidos por um júri, lei, não podem ser devolvidos ou cobrados para o mesmo ato) da França veio a regra, para, de uma vez por todas, irradiar para todos os lados, incorporando-o no patrimônio das ideias que presidiram à reforma do direito criminal adjetivo (formal) e substantivo (material) dos princípios do sec. XIX. E que atualmente, reveste-se de norma hipotética recepcionada direta ou indiretamente – à ideia de segurança no direito, aparece por todos sufragada. (CORREIA, 1959, pp. 302 – 303).

De forma democrática, a França passou a ser conhecida internacionalmente por seu status constitucional com semelhanças de fraternidade, justiça, igualdade e liberdade com o conteúdo material apropriado à defesa dos direitos e garantias fundamentais, como parâmetros de civilização cidadã aos seus nacionais e servindo de referência às nações de todo o mundo.

3 FRAGMENTOS DO DIREITO PENAL: “NE BIS IN IDEM” PROCESSUAL E MATERIAL

A doutrina tem distinguindo perfeitamente os conceitos de Direito Processual, especialmente penal, ou seja, formal, e do material, também podendo ser chamado de substantivo. De modo que o Direito Processual trata dos ritos e dos meios hábeis para a administração da aplicação da lei material (direito substantivo) em sua concretude.

O excelso professor Damásio Evangelista pontua que:

Ninguém pode ser punido duas vezes pelo mesmo fato. E que este primado possui duplo significado: o primeiro, trata-se de Direito Penal material – ninguém pode sofrer duas penas em face do mesmo crime; o segundo como sendo Direito Processual (formal) – ninguém pode ser processado e julgado duas vezes pelo mesmo fato. (JESUS, 2010, p. 54).

Para o procurador Geral de Justiça de São Paulo, André Estefam (2010, p. 157 - 159) - o conceito material é, como se observa, aquele preocupado com a essência de um comportamento relevante, que por variadas concepções possíveis de identificação como crime, deve ser considerada toda ação ou omissão consciente e voluntária, com previsão em lei e que cria risco juridicamente proibido, relevante e punível. Resumindo que o crime é fato típico e ilícito, ou típico, ilícito e culpável.

Estefam lembra e menciona que:

No Brasil, há portanto, experientes penalistas doutrinadores que divergem acerca dos conceitos da teoria do crime de modo que para uns a conceituação de crime seria quando o fato for típico e antijurídico. E para a outra corrente do pensamento filosófico penal, o crime é fato típico, antijurídico e culpável. Para a primeira corrente denominada minoritária, como os ilustres penalistas René Ariel Dotti, Damásio de Jesus, Júlio Fabbrini, Fernando Capez, dentre outros da mesma linha, o crime é fato típico e antijurídico. E para a corrente majoritária, ecoa o brado retumbante de Cezar Roberto Bittencourt, Francisco de Assis Toledo e outros, o crime é fato típico, antijurídico e culpável. (ESTAFAM, 2010, p. 158).

Mas para adiantar o presente estudo objeto da investigação em apreço, passar-se-á à análise do aspecto da identificação da conduta no escopo processual, em seguida quanto ao que antecede à aplicação da pena como consequência de fato típico, antijurídico e culpável, importando dizer por derradeiro, que ambos os autores acima citados são adeptos da teoria finalista.

3.1 Sob a ótica formal – não os condene duas vezes pela mesma coisa

O desrespeito à formalidade do devido processo legal ou o atropelamento da lei em vigor, caracteriza grave prejuízo à parte que poderá alegar em tempo, mas se for de prejuízo

mínimo, poderá a autoridade judiciária corrigi-la, quer dizer, se não houver prejuízo à defesa, pelo princípio da nulidade relativa, e, ao contrário, estar-se-á perante atos de nulidade absolutas (art. 564/CPP). Porém, neste caso, dirige-se a atenção ao primado da característica garantidora da não aplicação de pena ao indivíduo pelos mesmos fatos. Posto que tal princípio é que adorna o Sistema Constitucional que recepcionou e deu-lhe estados constitucionais, embora, os monistas materialistas, entendem que se trata de lei infraconstitucional.

Porém, os princípios internacionais de direitos humanos (de proteção ao homem) tem assentado em seus acordos, convenções e tratados que tais princípios deve serem respeitados como garantidores de defesa de direitos dos indivíduos.

Trata-se, portanto, do princípio da tipicidade das formas: “O Código de Processo Penal prevê quais os atos que devem ser praticados e como devem ser praticados, sendo que a afronta constitui nulidade (art. 564, IV do CPP)”.

Portanto, a formalidade é essencial à condução e conclusão de uma investigação com a sua consequente punição ao que transgrediu a norma posta.

Então, a falta de formalidade na condução do processo penal, ou, na persecução processual penal, poderá gerar nulidade, e neste caso, absoluta, (art. 564/CPP), assim:

Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

I - por incompetência, suspeição ou suborno do juiz;

II - por ilegitimidade de parte;

III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:

a) a denúncia ou a queixa e a representação e, nos processos de contravenções penais, a portaria ou o auto de prisão em flagrante;

b) o exame do corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no Art. 167;

c) a nomeação de defensor ao réu presente, que o não tiver, ou ao ausente, e de curador ao menor de 21 anos;

d) a intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação por ele intentada e nos da intentada pela parte ofendida, quando se tratar de crime de ação pública;

e) a citação do réu para ver-se processar, o seu interrogatório, quando presente, e os prazos concedidos à acusação e à defesa;

f) a sentença de pronúncia, o libelo e a entrega da respectiva cópia, com o rol de testemunhas, nos processos perante o Tribunal do Júri;

g) a intimação do réu para a sessão de julgamento, pelo Tribunal do Júri, quando a lei não permitir o julgamento à revelia;

h) a intimação das testemunhas arroladas no libelo e na contrariedade, nos termos estabelecidos pela lei;

i) (...)

j) (...)

l) (...)

m) (...)

n) (...)

o) a intimação, nas condições estabelecidas pela lei, para ciência de sentenças e despachos de que caiba recurso;

p) no Supremo Tribunal Federal e nos Tribunais de Apelação, o *quorum* legal para o julgamento;

IV - por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato.

Parágrafo único. Ocorrerá ainda a nulidade, por deficiência dos quesitos ou das suas respostas, e contradição entre estas. (Incluído pela Lei nº 263, de 23.2.1948). (Grifos meus).

Este são alguns meios de que se dispõe para identificar a falta de fórmula que melhor defina a ausência formal num processo que possa gerar nulidade relativa ou absoluta e noutros casos, evitando-se assim, o atropelo da lei. E, com base nos princípios que regem a pretensão punitiva assentada num arcabouço processual probó, idôneo, também, gera nulidades, arquivamentos de procedimentos em curso ou já transitado em julgado, como é o caso de réus condenados duas vezes pelas mesmas circunstâncias e fatos, ou se na dosimetria da sentença o magistrado equivocadamente repetir agravantes ou atenuantes em seu dispositivo mandamental.

Em caso de provado, a falta das devidas formalidades, assegura a Suprema Corte Federal do Brasil que:

Súm. 523 - No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.

Sum. 707 - Constitui nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer contra-razões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprimindo a nomeação de defensor dativo.

Sum. 708 - É nulo o julgamento da apelação se, após a manifestação nos autos da renúncia do único defensor, o réu não foi previamente intimado para constituir outro.

Súm. 712 - É nula a decisão que determina o desaforamento de processo da competência do júri sem audiência da defesa.

E para pontuar esse questionamento, sobre o *ne bi in idem*, e às formalidades axiológicas, aplainadas no sistema jurídico-constitucional brasileiro, à luz dos princípios e formalidades posto nesta República, outrossim, é o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, que:

HABEAS CORPUS - PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO - PACIENTE CONDENADO DUAS VEZES PELO MESMO FATO - PRIMEIRO PROCESSO JÁ TRANSITADO EM JULGADO - FLAGRANTE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA COISA JULGADA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO - SEGUNDO PROCESSO ANULADO - ORDEM CONCEDIDA. (TJ-MS - HC: 32117 MS 2008.032117-3, Relator: Des. Romero Osme Dias Lopes, Data de Julgamento: 16/02/2009, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: 06/03/2009).

Em seguida, para dar-se continuidade na contextualização do direito forma e material, falar-se-á no direito substantivo (material) e razões no direito constitucional, penal e processual brasileiro.

3.2 O *ne bis in idem* material no direito penal brasileiro

Quanto ao princípio da proibição de dupla punição no direito material, sob investigação, faz-se breves considerações referente ao conflito aparente de normas penais e os princípios aplicáveis no sentido de ser este resolvido. Com fundamento na pesquisa do princípio constitucional e internacional do “*ne bis in idem*” no Direito Material, também chamado por Cesar Roberto Bitencourt de Direito Penal Substantivo, (1997, p.34), importante questão é a da extraterritorialidade, disposta no artigo 8º do Código Penal.

No que concerne à extraterritorialidade incondicionada, deverá haver a análise pelo magistrado das diversidades qualitativas e quantitativas da pena a ser imposta no Brasil, em relação à cumprida no exterior, visando evitar a duplicidade de punição. Já com relação à extraterritorialidade condicionada, em havendo condenação (com respectivo cumprimento integral de pena) ou absolvição no exterior, não poderá ser aplicada pena no Brasil em virtude da extinção da punibilidade, novamente com vistas a evitar o *bis in idem*. Porém, esta questão não será alvo deste trabalho, cedendo espaço para a análise das hipóteses do conflito aparente de normas penais.

Vale ressaltar que nesse campo o princípio do *ne bis in idem* é absoluto, não podendo, portanto, ser relativizado, uma vez que se funda nos valores da justiça e da certeza.

3.3 Conflito aparente da norma penal

Para o eminente e festejado professor Jesus, (2003, p. 107), o ordenamento jurídico é constituído por diversas normas e disposições, ordenadas harmonicamente. Algumas dessas normas são independentes entre si, já outras se coordenam, no sentido de se integrarem ou se excluírem reciprocamente. Dessa forma, o aplicador do direito precisa, em alguns momentos, determinar qual das normas será aplicada para um dado caso concreto.

Contudo, em algumas situações, a um mesmo fato concreto pode-se ajustar duas normas diferentes, dois tipos legais de crime. Por exemplo, quando um fato apresenta elementos constitutivos de duas ou mais normas legais, ou quando um fato previsto por uma norma legal

está compreendido no fato previsto por outra. Nestes casos, diz-se que se está diante de um conflito aparente de normas penais.

Importa esclarecer que o conflito é apenas aparente, pois seria inaceitável para o Direito Penal que fosse atribuída mais de uma norma para um único fato, sob pena de violar o princípio do “ne bis in idem”. Seria o princípio da proibição de dupla punição, portanto, o norteador dessa problemática, impedindo que fosse concretizada uma eventual ameaça.

Apregoa aquele que rejeitou a cadeira e a nomeação de ministro do Supremo Tribunal Federal (1956) no governo de Jânio Quadros, (sobre a vida do autor, editora Millenium – sem n. de página) assim, rejeitou a vaidade e aproveitou a virtude de um cidadão de grande caráter, *data vênica*, abaixo está a lição eterna do professor e desembargador do TJSP, José Frederico (1997):

Diz-se, porém que esse conflito é tão-só aparente porque se duas ou mais disposições se mostram aplicáveis a um dado caso, só uma dessas normas, na realidade, é que o disciplina. A espécie delituosa, em tal hipótese, é subsumível em diversas regras preceptivas ou descrições abstratas da lei penal: enquadra-se, por tanto, em várias normas, das quais uma apenas encontra aplicação. (MARQUES, 1997, p. 437).

Não se pode confundir, outrossim, o conflito aparente de normas penais com o concurso de crimes. O primeiro, como já ressaltado, ocorre quando a um mesmo fato punível, podem ser aplicáveis diversos preceitos penais, que se excluem entre si, de modo que, por essa exclusão, somente uma das leis deve ser aplicada. Em outras palavras, o fato praticado se enquadra em mais de um tipo penal, embora se trate de apenas uma infração, para a qual uma só pena, pelo mesmo fato, momento, e sujeitos, seria aplicada. Posto que no concurso de crimes, o agente pratica, mediante uma ou várias ações, dois ou mais crimes, idênticos ou não.

Nesse caso, as penas são aplicadas segundo os critérios do cúmulo jurídico (exasperação), ou material.

Ainda no mesmo sentido, no concurso de crimes não há somente a aparência, mas efetivamente o fato incide em duas ou mais disposições legais. Além do mais, as normas violadas não se repelem, uma não se opõe à outra.

Já no conflito aparente de normas, a tipicidade só é múltipla aparentemente, sendo, na realidade, una. Deste modo, o fato incide em apenas um dispositivo, excluindo os outros que poderiam vir a ser aplicados.

Percebe-se, portanto, que para ver configurado o conflito aparente de normas penais, existindo a situação típica de várias normas disputando aplicação a um fato concreto, devem

estar presentes dois pressupostos, quais sejam, a unicidade do fato (ainda que complexo) e a identidade de bem jurídico atingido.

3.4 Princípios aplicáveis

Com relação ao conflito aparente de normas penais, existem princípios aplicáveis no sentido de se avaliar em qual dos tipos legais deve a ação cometida ser enquadrada, evitando-se assim a incidência de “bis in idem”. De fato, tais princípios são os da especialidade, subsidiariedade e consunção. E é por meio desses princípios, se faz necessário uma interpretação do fato em relação às normas objetivando verificar qual delas será mais adequada para ser aplicada no caso concreto.

3.4.1 Princípio da Especialidade

O Princípio da especialidade tem fundamento no apotegma *Lex specialis derogat lex generali* (Uma lei especial derroga a lei geral).

Existem normas penais incriminadoras que guardam umas com as outras uma relação de gênero para espécie, ou seja, de especialidade. Uma norma é genérica, e, conseqüentemente as outras são, em relação a ela, específicas.

Uma norma penal incriminadora pode ser considerada especial em relação à outra, geral, quando possui em sua definição legal todos os elementos típicos desta (objetivos, normativos, subjetivos), e mais alguns, de natureza objetiva, subjetiva ou normativa, que a tornem especial. (TELES, 1998, p. 204).

Desta forma, quando entre duas normas em conflito para dispor sobre um mesmo fato houver relação de especialidade, a norma especial se sobrepõe à norma geral. Observa-se, portanto, que o “bis in idem” fica afastado, pois, embora haja descrição do fato por mais de uma norma, apenas a especial será aplicada.

Como exemplo da aplicação do princípio da especialidade, pode-se imaginar a situação da mãe que mata o recém-nascido durante a influência do estado puerperal. Nesse caso, há um conflito aparente entre as normas geral, homicídio, art. 121 do CP e especial, infanticídio, art. 123 do CP. Destarte, conforme dita o preceito em estudo, somente será aplicada a norma referente ao crime de infanticídio, evitando-se a dupla punição pelo mesmo fato.

A partir da análise do exemplo supra, pode-se observar que, como determina o princípio da especialidade, o fato descrito ajusta-se no tipo do artigo 123, sendo esta a norma específica, pois, além de possuir todos os elementos do art. 121 (matar alguém), possui elementos excepcionálíssimos (matar o filho, sob a influência do estado puerperal, durante o parto ou logo após).

Ao que se afirmou supra, existe uma peculiaridade no princípio da especialidade que o distingue dos demais, que analisar-se-á ainda no decorrer do presente trabalho. E é por meio da lógica que se possibilita a comparação *in abstracto* a respeito das normas aplicáveis, diferentemente dos demais, que necessitam de um confronto em concreto das leis sobre o fato.

3.4.2 Princípio da Subsidiariedade

Segundo esse princípio, *lex primaria derogat legi subsidiarie*.

Nesta linha, pode ocorrer a relação existente entre duas normas penais não ser de gênero para espécie, mas de subsidiariedade. Fala-se que uma norma é subsidiária à outra, primária, quando dispõe sobre grau de violação do bem jurídico de menor gravidade que a descrita na norma primária, principal. Em outras palavras, há subsidiariedade quando, em relação a um mesmo bem jurídico, há determinados graus diversos de ofensa, de modo que a ofensa maior absorve a menor e, por isso, a aplicabilidade desta está condicionada à não aplicação da primeira.

Destarte, segundo o entendimento acima, uma vez instaurado o conflito, deve haver a análise da totalidade do fato, para se chegar ao tipo a ser enquadrado. Caso a conduta tenha violado o bem jurídico em seu maior grau, a norma primária será aplicada. Uma vez que a ofensa seja mais leve, terá incidência a norma subsidiária.

A subsidiariedade pode ser classificada em implícita ou explícita.

Explícita é subsidiariedade quando a própria norma ressalta essa qualidade expressamente no tipo. Pontua-se, no seguinte, conforme predispõe o artigo 132 do CP, ao dispor sobre o crime de perigo para a vida ou a saúde de outrem, o legislador dispõe que esta pena somente será aplicada se o fato não constituir crime mais grave.

Veja-se, portanto o dispositivo do art. 132 do CP:

Art. 132 - Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente:
Pena - detenção, de três meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave.
Parágrafo único. A pena é aumentada de um sexto a um terço se a exposição da vida ou da saúde de outrem a perigo decorre do transporte de pessoas para a prestação de serviços em estabelecimentos de qualquer natureza, em desacordo com as normas legais. (Incluído pela Lei nº 9.777, de 1998).

Ou seja, caso haja a consumação do dano não será aplicada pena para o crime de perigo, subsidiário.

Já a subsidiariedade implícita ocorre quando o legislador não ressalta expressamente o caráter subsidiário da norma, embora esta somente se veja aplicada nas hipóteses em que o fato

não configure delito mais grave. Em sendo o fato apto a configurar delito mais grave, este, por si só, afastará a incidência da norma subsidiária. Em outras palavras, deve dizer-se implícita porque a norma subsidiária não determina, expressamente, a sua aplicação à não ocorrência da infração principal. Como exemplo da subsidiariedade implícita tem-se o crime de dano relacionado com o crime de furto qualificado pela destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa. Os elementos típicos do dano funcionam como qualificadora do furto.

Colaciona o festejado professor mineiro Nelson Hungria, dizendo que:

A diferença que existe entre especialidade e subsidiariedade é que, nesta, ao contrário do que ocorre naquela, os fatos previstos em uma e outra norma não estão em relação de espécie a gênero, e se a pena do tipo principal (sempre mais grave que a do tipo subsidiário) é excluída por qualquer causa, a pena do tipo subsidiário pode apresentar-se como ‘soldado de reserva’ e aplicar-se pelo *residuum*. (HUNGRIA, 1958, p.139). (Grifos meus).

Destarte, crime subsidiário é aquele que constitui parcela de outro tipo com menor gravidade, é um aspecto da conduta tendente a atingir a meta maior, em que se lesa um bem com valor superior.

Entretanto, o princípio da subsidiariedade não possui tanta utilidade, tendo em vista que problemas dessa ordem podem ser perfeitamente solucionados pelo princípio da especialidade. Caso seja uma norma especial em relação à outra, terá ela aplicação ao caso concreto. Se a norma subsidiária foi aplicada, é sinal de que nenhuma outra mais gravosa poderia ter aplicação. Isso não deixa de ser especialidade. (GRECO, 2004, p. 33).

3.4.3 Princípio da Consunção

Apregoa reverenciado professor Damásio dizendo que:

Ocorre a relação consuntiva, ou de absorção, quando um fato definido como crime por uma norma penal é meio necessário ou normal fase de preparação ou execução de outro crime, bem como quando constitui conduta anterior ou posterior do agente, cometida com a mesma finalidade prática atinente àquele crime. Nesses casos, a norma penal incriminadora que descreve o meio necessário, a normal fase de preparação ou execução de outro crime, ou a conduta anterior ou posterior, é excluída pela norma a este relativa. (JESUS, 2003, p. 114).

Para Nelson Hungria (1958, p. 139):

[...] de acordo com o princípio da consunção, *lex consumens derogat legem consumptam*, os fatos encontram-se numa situação de parte para o todo, de meio para um fim. Deste modo, a consumação absorverá a tentativa, que por sua vez, absorve os atos preparatórios, não sendo os últimos punidos. Igualmente, sob o mesmo raciocínio, o crime de lesão absorve o crime de perigo, o crime de homicídio absorve o de lesão corporal.

Para corroborar com esse entendimento, é a lição de André Estefam:

Este princípio tem lugar nas infrações penais de ação múltipla ou conteúdo variado, que são aqueles tipos penais que possuem diversos núcleos (verbos), separados pela conjunção alternativa “ou”. Quando alguém pratica mais de um verbo do mesmo tipo penal, num mesmo contexto fático, só responde por um crime (e não pelo mesmo crime mais de uma vez). Exemplos: a) aquele que expõe à venda e, em seguida, vende substância entorpecente pratica um só crime de tráfico ilícito de entorpecente (art. 33 da Lei 11.343/06); b) quem induz e instiga outrem a se suicidar, vindo a vítima a falecer, incorre uma só vez no delito de auxílio ao suicídio (cf. art. 122/CP). Anote-se, entretanto, que em tais casos o juiz deve considerar a incursão em mais de uma ação nuclear na dosagem da pena, de modo a exacerbar a sanção imposta ao agente. (ESTEFAM, 2010, p. 155)

A relação consuntiva se dá no sentido de que é necessário um meio para se chegar a um determinado fim. Destarte, o modo pelo qual se utilizou o agente para atingir certa finalidade não será punido, mesmo que seja por si só apto a caracterizar um delito. Uma vez que a intenção do agente foi alcançar certa finalidade, somente esta será punida.

Da mesma forma, o princípio da consunção também incidirá nos casos de exaurimento, ou seja, quando o ato posterior ao delito configura, por si só, novo tipo penal, que, por sua vez, segundo a doutrina, fica absorvido. Um exemplo comum desta situação é o ladrão que vende a coisa furtada, iludindo o terceiro de boa-fé. Nesse caso, o estelionato seria o esgotamento do furto e, por isso, estaria consumido por aquele.

Nesse sentido, salienta Fragoso:

Os fatos posteriores que significam um aproveitamento e por isso ocorrem regularmente depois do fato anterior são por este consumidos. É o que ocorre nos crimes de intenção, em que aparece especial fim de agir. A venda pelo ladrão da coisa furtada como própria não constitui estelionato. Se o agente falsifica moeda e depois a introduz em circulação pratica apenas o crime de moeda falsa, cf. art. 289, CP. (FRAGOSO, 1993, p. 360).

Desta forma, quando um crime estiver contido no outro, sob a relação de meio e fim, parte e todo, tanto na hipótese de antefato impunível como na de pós-fato impunível, haverá a aplicação a penas da norma-fim, não podendo, obviamente haver a punição pelos dois crimes, sob pena de haver violação ao princípio do “ne bis in idem”.

O Superior Tribunal de Justiça, nesse sentido, já se manifestou com a edição da Súmula número nº. 17: “Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido.”

Tem-se sustentado, em geral, que este princípio tem aplicação quando o fato previsto por uma norma está compreendido no tipo descrito em outra, que é de mais amplo alcance. Porém, não é relevante que os tipos resguardem ou não o mesmo bem jurídico, pois o que decide a exclusão é a maior amplitude que deriva da lei, no sentido de compreender outras ações que se mostram inerentes ao delito, através de sua interpretação. (FRAGOSO, 1993, p. 360.)

Estefam (2010, p. 155) – afirma que o conceito matéria (determinante) é, como se viu, “aquele preocupado com a essência de um comportamento penalmente relevante.” Noutras palavras, se o magistrado aplicador da sentença, quando fosse aplicar a pena baseado em cada ação auferindo o crime por meio dos verbos, estaria incorrendo nos fatos hipotéticos claros do fenômeno do “ne bis in idem” porque no crime previsto no art. 33 da Lei 11.343/06, há determinantes, pontualmente, de um comando alternativo para alcançar a conduta do tráfico de entorpecente ilícito, estaria assim, a avolumar a pena em face da essência de um só tipo de crime, qual seja, traficar drogas ilícitas, e se não houvesse um determinante, estaria a norma predestinando ao magistrado aplicador da pena, o direito a extrapolar a pena singular no caso em concreto.

E finaliza o ilustre ministro do STF, Nelson Hungria (mandato: 1951 – 1961), dizendo que:

(...) quando a um mesmo fato poderem ser aplicadas duas ou mais normas penais, atende-se ao seguinte, a fim de que uma só pena seja imposta: (a) a norma especial exclui a norma geral; (b) a norma relativa a crime passa a ser elemento constitutivo ou qualificativo de outro é excluída pela norma atinente a este; (c) a norma incriminadora de um fato que é necessário ou normal fase de preparação ou execução de outro crime é excluída pela norma a este relativa. Parágrafo Único. A norma penal que prevê vários fatos, alternativamente, como modalidade de um mesmo crime, só é aplicável uma vez, ainda quando os ditos fatos são praticados, pelo mesmo agente, sucessivamente. (HUNGRIA, 1982, p. 239-240. Apud ESTEFAM, 2010, p. 156).

De sorte que o magistrado não deve incorrer em tamanho erro, sob pena nulidade absoluta da sentença que reconheça a lesão de direito garantido pelo princípio da proibição da dupla condenação pelos mesmos motivos. Portanto, necessário faz-se à guisa do estudo em deslinde, observar em seguida sobre a recepção do princípio do “ne bis in idem” assentado nos Tratados e Convenções Internacionais e quanto Carta Magna brasileira neste contexto.

3.4.4 O princípio do *ne bis in idem* recepcionado pela Constituição Federal de 1988, no Brasil, preserva suas garantias fundamentais trazidas às normas internas através de Acordos, Tratados e Convenções Internacionais

Para adentrar-se ao tema principal ora apresentado sob a hipótese investigativa do princípio da proibição da dupla condenação do agente pelos mesmos fatos, faz-se elementar a apresentação, primeiro, do princípio da legalidade, qual seja, a presença no ordenamento jurídico pátrio, há previsão legal que tais condutas (atos processuais), que diga como será aplicada em caso necessário. Assim, a lei penal deve ser determinada em seu conteúdo, e,

portanto, previsão em seu arcabouço material constitucional, penal e processual. Não se deve permitir tipos penais excessivamente genéricos, os quais são denominados tipos penais vagos.

Estefam (2010, p. 114), ensina que uma lei penal incriminadora que permitisse uma conduta vaga e indeterminada provocaria insegurança jurídica e acabaria por aniquilar a garantia constitucional em apreço. O indivíduo não teria como saber o que é certo ou errado se a lei não fosse clara o suficiente. O juiz é quem decidiria, em última análise o que é ou não crime, segundo critérios vagos e imprecisos.

Assim:

[...] a taxatividade da lei penal, “sem esse corolário o princípio da legalidade não alcançaria seu objetivo, pois de nada vale a anterioridade da lei, se esta não estiver dotada da clareza e da certeza necessárias, e indispensáveis para evitar formas diferenciadas, e, pois, arbitrárias na sua aplicação, ou seja, para reduzir o coeficiente de variabilidade subjetiva na aplicação da lei. (LUISI, 2003, p.24. apud, ESTEFAM, 2010, p. 114).

Portanto, ressalta-se de passagem, e finalizando nos argumentos supralançados que o sistema acusatório deve pautar-se, precipuamente por diversos princípios, e, neste caso, o princípio da anterioridade e previsibilidade para que a sociedade possa saber se certos comportamentos são taxados como crime ou não.

Assim, neste sentido, poderá o cidadão optar por transgredir algum dispositivo legislativo ou não, e desta forma, em cometendo alguma transgressão legal antes prevista em lei, deve responder por seus atos e o Estado árbitro da reprimenda possa aplicar uma sanção penal adequada, sem excessos, abusos e sem sua repetição punitiva em face do agente que delinquir, e, de fato proporcional, como a seguir se delineará.

3.4.5 Do princípio da proporcionalidade como fundamento do “ne bis in idem”

Proporcionalidade é diferente de razoabilidade. O princípio da proporcionalidade é algo que está inseparavelmente contido na natureza de um ser ou de um objeto, é, portanto, aquilo que é inerente à coisa, neste caso, à cláusula do Estado Democrático de Direito, conforme artigo 1º da CF-88.

O princípio da proporcionalidade é tão moderno, viável, lógico, honesto e justo quanto à época de seu nascimento nos itens 20 e 21 da Carta Magna de 1215, que dizia:

20. Um homem livre será punido por um pequeno crime apenas, conforme a sua medida; para um grande crime ele será punido conforme a sua magnitude, conservando a sua posição; um mercador igualmente conservando o seu comércio, e um vilão conservando a sua cultura, se obtiverem a nossa mercê;

e nenhuma das referidas punições será imposta *excepto* pelo juramento de homens honestos do distrito.

21. Os condes e barões serão punidos por seus pares, conformemente à medida do seu delito. INGLATERRA. Magna Carta. Rei João Sem Terra, 1215, p. s/nº. (Sager, 2005, p. s/n.).

Nesta vertente corrobora o seguinte entendimento:

É aquilo que se atribui a missão de servir como “ferramenta hermenêutica incorporada ao processo decisório apto o suficiente para sindicarmos uma determinada medida – de caráter coativo, em nossa hipótese de estudo – assumida à consecução de um específico fim, é aquilo, portanto, immanentemente ligado, intrínseco à cláusula democrática.” (FELDENS, 2005, p. 160). (Grifo do autor).

De modo que a proporcionalidade compõe-se de:

- Adequação (idoneidade da medida adotada);
- Necessidade (exigibilidade do meio necessário);
- Proporcionalidade em sentido estrito (comparação da restrição imposta com a ofensa praticada).

Sob o exame desses três mecanismos é que se verifica a proporcionalidade por meio da adequação idônea mensurada como exigência com os atributos da necessidade, em medidas proporcionais equivalentes à ofensa praticada.

Neste sentido foi a tomada de decisão do eminente Senhor Ministro Ricardo Lewandowski na Ação de Inconstitucionalidade contra o Estatuto do Desarmamento, assim decidiu o STJ:

HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA IDÔNEA AMPARADA EM FATOS CONCRETOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. ORDEM CONCEDIDA. 1. É fora de dúvida que o decreto de prisão cautelar, assim entendida aquela que antecede a condenação transitada em julgado, há de explicitar a necessidade da medida, indicando os motivos que a tornam indispensável, dentre os elencados no art. 312 do CPP, como, aliás, impõe o art. 315 do mesmo Código. 2. Como se verifica da decisão que determinou a prisão cautelar do paciente, confirmada pela Corte Estadual, manteve-se a segregação do acusado sob o argumento de que, aparentemente, a arma de fogo apreendida era instrumento de uso de quadrilha, fato que justificaria a custódia; todavia, tal fundamento, afastado de qualquer circunstância concreta diversa da relativa ao fato delituoso, é insuficiente para, isoladamente, justificar a segregação provisória. 3. Anote-se, ainda, que, por ocasião do julgamento da ADIN 3.112-1/DF, do STF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, considerou-se inconstitucional o disposto no art. 21 da Lei 10.826/2003, que proibia a liberdade provisória no caso dos crimes de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, comércio ilegal de arma de fogo e tráfico internacional de arma de fogo. 4. **Concede-se a ordem, no presente feito, mas apenas e somente para deferir o pedido de liberdade**

provisória ao paciente, desde que atendidas as condições estabelecidas pelo Juiz de 1º grau, e se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de nova decretação, com base em fundamentação concreta, em consonância com o parecer do MPF. (STJ - HC: 79805 MS 2007/0066691-9, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 29/08/2007, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 24.09.2007 p. 341).

O grande advogado *best-seller*, Pedro Lenza (2009) explica que o princípio da proporcionalidade é extremamente importante, especialmente na situação de colisão entre valores constitucionalizados. E que preserva parâmetros elementares que alicerça-lhe, quais sejam: necessidade, adequação e proporcionalidade em seu sentido estrito.

Assim:

[...] utilizado, de ordinário, para aferir a legitimidade das restrições de direitos – muito embora possa aplicar-se, também, para dizer do equilíbrio da concessão de poderes, privilégios ou benefícios -, o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia numa pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positividade jurídica, inclusive de âmbito constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico”. (LARENZ, 1985, p. 585-586; COELHO, Inocência Mártires, 2007, p. 109. apud LENZA, 2009, p. 97).

É clarividente que o princípio da proporcionalidade é base alicerçar de todos os atos de justiça, da administração pública e de uma sociedade livre, pacífica e solidária, sem tal princípio inacessível estará a justiça. Porque assim, diz a Lei de Procedimento Administrativo (LPA) - Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, em especial o inciso VI do art. 2º, assim:

Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, **razoabilidade**, **proporcionalidade**, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Par. Único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

- I - atuação conforme a lei e o Direito;
- II – (...);
- III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;
- IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;
- V – (...);
- VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público; (BRASIL. Lei de Procedimento Administrativo, nº. 9.784, de 29/01/1999). (Grifos meus).

E para corroborar, fechando o entendimento na seara penal, que está inclusive, em consonância com os princípios da norma constitucional vigente, veja-se a passagem fundamental, do art. 157 do CPP, conforme a adequação da Reforma dada pela Lei nº 11.690/2008:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008).
I - ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, **observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida**; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008). (Grifos meus).

Portanto, a prova de equilíbrio cuida da proporcionalidade e locupleta-se quando se examina a gravidade da sanção a ser imposta diante do ato praticado, ante aos fatos analisados, (sob o brocado que: cada caso, é um caso. Claro!) devendo ater-se, primordialmente, a dois pontos de vista: não só a proibição do excesso, mas também, a vedação da proteção deficiente.

3.5 O Brasil e o Tribunal Penal Internacional de Roma

Os organismos de Direito Internacionais, por meios diversos, têm criado organizações intergovernamentais, supranacionais e não-governamentais, que intermediam negociações e ratificações de acordos bilaterais ou multilaterais entre os Estados proponentes e aderentes, buscam a defesa dos direitos humanos para que ultrapassasse as fronteiras do Estado, para tutelar internacionalmente os Direitos Civis do homem. E garantia do desenvolvimento dos Direitos Internacionais dos Direitos Humanos.

Nesta vertente, os tratados internacionais sobre direitos humanos no Estado brasileiro, inclusive sobre as normas convencionais internacionais, posto que o conteúdo substantivo presente na EC nº 45/2004, que inseriu os §§ 3º e 4º no art. 5º da CRFB-88, para que possíveis discussões que permeiam o corpo do presente trabalho, que ante a celeuma desse tópico fossem esclarecidas. No entanto, verificar-se-á a pertinaz divergência.

Consequentemente, analisar-se-á a inserção das normas convencionais internacionais sobre direitos humanos no nosso ordenamento jurídico para que se compreenda o ponto central das divergências sobre a existência de conflito entre a Constituição do Brasil e o Estatuto do Tribunal Penal Internacional (TPI).

O Tratado de Roma foi aprovado em 17 de julho de 1998, criando o Tribunal Penal Internacional (TPI), e, também, com a aderência de mais de 160 Estados reunidos na Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas.

O referido Tratado foi assinado pelo governo brasileiro em 7 de fevereiro de 2000, sendo aprovado pelo sistema bicameral brasileiro (Câmara baixa e alta)

por meio do Decreto Legislativo nº 112, de 06.06.2002 e promulgado pelo Decreto nº 4.388, de 25.09.2002. Embora o Estatuto do TPI tenha entrado em vigor na órbita internacional em 1º de julho de 2002, justifica-se porque o lapso temporal correspondente ao primeiro dia do mês seguinte ao término do período é de 60 dias após a data do depósito do 60º instrumento de ratificação, de aceitação, de aprovação ou de adesão junto ao Secretário Geral das Nações Unidas, nos termos do seu artigo 126 § 1º.14 – para que há uma demora clara, porém, compreensivo do ponto de vista técnico, formal e que deve ser submetido às casas legislativas, como se disse, para levar e esclarecer dúvidas, se houver. (MAZZUOLI, 2004; REZEK, 2004, p. 226; apud, Rodrigues, 2005, p. 147).

Na dicção de Larissa Rodrigues Pereira (2005, p. 147-148) esclarece que o Estatuto indica como crime de genocídio no art. 6º, o qual revela quais serão os atos considerados como genocídio com a finalidade de destruir total ou parcialmente um grupo nacional, étnico, racial ou religioso; já os crimes contra a humanidade é indicado no art. 7º, ou seja, há um rol de ações que tenham sido praticados como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil e com o conhecimento de tal ataque; crimes de guerra, estipulado no art. 8º a configuração desta modalidade de crime como parte de um plano ou política ou parte da prática em grande escala de tais crimes expostos; e, por fim, os crimes de agressão, a serem ainda estipulados, desde que e em conformidade com os artigos 121 e 123, os quais tratam, respectivamente, de emendas a disposições de caráter institucional e da revisão do Estatuto.

3.6 Da atuação do TPI

Na lição de Trindade, apregoa que o TPI possui caráter complementar às jurisdições penais internacionais. Sendo que tal disposição é um dos pontos principais da sua criação, posto assim, somente o Tribunal atuará quando os órgãos judiciários locais dos Estados-membros forem insuficientes ou omissos quanto ao processo e julgamento dos acusados:

De conformidade com o princípio da complementaridade, invocado no próprio preâmbulo do Estatuto de Roma, o Tribunal Penal Internacional é concebido como complementar das jurisdições penais nacionais; as próprias condições de exercício de sua competência (artigos 12-14) dão primazia às jurisdições nacionais para investigar e julgar os crimes consignados no Estatuto de Roma, estando o “acionamento” do Tribunal Penal Internacional circunscrito a circunstâncias excepcionais. (TRINDADE, 1999, p.398).

Isto posto, identificar-se-á qual é o conflito, o que determina a contextualização legal e as posições doutrinárias divergentes, seguindo-se, nesta lógica, uma possível solução a ser adotada. Porém, o TPI não interfere na soberania dos Estado-membros, sendo que a sua não

intervenção e isenção, um dos princípios basilares garantidores das soberanias internacionais, prezando, assim, pela Igualdade e pela Autodeterminação dos povos.

3.7 Como recepcionar os Tratados Internacionais de Direitos Humanos pelo ordenamento jurídico brasileiro

O estudo da inserção do Direito Internacional no direito interno funda-se na verificação de como este procedimento é adotado e está sendo aplicado no Brasil, e, de que maneira a sua processualística tem influenciado na estrutura hierárquica no ordenamento jurídico interno bem como o controle de conflitos das convenções internacionais com as disposições internas brasileiras.

Para o renomado professor processualista Piovesan (2000), a CF-88, apresenta um regime obrigatório de incorporação dos tratados internacionais, de acordo com a legislação e a posição adotada pelo STF.

Assim:

O Brasil, após ratificar o tratado internacional, deverá incorporá-lo mediante lei interna para ser integrado ao ordenamento jurídico. Porém, há alguns doutrinadores que entendem inexistir dois regimes diferentes no que tange à recepção dos tratados internacionais - o sistema misto - bastando apenas que se confronte os §§ 1º e 2º do art. 5º/CF-88, que prescrevem sua aplicação imediata e elevam os tratados internacionais de direitos humanos à categoria de textos constitucionais - com o art. 102, III, “b”, da CF, onde trata-se da possibilidade da interposição de Recurso Extraordinário de decisão que declare a inconstitucionalidade de tratados internacionais ou lei federal, verificando-se a admissão dos mesmos como normas infraconstitucionais.(PIOVESAN, 2000, P.102),

Portanto, ao se analisar alguns dispositivos constitucionais, verifica-se que há recepção de uma única forma, passando a integrar o ordenamento jurídico pátrio mediante lei e com status de norma infraconstitucional.

Entretantes, em dezembro de 2004 foi publicada a Emenda Constitucional (EC) nº 45, conhecida também como a Reforma do Judiciário que, dentre as mudanças profundas no sistema judiciário nacional trouxe importante alteração no que refere-se ao status legal dos tratados internacionais sobre direitos humanos, “*in casu*”.

Assim predispõe o Parágrafo 3º do art. 5º da CF-88:

Art. 5º

[...]

§3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (BRASIL, Constituição Federal de 1988).

De modo que a inserção do §3º no art. 5º/CF-88, trouxe a possibilidade de os tratados e ou convenções internacionais sobre direitos humanos, desde que aprovados nos termos do referido parágrafo, serem equiparados às Emendas Constitucionais, ou seja, adquirirem status de norma constitucional, ou seja, passando a dignidade de legislação constitucional nacional.

Aprioristicamente, pondera-se que houve um importante passo do legislador para que as normas internacionais que se conduzem aos direitos e garantias fundamentais pudessem integrar-se à Constituição hierarquia semelhantes.

Doutro lado, esse passo é na realidade um retrocesso (porque o § 3º do art. 5º/CF-88, pondera à vontades do legislador quanto ao uso expresso do §2º do art. 5º/CF-88), pois exige uma série de requisitos, ou seja, obstáculos para que normas atinentes aos direitos humanos sejam equiparadas à Constituição. De modo que, antes da edição da EC nº 45/2004, e, conforme a análise de outros dispositivos constitucionais (os parágrafos 1º e 2º do artigo 5º da CF) fundado em entendimento doutrinário, já era possível o status equivalente, permitindo-se a incorporação automática desses tratados ao ordenamento jurídico com o devido status e que, até a edição da EC nº 45, o antigo debate entre monistas e dualistas devia-se aos artigos dispostos na CF-88 que faziam perdurar o embate.

Como se aventou acima, há duas sistemáticas de incorporação dos tratados. Uma, sendo a incorporação automática do direito internacional, em que se incorpora de imediato ao direito nacional em virtude do ato de ratificação do tratado. A outra, é a incorporação legislativa, a qual necessita de legislação para implementar as normas dos tratados, pois uma vez ratificados não significa a incorporação de imediato no direito interno.

A dinamicidade da incorporação automática poderia reconhecer a plena vigência do direito internacional na ordem interna, através da cláusula de ratificação. Conquanto, a regra internacional passa a vigorar de imediato tanto na ordem jurídica internacional, como na ordem jurídica interna, sem a necessidade de uma norma de direito nacional que a integre ao sistema jurídico. Tal concepção é verificada pela teoria monista, fundamentada por Hans Kelsen, em que o Direito Internacional e o Direito Interno compõem uma mesma unidade, uma única ordem jurídica, não existindo qualquer limite entre a ordem jurídica internacional e a ordem jurídica interna.

Doutra feita, a incorporação legislativa revela que o Estado recusa a vigência imediata do Direito Internacional na ordem interna. Portanto, para que o conteúdo de uma norma internacional vigore na ordem interna, é necessária a sua reprodução ou transformação por uma fonte interna como norma. Assim, o Direito Internacional e o Direito Interno são duas ordens jurídicas distintas, sendo que aquele só vigorará na ordem interna se cada norma internacional

for transformada em Direito Interno. Essa sistemática revela a concepção dualista, proposta por Triepel, em que existem duas ordens jurídicas independentes.

Outrossim, há doutrinadores que entendem a Constituição Federal como sendo mista, pois, conforme a verificação dos dispositivos constitucionais, aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos – por força do artigo 5º, parágrafo 1º, da CF- aplica-se a sistemática de incorporação automática, enquanto que para os demais tratados internacionais, aplica-se a sistemática de incorporação legislativa, sendo confirmada pelo art.102, III, b/CF-88, na medida em que se tem exigido a intermediação de um ato normativo para tornar o tratado obrigatório na ordem interna.

Nesta linha:

[...] defende-se que a Constituição adota um sistema jurídico misto, na medida em que, para os tratados de direitos humanos de incorporação automática, enquanto que, para os tratados tradicionais, acolhe a sistemática da incorporação não-automática. (PIOVESAN, 2000, p. 101).

Todavia, esta última posição não é adotada pelo Supremo Tribunal Federal, o qual já se manifestou em relação a esta matéria, conferindo aos tratados tanto de normas gerais quanto de normas sobre direitos humanos aplicação não imediata e sua recepção obrigatória perante um decreto de execução expedido pelo Presidente da República e *status* de norma infraconstitucional.

Entretanto, com fundamento na edição da EC nº 45 esse status pôde ser incorporado na legislação interna como Emenda Constitucional, ou seja, dotada de igualdade hierárquica das normas constitucionais se aprovada nos termos no parágrafo 3º do artigo 5º da CF, o qual já fora dito anteriormente. A recepção das normas de tratados internacionais será especificada adiante para melhor compreensão de acordo com o disposto constitucionalmente e com a teoria mista.

3.8 A teoria da receptividade dos Tratados Internacionais Gerais e a recepção de Tratados Internacionais de Direitos Humanos

O procedimento, desde o início da formação até a inserção de um Tratado Internacional em nosso ordenamento jurídico, possui seis atos até que seja aperfeiçoado. Na lição de Galindo (2002, p. 38): “os atos necessários são: a negociação; a assinatura; a mensagem ao Congresso; a aprovação parlamentar; a ratificação e a promulgação”.

Primeiramente, é necessário esclarecer que, de acordo com o artigo 84, VIII da CF, é de competência privativa do Presidente da República celebrar todos os tratados, convenções e atos

internacionais, podendo delegar tal poder ao Ministro das Relações Exteriores e aos Chefes de Missões Diplomáticas.

O Ministro das Relações Exteriores e os chefes das relações diplomáticas, estes últimos também conhecidos como plenipotenciários, podem negociar a conclusão de um tratado internacional mediante a apresentação de uma carta de plenos poderes, a qual será válida até a assinatura do texto convencional. Todavia, estabeleceu-se a prática de que eles prescindem dos plenos poderes, sendo esta uma exceção *ratione personae* da sua obrigatoriedade. (GALINDO, 2002, p. 140).

Posto assim, podem quaisquer desses celebrar a assinatura do tratado, uma vez que essa apenas finaliza uma negociação. Verifique-se, dessa forma, o texto constitucional em seguida:

Art.84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.

Desta forma, após a assinatura e o Presidente entender que o mesmo deve ser ratificado, enviará mensagem ao Congresso Nacional para que este o aprove, com base na sua competência exclusiva ditada pelo artigo 49, I da CF:

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...] I. Resolver definitivamente sobre tratados, acordos, ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Ainda, nesta vertente, note-se que:

A redação, inadequada, deste inciso não importa em excluir, como parece, a internacionais celebrados pelo Presidente da República, como tratados e convenções, que não pesem diretamente sobre o patrimônio nacional. (FERREIRA FILHO, 2000, p. 307).

Em primeiro lugar, a decisão deve ser feita seguindo o processamento estipulado no Regimento Interno da Câmara dos Representantes, e enviou o tratado a Comissão de Relações Exteriores, que prepara um Projeto de Decreto Legislativo se o tratado for aprovado, enviando-o para a Comissão Constituição e Justiça. Este último tem como objetivo analisar os aspectos legais relativas à constitucionalidade do tratado e técnica do projeto de decreto legislativo. Logo depois, se não se referiu a outros comitês (o que dependerá da matéria do tratado), o Projeto Legislativo de Decreto em Plenário será enviado e que, de acordo com a arte funcional do art. 47/CF-88 serão adotadas por maioria de votos, com a presença da maioria absoluta dos membros da Câmara dos (deputados) Representantes do povo. CF/88 – “Art. 47. Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros”.

Neste sentido, colaciona:

Aprovado, o Projeto do Decreto Legislativo deverá também assim o ser pela maioria de votos e com a maioria dos membros da Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional do Senado. Em seguida, será dada ciência ao Plenário do Senado pelo seu Presidente sobre a decisão da Comissão, e então, se o concordar o Presidente da Casa, será devidamente promulgado e publicado. Caso contrário, será posto em votação pelo Senado nos mesmos moldes da votação da Câmara dos Deputados. (GALINDO, 2002, p. 138-144).

Ferreira Filho, (2000, p. 307) anota que, em razão do direito pátrio, a vontade do Estado brasileiro relativamente a atos internacionais, inclusive a tratados e a convenções, surge de um ato complexo em que se integram a vontade do Presidente da República, que os celebra, e a do Congresso Nacional, que os ratifica.

Porém, a professora Flávia Piovesan (2000) explica que antes dessa EC nº. 45/2004, o Brasil aderiu à concepção dualista no que tange à recepção dos tratados que estipulam normas gerais enquanto que, em relação à recepção dos tratados de direitos humanos aderiu à teoria monista, indicando que:

[...] o § 1º, do art.5º/CF-88, estabelece o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. De modo que, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais demandam aplicação imediata, pois os tratados internacionais de direitos humanos têm por objeto justamente a definição de direitos e garantias, e, assim, completa dizendo que o referido ato da ratificação, a regra internacional de proteção dos direitos humanos passa a vigorar de imediato, tanto na ordem jurídica internacional, como na ordem jurídica brasileira e, neste último, apresentando status de norma constitucional.(PIOVESAN, 2000, p. 83-111).

E para fundamentar o que se diz, neste sentido, assevera Piovesan, que o artigo 5º §2º da CF, confere o *status* de norma constitucional às normas de tratados internacionais sobre direitos humanos, uma vez que tais tratados se diferenciam dos demais por objetivarem a salvaguarda dos direitos do ser humano e não das prerrogativas dos Estados, como o fazem os demais tratados.

Senão, veja-se:

Art. 5º. [...]

§2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte. (BRASIL, Constituição Federal de 1988).

Para tanto, o §2º do art. 5º/CF-88, torna evidente que os direitos e garantias individuais na Constituição não irão excluir aqueles adotados pelo país e nem aqueles em que o Brasil faça parte por acordos internacionais. Por fim, cabe acrescentar que, com a maneira de recepção automática, pelo menos do que se extrai da lição de Piovesan (2000, p. 95) que: “[...] torna-se

possível a invocação imediata de tratados e convenções de direitos humanos, dos quais o Brasil seja signatário, sem a necessidade de edição de ato com força de lei, voltado à outorga de vigência interna aos acordos internacionais”.

Notoriamente, o §3º, art. 5º/CF-88 é contraditório ao que expressa os §§ 1º e 2º do mesmo artigo constitucional, de maneira a, se invocado, inviabiliza a eficácia de se recepcionar dos dispositivos que favorecem a aplicação e defesa do Direitos Humanos.

Há, portanto, indício implícito à não aplicabilidade imediata dos tratados e/ou convenções internacionais sobre direitos humanos (parece-nos que há certa rigidez à aceitação de um dos maiores institutos da humanidade, qual seja, proteção de direitos e garantias fundamentais do homem), e, que esses dispositivos (1º e 2º do art. 5º/CF-88) constitucionais somente adquirirão status de hierarquia constitucional se, e somente se, preencherem os requisitos do § 3º (o que, na verdade, são os mesmos requisitos para um projeto de Emenda Constitucional), deveras, referidos parágrafos servem de ponte, como um condutor, que inclusive mensura se pode ou não, alguma norma ser igualada compativelmente à Constituição Federal ou se com norma infraconstitucional.

Finalmente, o mais justo, obviamente, seria o nivelamento de todas as normas acordadas de direitos humanos para o plano das normas constitucionais, horizontalmente, para que se pudesse garantir maior efetividade dos direitos humanos aos indivíduos da nação. Entretanto, a ideia não afasta a problemática entre as normas do Estatuto do TPI em confronto com a Constituição porque mesmo se estivessem inseridas com o status constitucional, como assim alguns autores entendem fazer implicitamente o § 4º do art. 5º da CRFB/1988, seriam duas normas constitucionais contrapostas, partindo da existência de contrariedade entre os dois textos legais conforme entendimento de alguns doutrinadores. Em seguida, falar-se-á sobre extradição.

3.9 Em caso da extradição de nacionais

A extradição de nacionais é um pouco incômodo para a sistemática constitucional e criminal, especialmente, porque, de início, há um aparente conflito entre entrega e extradição. Como ponto de base para o presente tópico, impõe-se o art. 8º/CP que diz:” A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas.” Mas existe situações em que os crimes cometidos fora do Brasil, ainda que já julgados no estrangeiro, serão novamente processados no Poder Judiciário brasileiro. Essa é a regra

da extraterritorialidade, das hipóteses do art. 7º/CP, acima descrito. Mas segue-se o raciocínio simplificado do tema em apreço.

Nestes casos, quando houver nova condenação, agora pela lei brasileira, a pena cumprida no estrangeiro abaterá a pena que for imposta no Brasil, na forma deste artigo.

A proeminente professora Flávia Piovesan (2013, p. 11) esclarece que; “[...] a entrega de nacionais se verifica por meio das relações entre um Estado e um Tribunal Internacional e a extradição ocorre entre os dois Estados”. Ainda neste ínterim, apregoa Mazzuoli – que a fusão se dá por força do art. 89, §1º, do Estatuto, neste sentido, é a dicção do doutrinador:

[...] o Tribunal poderá dirigir um pedido de detenção e entrega (surrender) de uma pessoa a qualquer Estado em cujo território ela possa se encontrar, e solicitar a cooperação desse Estado na detenção e entrega da pessoas em causa, tendo os Estado-partes o dever de dar satisfação ao Tribunal quanto aos pedidos de detenção e de entrega de tais pessoas, em conformidade com o Estatuto e com os procedimentos previstos nos seus respectivos direitos internos (MAZZUOLI, 2011, p. 84).

Porém, a Constituição Federal do Brasil em seus incisos LI e LII do artigo 5º, revelam, ordenadamente que:

5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LI - nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;

LII - não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião;

Mazzuoli (2011), preleciona dizendo que: “Tanto é, que, poderá haver disposições em situações atuais, que o Estatuto de Roma faz uma distinção em seu artigo 102, alíneas “a” e “b”, entre a entrega e a extradição, esclarecendo que a entrega é o ato do Estado entregar uma pessoa ao Tribunal, nos termos do Estado, e a extradição é a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado, conforme previsto em um tratado, em uma convenção ou no direito interno”.

A entrega não acontece para um Estado com soberania e competência na ordem internacional, mas sim para um organismo internacional, criado pelo aceite e esforço de vários Estados. Para encerrar a controvérsia é a leitura do professor:

Do exposto, a entrega de nacionais do Estado ao TPI, estabelecida pelo Estado de Roma, não fere o direito individual da não extradição de nacionais, esculpido no art. 5º., LI/CF-88, bem como o direito de não extradição de estrangeiros por motivos de crime político ou de opinião, constante do Inc. LII do mesmo art. 5ª da Carta Constitucional de 1988 do Brasil. A aceitação, pelo Brasil, do art. 89, §1º. do Estatuto, impede (mais que corretamente) a alegação de violação da norma constitucional brasileira proibitiva da extradição de nacionais como meio hábil a livrar um nosso nacional à jurisdição do Tribunal. (MAZZUOLI, 2011, p. 87).

Entretanto, há aqueles que entendem que há diferença entre os dois institutos por outros argumentos, por isso, Antônio P.C. de Medeiros, (2000, p. 109), anota que o TPI é: “uma instituição criada para processar e julgar os crimes mais atrozes contra a dignidade humana de uma forma justa, independente e imparcial”.

Assim:

Na condição de órgão internacional, que visa realizar o bem-estar da sociedade mundial, porque reprime crimes contra o próprio Direito Internacional, a entrega ao Tribunal não pode ser comparada à extradição. Ademais, uma das principais causas da não-extradição de nacionais – a ideia de que não haverá imparcialidade na Justiça estrangeira – não se aplica ao Tribunal Penal Internacional, porque nestes os crimes estão nitidamente cominados no Estatuto, suas normas processuais são as mais avançadas do Mundo e qualquer tendência a politizar o processo será controlada por garantias rigorosas. (MEDEIROS, 2000, p. 110).

Portanto, o conflito supera-se após se entender os conceitos e as delimitações entre entrega e extração de nacionais, tomando-se por base o tipo penal em que foi incurso o réu, a legislação ofendida, em vigor e a ser aplicada.

4 O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PRISÃO PERPÉTUA, NO CÓDEX CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E O TPI.

O Brasil, nos últimos anos, mais especificamente à partir do ano de 2012, a televisão e alguns canais de informação televisiva e jornalística do sistema monopolista da informação brasileira, tem pregado odiosamente que o País vivia num estado de violência descontrolada, posto que uns pedia a renúncia da presidente da República em exercício que almejava a sua reeleição legal, constitucional e democrática, mas que os mesmos canais de televisão continuava a sua guerra sangrenta ao governo, dizendo: “violência, violência e violência”. E, em seguida, continuamente, todos os dias, alardeava-se de 2012 a 2106, que o governo era corrupto, portanto, “corrupção, corrupção e corrupção”, de forma que a estratégia era de um jogo geopolítico para derrubar, por meio de qualquer coisa, inclusive por meio de golpe parlamentar (o que ocorreu em 2016), ventilando-se em suas pregações midiáticas todos os dias que os militares deveriam assumir o poder. Que vergonha descomunal!

Pois bem, e para abalizar, inicialmente a celeuma (violência e combate à corrupção) que está sendo avocada pela população brasileira, de que é preciso a adoção de pena de morte, prisão perpétua, castração e uma série de desejos desumanos, nos vêm à memória, apenas para lembrar que a CF-88 do Brasil não permite tal positivação em seu corpo constitucional, tanto é que o próprio art. 60, é um axioma fundamental da norma vertical que diz:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada:

I – de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II – do Presidente da República;

III – de mais da metade das Assembleias Legislativas das Unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º. A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa, ou de estado de sítio.

§2º. A proposta será discutida e votada em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros

§ 3º. A emenda Constitucional será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I – a forma federativa de Estado;

II – o voto secreto, direto, universal e periódico;

III – a separação dos Poderes;

IV – os direitos e garantias individuais.

§5º. A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

Tecido a argumentação, caro leitor, não se sabe se foi notado, porém, falou-se um pouco dos dispositivos constitucionais para dizer, de forma, veementemente concisa e sem rodeios que: - a pena de prisão perpétua, não será possível, diz-se, poderia, mas por uma ritualística constitucional muito mais rígida, arriscando-se neste caso, a dizer, novamente que não há qualquer flexibilização neste contexto porque tratar de aprovar lei ou proposta de emenda constitucional tendente a abolir *cláusulas pétreas*, é pensamento negativista e que sequer, seria objeto de deliberação nas casas do Congresso Nacional, a saber Câmara de Deputados ou no Senado Federal. Isto posto, o §4º do art. 60/CF-88, é claro e não deixa brechas às infiltrações de dispositivos que possam atingir direito e garantias fundamentais.

E para melhor esclarecer tais fundamentos, a própria Constituição da República Federativa do Brasil, conduz o axioma de que o artigo 5º de seu arcabouço jurídico é totalmente protegido sob o manto dos pressupostos de cláusulas de pedra, ou seja, que não se pode abolir, delimitar ou removê-lo, senão, hipoteticamente para somar e atribuir-lhes direitos, mas jamais para diminuir-lhes atributos.

Portanto, assim diz a Constituição Federal brasileira em art. 5º, XLVII – não haverá pena:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

Então, eis que estão postos como em guarda consagrada, o direito de ninguém passar pelos martírios e sacrifícios humanos que outrora, nos eram impostos, como à época da escravidão no Brasil, ou às inquisições impostas pelo romanismo religioso em face dos cidadãos mais vulneráveis e em prol de um sistema religioso devasso como era e ainda permanece até os dias de hoje, qual seja a grande meretriz, a mãe das prostitutas, (religião apostatada – pagã, mas inegavelmente, adorada), conforme norteia o livro apocalíptico em seu Cap. 17, v. 1 a 9.

Observe-se, portanto:

1. E veio um dos sete anjos que tinham as sete taças, e falou comigo, dizendo-me: Vem, mostrar-te-ei a condenação da grande prostituta que está assentada sobre muitas águas;
2. Com a qual se prostituíram os reis da terra; e os que habitam na terra se embebedaram com o vinho da sua prostituição.
3. E levou-me em espírito a um deserto, e vi uma mulher assentada sobre uma besta de cor de escarlata, que estava cheia de nomes de blasfêmia, e tinha sete cabeças e dez chifres.

4. E a mulher estava vestida de púrpura e de escarlata, e adornada com ouro, e pedras preciosas e pérolas; e tinha na sua mão um cálice de ouro cheio das abominações e da imundícia da sua prostituição;

5. E na sua testa estava escrito o nome: Mistério, a grande Babilônia, a mãe das prostituições e abominações da terra.

6. E vi que a mulher estava embriagada do sangue dos santos, e do sangue das testemunhas de Jesus. E, vendo-a eu, maravilhei-me com grande admiração.

7. E o anjo me disse: Por que te admiras? Eu te direi o mistério da mulher, e da besta que a traz, a qual tem sete cabeças e dez chifres.

8 A besta que viste foi e já não é, e há de subir do abismo, e irá à perdição; e os que habitam na terra (cujos nomes não estão escritos no livro da vida, desde a fundação do mundo) se admirarão, vendo a besta que era e já não é, mas que virá.

9. Aqui o sentido, que tem sabedoria. As sete cabeças são sete montes, sobre os quais a mulher está assentada. (ALMEIDA, 1993, p. 210). (Grifos nossos).

A mulher de que se trata no Cap. 17:1-9 do Apocalipse da Bíblia Sagrada era e é ainda a falsa Igreja Apostólica, que perseguia a Igreja remanescente, verdadeira, vestida de sol; a purpura de cor escarlata, significa o sangue derramado gratuitamente pela Igreja Estatal, desvirtuada do sacerdócio sagrado, e o cálice de vinho, é as abominações doutrinárias, enganadores que Roma religiosa pregava como verdade absoluta, e, em caso de não concordância por parte do particular, este era executado.

E para fechar a devida argumentação em deslinde, valer-se-amos da conseqüente assertiva, de que o Brasil não deve adotar em seu sistema constitucional ou penal, a pena de prisão perpétua, de morte, e nem cruel:

O significado ultimo das cláusulas de imutabilidade está em prevenir um processo de erosão da Constituição.

A cláusula pétrea não existe tão somente para remediar situação de destruição da Carta, mas tem a missão de inibir a mera tentativa de abolir o seu projeto básico. Pretende-se evitar que a sedução se apelos próprios de certo momento político destrua um projeto duradouro. (MENDES, 2011, p.140).

Na ordem universal dos direitos consagrados ao homem à vida em sociedade, o direito constitucional e penal de qualquer sociedade civilizada, deve ser negado à pretensão punitiva que não possa oferecer segunda oportunidade de regeneração do cidadão face ao erro cometido, embora passe pelo instituto do devido processo legal, e se lhe assegure o contraditório e a ampla defesa, embora em algum momento do enfrentamento da processualística, possa o condenado sofrer certa reprimenda, espera-se que jamais seja eterna, como o caso da prisão perpetua ou de pena de morte, pois fosse impositiva a vontade de se prender perpetuamente ou de penalizar alguém com a pena de morte, não teria sentido o nosso ordenamento jurídico, posto que não se teria garantias de vida, mas sim de morte e cárcere eterno, pontua-se.

4.1 Não compete ao Superior Tribunal de Justiça homologar sentenças advindas do TPI.

Como a temática do presente Trabalho de Conclusão de Curso - TCC não tem como objetivo principal o estudo de competência da homologação de sentença de Tribunal estrangeiro pelo STJ, mas sim, o estudo do princípio constitucional e internacional do *ne bis in idem* à luz do sistema constitucional, penal e processual brasileiro, posto que há uma espécie fundamental de agregação internacional de referido conteúdo histórico, neste caso, portanto, optou-se por explanar-se, embora superficialmente quanto ao Estatuto de Roma, Tribunal Penal Internacional, para que se possa retornar à temática principal, posto que no início, ou seja, na introdução desta presente obra, falou-se que obrigatoriamente, se deveria fazer, vez por outra, uma espécie de contextualização histórica ou bibliográfica de forma alternativa para que se pudesse compreender a temática em estudo e verificar-se que não se trata apenas uma de abordagem simplória, embora fosse o plano inicial, mas ao escrever e averiguar muitos conceitos, e, temas pertinentes, percebe-se que há uma certa estrutura obrigatória imposta pela própria temática e que não se pode esquivar da apreciação.

Assim, em poucas palavras, diz-se da competência do Superior Tribunal de Justiça para homologar e dar cumprimento às sentenças proferidas pelo Tribunal Penal Internacional.

Desta forma, o art. 105, I, “i” da CF-88, diz que o STJ deve homologar as sentenças estrangeiras:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

[...]

I - processar e julgar, originariamente:

[...]

i - a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Mas Mazzuoli, (2011, p. 101,102) tem discordado, em dizer que o STJ não goza de competência constitucional para homologar tais sentenças que venham de tribunais estrangeiros que exerçam jurisdição no Brasil, em referência ao TPI.

Neste sentido, acentua-se que:

As exigências estabelecidas pelo art. 105/CF-88 brasileira, refere-se unicamente às relações entre Estados, às relações entre soberanias distintas, onde prevalece o princípio da não intervenção, não podendo o dispositivo ser interpretado extensivamente. No tocante às relações entre um Tribunal Internacional ao qual o Estado tenha aderido voluntariamente e esse mesmo Estado, não há como se cogitar de uma contraposição entre duas soberanias, mas de extensão de soberania de um grupo de Estados à consecução de um objetivo comum, no caso, a realização da justiça no campo dos direitos humanos. Note-se que a aceitação de uma jurisdição internacional é, sobretudo, um ato soberano do Estado, que, posteriormente, não pode valer-

se da mesma soberania para obstar (dificultar, embaraçar) o exercício de tal jurisdição. (PIOVESAN, 2013, p. 267).

E para sustentar a base teórica de Piovesan, assevera, também, dizendo que:

Também não tem competência para aprovar (por meio da concessão do *exequatur*, nos termos do art. 105, I, “i”/Cf-88) a execução interna de quaisquer decisões interlocutórias (que não põem fim ao processo) emanadas de tribunais internacionais. Uma ordem do Tribunal Internacional de entregar um nacional para julgamento está dispensada da concessão do *exequatur* pelo STJ, pelo mesmo motivo que dispensa a homologação das sentenças internacionais, qual seja, a falta de competência constitucional do STJ para decidir em relação a sentenças ou decisões internacionais (MAZZUOLI, 2011, p. 101-102).

Nesta senda, a resolução desse suposto conflito, resolve-se simplesmente porque o STJ possui competência constitucional para homologar sentenças oriundas de Estado estrangeiro, somente não abrangendo as sentenças de Tribunais Internacionais, de forma que o T.I. tem jurisdição sobre o próprio Estado, como é o caso do Tribunal Penal Internacional.

Portanto, posiciona-se contrariamente aos princípios internacionais que buscam direcionar positivamente a sociedade, seria um agravo à segurança jurídica de que faça parte o Estado concordante das cláusulas de aderência aos Tratados, de forma que não haveria proteção internacional de direito e garantias fundamentais, sequer. Assim, a homologação de sentença não se aplica ao TPI, porque referido Tribunal, é organismo internacional, cuja jurisdição o Brasil aderiu, de modo que se aplica somente em sentenças de outros Estados, possuidores de jurisdição estrangeira não adotada pela República Federativa do Brasil.

4.2 O *ne bis in idem* no Brasil e suas implicações finais frente aos fatos da *praxis*

A não aplicação do princípio da proibição da dupla condenação do agente pelos mesmos fatos configuram lesão a direitos e garantias fundamentais preservadas pela previsão principiológica fundada no §2º do art. 5º da CF-88, assim:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL).

Para que melhor se entenda esse primado da previsão do não processamento ou da não punição da pessoa pelos mesmo fatos e circunstâncias se origina na garantia legislativa constitucional, penal, processual penal e nas leis internacionais das quais o Brasil as recepciona

por meio de acordos, sob a deliberação do Congresso Nacional e a sanção presidencial desta República.

Sob a égide da Constituição Federal de 1988, o Brasil guarda em si, a obrigação de proteção à cidadania (art. 1º, II/CF-88), à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III/CF-88), construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), promover a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II/Cf-88), sendo estes dentre muitos, sinônimo de garantias constitucionais de proteção do cidadãos brasileiros e estrangeiros residentes ou de passagem por este País.

Ainda podendo serem opostas as exceções de litispendência (art. 95, III/ CPP) – quando houver a instauração de um processo por fato (histórico) idêntico ao discutido em feito anterior configura portanto, litispendência. Se o fato for julgado definitivamente, há clara ofensa da coisa julgada (art. 95, V, e 110/ CPP). Havendo nestes casos, a proibição de que o mesmo fato concreto seja subsumido a mais de uma norma incriminadora.

Para o eminente professor e Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo, André Estefam (2010, p. 122) – “... se o agente desferiu diversos golpes de faca contra uma pessoa, num contexto, visando mata-lo, objetivo alcançado depois do trigésimo golpe, não há vinte nove crimes de lesão corporal e um homicídio, mas tão somente um crime de homicídio (o meio utilizado pelo agente pode, contudo, qualificar o delito, tornando mais severa a pena imposta).

Assim, diz:

O *ne bis in idem*, finalmente impede que, na dosagem da pena, o juiz leve em conta o mesmo fator mais de uma vez, seja para beneficiar, seja para agravar a sanção imposta. Por exemplo, se o agente comete um homicídio contra uma vítima de 10 anos de idade, a pouca idade do ofendido será levada em consideração como causa de aumento de pena (art. 121 §4º, parte final, do CP) e não como agravante (art. 61, II, “h”/CP) ; caso contrário, utilizar-se-á a mesma circunstância duas vezes, uma como agravante e a outra como causa de aumento de pena. (ESTEFAM, 2010, p. 122).

Neste Sentido é o teor da sentença que concede a ordem de HC para reconhecer *o ne bis in idem* e mantendo a sentença, apenas afastar umas das agravantes que o magistrado havia repetido, ou seja, duplicado, assim decidiu o STJ:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. CRIME DE ROUBO SIMPLES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO SEM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSIDERAÇÃO DE UMA MESMA CONDENAÇÃO COMO MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO DECUMPRIMENTO DA PENA. SÚMULA N.º 269 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ORDEM CONCEDIDA. 1. Não pode o magistrado sentenciante majorar a pena-base fundando-se, tão somente, em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a exasperação. 2. O fato de o réu ter condições de entender o caráter ilícito de sua conduta, de ter agido com vontade livre e consciente para a

prática do delito, não constituem motivação idônea para justificar o aumento da pena-base como culpabilidade. 3. Também com relação à personalidade e aos motivos do crime não se verifica fundamentação idônea no decisum condenatório, já que a existência de condenação e inquéritos anteriores não se presta a fundamentar o aumento da pena-base como personalidade voltada para o crime, nem elementos ínsitos à própria configuração do delito podem ser considerados para a exasperação. **4. A existência de uma única condenação com trânsito em julgado não pode servir de suporte para exasperar a pena como maus antecedente se, simultaneamente, ser utilizada para agravar a pena do Paciente como reincidência, por configurar ofensa ao princípio do *ne bis in idem*. Precedentes.** 5. Quanto ao regime prisional fixado como inicial para o cumprimento da pena, qual o seja: o fechado, tendo em vista quantidade da pena reclusiva aplicada (05 anos) não se verifica o alegado constrangimento ilegal, tendo em vista a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, tanto que fixada a pena-base acima do mínimo legal, bem como o fato de tratar-se de réu reincidente. 6. Ordem concedida para, mantida a condenação, reformar a sentença de primeiro grau e o acórdão impugnados, apenas, na parte relativa à dosimetria das penas, reduzindo as reprimendas do Paciente para 05 anos de reclusão e 17 dias-multa. (STJ - HC: 135068 MG 2009/0080323-8, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 06/12/2011, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe. 19/12/2011). (Grifos meus).

Em seguida, no item subsequente, far-se-á uma comparação da aplicação do referido princípio por meio de sua distribuição de justiça à partir dos Estados membros indissolúveis do Brasil por meio de sentenças, Habeas Corpus - HC's., acórdãos ou Ordem de Trancamento de Ação Penal, ou mesmo, ação diversa do ramo do direito, mas proteja o bem jurídico do homem, neste caso, a liberdade, e o direito de um processamento justo, ou, qualquer outro meio dispositivo que possam ser expedidos de alguns Tribunais de Justiça, a saber: dos estados do Ceará, Mato Grosso do Sul e por último, quanto à posição do Supremo Tribunal Federal.

Em seguida, alternativamente, analisaremos um breve julgado do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, para, empós, voltar a análises de decisões do Tribunais de Justiça do Brasil.

4.3 O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias assim decidiu acerca de fatos que, comprovados, apresentem pressupostos da aplicação do princípio do “*ne bis in idem*”

“ne bis in idem (ou do “nemo debet bis vexari pro una et eadem causa)” (em latim)

“ninguém pode tentar duas vezes para uma mesma causa” (em língua portuguesa).

O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, segundo o historiador Torres (2011, p. 92), assevera motivado pelo desejo de justiça, inovação tecnológica e da administração política de sua Justiça, eis que o artigo 54.º da Convenção de aplicação do acordo de Schengen,

de 14 de Junho de 1985, entre os Governos dos Estados da União Económica Benelux, da República Federal da Alemanha e da República Francesa relativo à supressão gradual dos controlos nas fronteiras comuns, assinada em 19 de Dezembro de 1990 em Schengen, deve ser interpretado no sentido de que:

O critério pertinente para efeitos da aplicação do referido artigo é o da identidade dos factos materiais, entendida como a existência de um conjunto de factos indissociavelmente ligados entre si, independentemente da qualificação jurídica desses factos ou do bem jurídico protegido; No que respeita aos crimes relacionados com estupefacientes, não é necessário que as quantidades de droga em causa nos dois Estados contratantes ou as pessoas que alegadamente participaram nos factos nos dois Estados sejam idênticas; (TORRES, 2011, 92).

Para Torres (2011, p.95), investigador histórico do fundamento de que ninguém será punido duas vezes pelo mesmo fato, esclarece que: “os fatos puníveis que consistem na exportação e na importação dos mesmos estupefacientes e objeto de ações penais em diferentes Estados contratantes dessa Convenção devem, em princípio, ser considerados “os mesmos fatos”, na aceção desse artigo 54.º, cabendo às instâncias nacionais competentes a apreciação definitiva deste aspecto.

No caso Turanskí (C-491/07, decisão de 22 Dezembro de 2008, do TJCE), Torres (2011, p. 92-95) o referido Tribunal decidiu que:

Neste caso, o TJCE mesmo lembrando e exarando à sentença, o princípio “ne bis in idem”, consagrado no artigo 54.º da referida Convenção da União Europeia, aplica-se a uma decisão das autoridades judiciárias de um Estado contratante que absolve definitivamente um arguido por insuficiência de provas.

CAPÍTULO III - Aplicação do Princípio NE BIS IN IDEM

Artigo 54.º

Aquele que tenha sido definitivamente julgado por um tribunal de uma Parte Contratante não pode, pelos mesmos factos, ser submetido a uma ação judicial intentada por uma outra Parte Contratante, desde que, em caso de condenação, a sanção tenha sido cumprida ou esteja atualmente em curso de execução ou não possa já ser executada, segundo a legislação da Parte Contratante em que a decisão de condenação foi proferida. (PORTUGAL. Convenção da União Europeia). (Grifos nossos).

O caso acima exemplificado, é fato real, ora apresentado por meio de um recurso interposto pela Comissão "uma declaração de que a República da Áustria havia violado o artigo 43.º da Comunidade Europeia na medida em que:

Para o registro de empresas no registo comercial a pedido dos nacionais dos novos Estados-Membros UE- com a exceção de Malta e Chipre, uma certificação do seu estatuto de autonomia emitido pelo serviço de emprego ou a apresentação de uma carta de isenção é necessária, dando o fato de que, para

a certificação do estatuto de autonomia os sócios de uma sociedade e das minorias sócios de uma sociedade de responsabilidade limitada para proporcionar serviços da sociedade típicas da relação de trabalho, deve ser realizado um processo de certificação, e que a duração máxima seria de três meses, durante os quais a pessoa não poderia exercer o auto-emprego. (ESPANHA. Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, de 22-12-2008).

Portanto, o respeitável acórdão do TJCE, (C-491/07, de 22/12/2008), assim disse: "declaro que a República da Áustria não cumpriu as suas obrigações nos termos do artigo 43.º CE, ao exigir, para o registo de empresas o registo comercial a pedido dos nacionais dos Estados-Membros que aderiram União Europeia em 1 de maio de 2004, exceto para a República de Chipre e da República de Malta, sócios de uma sociedade ou minoritárias acionistas de uma sociedade de responsabilidade limitada, a determinação do seu estatuto de autonomia por Arbeitsmarktservice ou o fornecimento de uma isenção de visto de trabalho.

Pelo menos foi o que disse o Advogado-Geral da Comunidade Europeia à imprensa Espanhola. Neste caso, o r. Tribunal Europeu não o absolveu com base no princípio do *ne bis in idem*, o que poderia ter ocorrido, mas por autonomia jurisdicional, resolver por absolver a parte ré, por falar de provas, usou-se aqui, neste caso, doutro princípio denominado, favor rei – “na dúvida – in dubio pro réu”, ou seja, na dúvida procede-se a sentença em favor do réu.

4.4 Tribunal de Justiça do Estado do Ceará – TJCE: o caso do oficial militar que, para controlar rebelião, foi acusado de crime e processado em duas instâncias judiciárias ao mesmo tempo e pelos mesmos fatos, em flagrante caso de *ne bis in idem*

Na verdade, a ação trata de crime de tortura e lesão corporal ocorrida no interior de uma cadeia pública, da cidade de Mombaça, Estado do Ceará, quando o referido oficial dos quadros da Polícia Militar cearense, entrevistado para controlar os ânimos dos presos, quando alguns saíram lesionados, desta feita a Justiça Militar abriu um processo investigatório sobre os fatos narrados na denúncia e ao mesmo tempo, pelos mesmos motivos, a polícia civil abriu também, um Inquérito Policial para apurar, ocorre que as duas instituições mandaram seus processos inquisitivos sob os fatos apurados, porém, a Justiça Militar veio a julgar o recorrente primeiro, e, em seguida, meses após, saiu sentença, também da Justiça Comum, o que ocasionou o tipificado fenomenológico do *ne bis in idem* (Processo nº. 0000279-90.2013.8.06.0000/50000) - Embargos de Declaração Embargante: H.B.C, diremos que o embargante possui apenas essas iniciais para sua proteção pessoal e moral para que não gere constrangimentos futuros, assim foi entendimento do Tribunal de Justiça:

EMENTA: CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DA DECISÃO COLEGIADA PELA QUAL SE DECLAROU A INCOMPATIBILIDADE DO JUSTIFICANTE PARA COM O OFICIALATO, E, POR CONSEQUENTE, A PERDA DO POSTO E DA PATENTE. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO QUANTO À ANÁLISE DE NULIDADES PROCESSUAIS DE NATUREZA ABSOLUTA. DESCABIMENTO. 2. TESE DE CONTRADIÇÃO EM FACE DA APLICAÇÃO DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA, NÃO OBSTANTE TENHA SIDO O PACIENTE ABSOLVIDO NA JUSTIÇA MILITAR PELO CRIME DE LESÃO CORPORAL. PROCEDÊNCIA. REPERCUSSÃO DA DECISÃO PENAL NA ESFERA ADMINISTRATIVA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO NON BIS IN IDEM. Embargos conhecidos e parcialmente acolhidos, com efeitos modificativos, para reformar a decisão pela qual se declarou o embargante indigno para o oficialato, devendo ele ser reintegrado aos quadros da polícia militar. 1. Alega o embargante que houve omissão no acórdão recorrido, aduzindo que este E. Tribunal de Justiça deixou de deliberar, de ofício, acerca da nulidade do processo ocorrência de prejuízo ao embargante, sendo, pois, descabida a anulação. 2. Desta forma, inexistindo prejuízo, não há nulidade a ser reconhecida, ainda que de ofício, por esta Corte de Justiça, não se configurando, assim, a apontada omissão. 3. De outro lado, admite -se a existência de contradição decorrente da aplicação da sanção administrativa, não obstante tenha sido o embargante absolvido na Justiça Militar pelo crime de lesão corporal. É que, na verdade, ele respondeu pelo mesmo fato, ao qual foram conferidas interpretações jurídicas diversas, que culminaram com a deflagração de duas ações penais distintas. Na Justiça Comum, foi denunciado pelo crime de tortura; na Justiça Militar, a ele foi imputada a prática de lesão corporal leve contra as mesmas vítimas. Frise-se que – embora a conduta apurada na Justiça Militar também pudesse ser interpretada como tortura, a teor da prescrição normativa inserta no art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.455/1997, e, ainda que se entendesse pela configuração de simples lesão corporal leve, esta pudesse ser absorvida pelo delito mais grave (no caso, a tortura), sendo, em qualquer caso, da Justiça Comum, e não da Justiça Militar, a competência para processar e julgar o processo originário – o fato é que, ainda que tenha sido o embargante absolvido por Juízo absolutamente incompetente, tendo esta decisão transitado em julgado, gera plenos efeitos, em face do princípio do *ne bis in idem*. Precedentes. 4. Assim é que, admitida a decisão proferida pela Justiça Militar, pela qual se absolveu o paciente do crime de lesão corporal, acatando-se a tese de legítima defesa, impossível. Acordam os Desembargadores integrantes das Câmaras Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer e acolher parcialmente os embargos opostos, para, reconhecendo a existência de contradição, reformar a decisão pela qual se declarou o embargante indigno para o oficialato, devendo ele ser reintegrado aos quadros da polícia militar, tudo nos termos do voto da eminente (Rel. Desembagadora, Dr^a. Francisca Adelineide Viana. Fortaleza, 30 de setembro de 2015. Presidente do Órgão Julgador Relatora Procurador(a) de Justiça). (Grifo Meu).

No caso acima expedido, a Justiça que simbolicamente, usa venda, mas não é cega, somente, às vezes olvida os acontecimentos, pelo menos, quando aciona, demora mas funciona,

e no caso em tela, acordo para sobrestar, trancar e encerrar uma das ações que operava contra o paciente (réu/suplicante), para que, perante os fatos, se reconhecesse o surgimento do princípio do *ne bis in idem*, o que fez com que aquele Tribunal de Justiça absolvesse a parte ré, posto que o mesmo não poderia sofrer duas punições ou dois processos pelos mesmos fatos como o acima expandido.

O fato que ocasionou a sentença do TJCE acima analisada se deu pelo fato do réu, policial militar, denominado paciente ante as duas investigações que sofreu, ocorreu que o referido policial ao enfrentar os dois processos penais, um no âmbito da Justiça Militar e o outro na Justiça Comum, de modo que a Justiça Militar julgou que o militar era, ao tempo da investigação militar, indigno de permanecer nas fileiras da Polícia Militar cearense. Por outro lado, reconheceu a falta de provas a posteriori, absolvendo o réu, mas não corrigiu o excesso, e não havia reintegrado o requerente aos quadros policiais, donde fora declarado indigno e demitido.

Portanto, o TJCE caçou a decisão do juiz auditor militar, e determinou a sua reintegração ao cargo, posto que a própria justiça militar declarou o oficial ídigo de permanecer naquela corporação, mas o absolveu do crime de lesão corporal, ocasião em que havia acatado a tese da defesa de que havia ocorrido o exercício legal da legítima defesa. Ressalte-se que neste caso, a parte prejudicada usou o Embargo de Declaração, mas o mesmo objetivo, em procedimentos e casos semelhantes pode ocorrer perfeitamente por meio de Habeas Corpus impetrado em Tribunais de Justiça à análise de um colegiado.

Em seguida, falar-se-á da postura do STF em relação a casos parecidos na sistemática processual por meio de recursos dos mais variados, a saber: Habeas Corpus para trancar ou suspender processos e pretensões sancionatórias.

4.5 O *ne bis in idem* sob o crivo do Supremo Tribunal Federal do Brasil

A suprema Corte Federal de Justiça do Brasil já tem decidido inúmeras vezes a favor de Trancamentos de Ações penais ou de outros ramos do direito, quando verificado a ocorrência da dupla punição do agente pelos mesmos fatos, ou em seu duplo significado, nas palavras de Jesus (2010, p. 54), neste caso, sendo material, quando a pessoa sofrer duas penas em razão do mesmo crime. E formal, porque ninguém poderia, pelo menos em tese, sofrer dois processos ao mesmo tempo e ser julgado pela mesma coisa (mesmos fatos). No presente trabalho não se lançou mão de pesquisa e nem de mapeamentos, porém, tais fatos são tão repetitivos, que se

tornaram notórios e clarividentes à luz do enfrentamento processos no sistema jurisdicional brasileiro.

Pontua-se que a lesão do princípio do *ne bis in idem* pode ser reconhecido em procedimento de coisa julgada quando atender princípios básicos da litispendência, senão veja-se o quadro abaixo:

Código de Processo Civil – 1973 (revogado)	Código de Processo Civil – 2015 (em vigor)
<p>Art. 301. Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar:</p> <p>§ 3º. Há litispendência, quando se repete ação, que está em curso; há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso</p>	<p>Art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar:</p> <p>§ 3º Há litispendência quando se repete ação que está em curso.</p> <p>§ 4º Há coisa julgada quando se repete ação que já foi decidida por decisão transitada em julgado.</p>

Assim, os r. ministros do STF têm reconhecido mecanismos conceituais de identificação do princípio da coisa julgada e do reconhecimento do “ne bis in idem”, que residem nos seguintes parâmetros: “uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido”.

No mesmo contexto processual formal e material, está a decisão do Ministro Luiz Fux:

PROCESSO - DUPLICIDADE - SENTENÇAS CONDENATÓRIAS. Os institutos da litispendência e da coisa julgada direcionam à insubsistência do segundo processo e da segunda sentença proferida, sendo imprópria a prevalência do que seja mais favorável ao acusado. (STF - HC: 101131 DF, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 25/10/2011, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-029 DIVULG 09-02-2012 PUBLIC 10-02-2012).

Para finalizar a discussão nesse quesito de consistência, quanto à identificação do fenômeno da dupla condenação pelos mesmos fatos, e a taxatividade constitucional que veda a dupla condenação, com aval inclusive, de tribunais Internacionais, preleciona a decisão do douto desembargador do TJ-DJ, Jesuino Rissato, assim diz:

PROCESSO PENAL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. REJEIÇÃO DE DENÚNCIA FUNDADA NO PRINCÍPIO NON BIS IN IDEM. EXISTÊNCIA DE OUTRO PROCESSO COM IDENTIDADE DE PARTES E CAUSA DE PEDIR. EQUÍVOCO DO ACÓRDÃO QUANTO À OCORRÊNCIA DE COISA JULGADA. EXISTÊNCIA DE LITISPENDÊNCIA. EMBARGOS PROVIDOS SEM EFEITOS MODIFICATIVOS. 1. O recurso integrativo dos embargos de declaração não se presta à reapreciação da causa, mas a sanar eventuais omissões, contradições ou obscuridades do julgado, eventualmente podendo ocasionar o chamado efeito modificativo da decisão. 2. Conquanto

equivocado o acórdão na parte em que ressaltou a existência de coisa julgada no processo instaurado contra o réu, perante o Judiciário do Estado de Goiás, não há como afastar o óbice ao recebimento da denúncia decorrente da incidência do princípio non bis in idem, porquanto presente no caso situação de litispendência. 3. Embargos conhecidos e parcialmente acolhidos para sanar contradição, sem efeitos modificativos. (TJ-DF - EMD1: 201410100293001 Recurso em Sentido Estrito, Relator: JESUINO RISSATO, Data de Julgamento: 19/03/2015, 3ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 24/03/2015 . Pág.: 111). (Grifo Meu).

E para fechar a discussão nesta seara, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, é a anotação do próprio órgão:

“**Ementa:** Habeas Corpus. Paciente absolvido em primeira instância. Preliminar de incompetência, não suscitada na apelação do Ministério Público, acolhida de ofício pelo Tribunal, por tratar-se de nulidade absoluta. Alegação de que a sentença absolutória transitou em julgado em tudo aquilo que não foi objeto do recurso do parquet. Pretensão de aplicação da Súmula nº 160, do Supremo Tribunal Federal, com a manutenção da absolvição diante da impossibilidade de haver nova decisão mais gravosa ao réu. O Tribunal, ao julgar apelação do Ministério Público contra sentença absolutória, não pode acolher nulidade - ainda que absoluta -, não veiculada no recurso da acusação. Interpretação da Súmula nº 160, do Supremo Tribunal Federal que não faz distinção entre nulidade absoluta e relativa. Os atos praticados por órgão jurisdicional constitucionalmente incompetente são atos nulos e não inexistentes, já que proferidos por juiz regularmente investido de jurisdição, que, como se sabe, é una. Assim, a nulidade decorrente de sentença prolatada com vício de incompetência de juízo precisa ser declarada e, embora não possua o alcance das decisões válidas, pode produzir efeitos. Precedentes. A incorporação do princípio do ne bis in idem ao ordenamento jurídico pátrio, ainda que sem o caráter de preceito constitucional, **vem, na realidade, complementar o rol dos direitos e garantias individuais já previstos pela Constituição Federal, cuja interpretação sistemática leva à conclusão de que a Lei Maior impõe a prevalência do direito à liberdade em detrimento do dever de acusar.** Nesse contexto, princípios como o do devido processo legal e o do juízo natural somente podem ser invocados em favor do réu e nunca em seu prejuízo. Por isso, estando o Tribunal, quando do julgamento da apelação, adstrito ao exame da matéria impugnada pelo recorrente, não pode invocar questão prejudicial ao réu não veiculada no referido recurso, ainda que se trate de nulidade absoluta, decorrente da incompetência do juízo. Habeas Corpus deferido em parte para que, afastada a incompetência, seja julgada a apelação em seu mérito” (STF, HC 80.263/SP, 2003, p. 00030). (Grifo Meu).

O Brasil é signatário de Tratados e Acordos que protegem os direitos e garantias fundamentais, elencados nas cláusulas pétreas, bem como é parte da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 25 de setembro de 1992, aderindo ao respectivo pacto, porém, com exceção, dos art. 43 e 48, alínea “d”. Portanto, embora ressalvado certas garantias como a soberania nacional, o art. 8º, item 4 do Pacto de São José da Costa Rica

está em pleno vigor, assim: “art. 8º, 4. - O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”.

Para o eminente professor processualista Teodoro:

A coisa julgada formal pode existir sozinha em determinado caso, como ocorre nas sentenças meramente terminativas, que apenas extinguem o processo sem julgar a lide. Mas a coisa julgada material só pode ocorrer de par com a coisa formal, isto é, toda sentença para transitar materialmente em julgado deve, também, passar em julgado formal. (TEODORO JÚNIOR, 2002, p.475).

E é nesse raciocínio lógico que se diz que a proibição da aplicação penal ao agente transgressor da norma penal, quando já processado ou condenado duas vezes pela mesma coisa, razão e circunstância, não poderá prosperar porque feriria de morte o caráter de justa punição, ou seja, tiraria a legitimidade e o caráter de distribuidor de Justiça tutelado pelo Estado Democrático de Direito em razão da política criminal.

Mesmo assim, na CF-88, diz em seu art. 5º, XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Portanto, não seria novidade que qualquer julgador sem intenções terceiras, não possa reconhecer esse direito, o princípio da coisa julgada, como fundamento de reconhecimento do fenômeno “ne bis in idem”, porque se opor ao reconhecimento de tal princípio ante seus requisitos formais e materiais, seria, ao nosso sentir, uma tremenda irresponsabilidade no comando de um *arbitrium* no caso concreto em si.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho de conclusão de curso, procurou analisar, inicialmente, o termo conceitual do princípio fenomenológico da garantia constitucional de que ninguém poderá, no Brasil ser punido “duplamente”, ou seja, processado e condenado duas vezes pelos mesmos fatos, na expressão latina da palavra: “ne bis in idem”, de forma que a temática em comento, obra que o pesquisador bibliográfico, busque meios informativos que o conceitue e diga, neste caso, como houve o seu surgimento e para que servia.

Então, percorreu-se à investigação por meio de diversas fontes bibliográficas e eletrônicas, remetendo-nos aos processos inquisitórios à contemporaneidade, e por fim, saber como tem sido o entendimento de doutrinadores brasileiros e o comportamento judicial na seara da jurisdição constitucional e penal.

De forma que, atentou-se, por um pouco, aos preceitos históricos, começando pelos Código de Hammurabi (Lei de Talião), Bíblia Sagrada (Velho Testamento), Direito Europeu, Latino Americano, Tratado e Convenções Internacionais e por fim, fundado no Direito Brasileiro em seus diversos ramos, quanto à linha conveniente à presente pesquisa, qual seja, Direito Constitucional, Penal e Processual Penal, outrossim, amparado em doutrinadores dos mais ilustres da cultura jurídica e dos Tribunais estaduais e do Supremo Tribunal Federal do Brasil. Abordou-se, também, os princípios norteadores dos Direitos e Garantias Fundamentais (art. 1º ao 5º, c/c art. 60 e 105 da CF-88 do Brasil) que são institutos basilares da Norma Constitucional, Processual e Penal que garantem a liberdade e a dignidade humana.

Para o princípio do *ne bis in idem*, verificou-se que quem primeiro falou foi o Grande Soberano Deus Altíssimo, criador do Céu, da Terra, do Mar e de tudo que neles há, de forma que falando por meio de Nahum, o “El cosita”, (o nativo) assim disse o SENHOR dos Senhores: “Se eu te humilhei, / não te humilharei mais”, cf. Cap. I, 12 do Livro de Nahum (ALMEIDA, 1993, p. 616). De forma que desde os primórdios já havia um cuidado do Soberano em não extrapolar os limites de uma sentença, pondo-se, neste caso, especialmente à processualística, um fundamento de que a pessoa não fosse punida segunda vez pelos mesmos fatos, circunstâncias, e em se tratando do mesmo sujeito.

Oportunamente, sob a ótica investigativa bibliográfica, tratou-se de esclarecer-se, primeiro, o que é Direito Penal, sobretudo no ensino de Américo Führer (1994, p.13), que assevera que o Direito Penal é o ramo do direito público que define as infrações penais, estabelecendo penas e as medidas de segurança, bem como com fundamento numa gama de

constitucionalistas, processualistas e penalistas dos mais renomados do Brasil e do exterior, para que se pudesse propiciar um mínimo conceitual na sua inteireza ao caro leitor.

Outrossim, falou-se em Direito Constitucional, Direito Penal e Processual Penal voltado a identificar o princípio do *ne bis in idem* como fenômeno de minorar o sofrimento daqueles que sofriam uma acusação, posto que à época, não se dispunha do devido processo legal. Isto posto, o sistema penal punitivo se baseava exclusivamente na forma inquisitória, reclamava Cesare de Beccaria em sua Obra: *Dos Delitos e das Penas* (1999).

E para que se alcançasse os fenômenos que subsidiaria o princípio da negação da dupla condenação do indivíduo pelos mesmos fatos, fonte de estudo em comento, foi necessário o estudo do direito penal internacional e suas variantes dogmáticas como foi o caso, do direito penal e sua aplicabilidade em Roma, enquanto os romanos zelavam pelo cumprimento da lei, oferecendo um mínimo de garantia de se ouvir o réu em suas razões de defesa, quando a mesma Roma, ou seja, a Igreja usando do Código Canônico, no conhecido sistema religioso de Roma tragava a vida de muitos, e, de centenas, e de milhares de pessoas, em prol da busca da verdade real, porém, sem observar garantias de um devido processo legal, no chamado sistema de processo inquisitório (v. Santa Inquisição), desprezando-se assim, à época, um processo acusatório idôneo e justo.

Daí, depreendeu-se à partir de uma sistemática mais aprofundada sobre a coisa julgada, e, a lei penal no espaço como foi a investigação da lei penal estrangeira sobre o nacional (art. 8º/CP), extradição, bem como à luz da competência do Superior Tribunal de Justiça do Brasil, e, a suas reservas constitucionais do art. 105/CF-88, frente aos direitos convencioneados supranacional e internamente, a saber, advindas do TPI, de como o teor jurídico deveria ser recepcionado, verificando-se anteriormente quanto a princípios pudessem apoiar o desenvolvimento do referido princípio objeto da temática que originou o título do presente Trabalho de Conclusão de Curso.

Por tudo quanto se expôs, ficou claro que o “*ne bis in idem*” é um direito fundamental do Homem que acentua-se de forma complexa na proteção do sujeito contra o arbítrio do poder punitivo do Estado e correlativamente na segurança jurídica como valor fundamental do Estado de Direito, mas também nos princípios da legalidade, da proporcionalidade das penas e da culpabilidade com fundamento na previsão legalmente preestabelecida, claro, para que se torne idônea e digna de seu devido cumprimento. Pois, o despacho de arquivamento forma caso julgado quando há prova robusta de se não ter verificado crime ou de que o arguido o não praticou, quando conhecida as nulidades, irregularidades ou pressupostos processuais que obstam ao conhecimento do mérito da causa, em caso de dispensa da pena e quando atesta a

verificação das injunções que determinaram a suspensão provisória do processo. Nesta ordem lógica, portanto, não deve furta-se o defensor da parte ré, a verificar se não repetição de pretensão punitiva que possa macular a forma processual, a circunstância material, e não sai a parte vulnerabilizada em prejuízo ante ao atendimento de distribuição da jurisdição buscada pelas partes em litígio.

O primado fundado em princípios que norteiam a sistemática da pretensão punitiva à partir do conjunto probatório da culpabilidade à processualística, deve-se original e fundamentalmente à proteção do cidadão, e, à garantia da segurança jurídica como valor fundamental de Estado de Direito ancorado na Democracia, bem como nos princípios da legalidade, da proporcionalidade das penas (cf. CF-88, art. 5º, XLV – nenhuma pena passará da pessoa do réu), e da culpabilidade, e portanto, do devido processo legal (art. art. 5º., LIV e LV/CF-88).

Isto posto, verificou-se que o Brasil adota tratados e convenções internacionais que minimizar a intervenção estatal na vida dos seus concidadãos, embora, não se perceba, mas há um posicionamento unânime neste sentido, que é o de proteger os direito e garantias fundamentais, como é o caso do art. 5º, XLII, e, art. 105/CF-88, e da EC nº 45 da CF-88, que orientam as garantias do homem perante o Estado com seus poder de punir e da EC em deslinde que regulamenta certos poderes e deveres do Judiciários brasileiro, que planejou a reforma do sistema jurisdicional do Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2002.

ALMEIDA, João Ferreira de. **A Bíblia Sagrada**. Traduzida em Português. rev. e atual. no Brasil. 2. ed. Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 1993.

BARRETOS, José Antônio. **Processo Penal I**. Portugal. Coimbra: Livraria Almeida, 1981.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal. Parte Geral**. 4. ed. ver. amp. atual. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 1997.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. De 24 de fevereiro de 1891.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. De 05 de outubro de 1988.

_____. **Código Penal Brasileiro**. 1940.

_____. **Código de Processo Penal**. 1941.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. 1891.

_____. **Decreto nº 7.030**. De 14 de dezembro de 2009.

_____. **Decreto que promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos/MRE - Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**, de 19 de dezembro de 1966, e recepcionado integralmente pela Carta Republicana de 1988, por meio do Dec. Presidencial nº. DECRETO No 592, DE 6 DE JULHO DE 1992, e em vigor desde sua publicação no Brasil em, 07 de julho de 1992.
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm, pesquisado em 14 de abril de 2016, às 23hs e 17min.>

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. **ADin.3.112**.

<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/12605/habeas-corpus-hc-79805>> - consultado em 20/10/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmulas**.

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula> – Consultado em 25/10/2106.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC: 101131 DF**, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 25/10/2011, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-029 DIVULG 09-02-2012 PUBLIC 10-02-2012). Disponível em: <www.stf.gov.br> Acessado em: 26/10/2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. **Embargos de Declaração**. Embargante: E.B.C. Policial Militar que responde a processo na Comarca de Mombaça-CE. Suscita o

princípio do ne bis in idem em seu favor. Disponível em: <
<http://esaj.tjce.jus.br/cposg5/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=0000279-90.2013&foroNumeroUnificado=5000&dePesquisaNuUnificado=0000279-90.2013.8.06.5000&dePesquisa=&pbEnviar=Pesquisar>> Acesso em 15/10/2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul – MS. **HC: 32117/MS 2008.032117-3**, Relator: Des. Romero Osme Dias Lopes, Data de Julgamento: 16/02/2009, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: 06/03/2009).
<http://tjms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4101635/habeas-corpus-hc-32117> - Consultado em 25/10/2016.

_____. **Memória da Justiça Brasileira. Cap. IX. A Justiça Eclesiástica**. Disponível em: <
<http://www.tj.ba.gov.br/publicacoes/volume2/cap9.htm>> Acessado em 17/11/2016.

CALACHE. Gabriel C. e outros. **A Bíblia**. TeB. Edições Loyola. São Paulo: Paulinas, 1995.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Derecho Internacional de los Derechos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Portugal, Coimbra, Almedina: Imprensa, 2002.

_____. Gomes J. J. e MOREIRA, Vital – **Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume I**. Coimbra Editora Limitada, 4.º edição revista, 2007.

_____. J.J.Gomes. **Direito Constitucional**. 2002. Grundrechtsnormen . A concorrência de Normas legais básicas. 2008. apud, B. Cient. ESMPU, Brasília, a. 4 - n.16, p. 11-75 - jul./set. 2005, p. 16.

Disponível em: http://www.almedina.net/catalog/product_info.php?products_id=852
 Acessado em 23/10/2016.

CARMO, Luís Mota. **O NE BIS IN IDEM COMO FUNDAMENTO DE RECUSA DO CUMPRIMENTO DO MANDADO DE DETENÇÃO EUROPEU**. Mestrado em Ciências-Jurídicas-Criminais. Portugal. Faculdade de Direito. Universidade de Lisboa, 2009.

Disponível em: <http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/3429/1/ulfd_111778_tese.pdf>
 Acesso em 20/10/2016.

CASTRO, Flávio Lages de. **História do Direito Geral e do Brasil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CESARE, Bonesana. Marquês de Beccaria. **Dei Delitti e Delle Pene**. São Paulo: Martin Claret, 1764.

CONWAY, G. **Ne Bis in idem in International Law**. In International Criminal Review: 2003, 3, p. 217-244, apud, CLARES, José Muñoz – **Ne Bis in idem Y Derecho Penal**, CORREIA, António Simões – **Dicionário de Adágios e Princípios Jurídicos**. vol. II., Lisboa: Livraria Ferin, Lda 1959.

CORREIA, Eduardo Henriques da Silva, **1. A Teoria Do Concurso Em Direito Penal: I) Unidade e Pluralidade de Infracções II) Caso julgado e Poderes de Cognição do Juiz. Livraria Almedina, Coimbra, (reimpressão) 1983. 2.– Direito Criminal, V. I.** Reimpressão. Livraria Almedina: Coimbra, 1971. **Definición, Patología y Contrarios.** Diego Marín Librero Editor, Murcia: 2006, p. 39. Tradução nossa a partir de KJV Bible (versão da Bíblia do Rei Jaime).

COSTA RICA. **Convenção Americana de Direitos Humanos.** Pacto de San José da Costa da Rica, 1969. Disponível em:
<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>
Acessado em: 26/10/2016.

ESPANHA. **Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Julgados, 22-12-2008).** Disponível em: <<http://conflictuslegum.blogspot.com.br/2008/12/tribunal-de-justica-de-la-comunidad.html>> Acessado em: 26/10/2016.

ESTEFAM, André. **Direito Penal. Parte Geral.** São Paulo: Saraiva, 2010.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constituição dos Estados Unidos da América.5ª. Emenda Constitucional.** Disponível em:
<<http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/constituicoes/CUSAT.pdf>> Acesso em
26/10/2016.

FEUDENS, Luciano. **A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988.** v. 1. São Paulo: Saraiva, 2000.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir. História da violência nas prisões.** 27. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de direito penal: a nova parte geral.** Rio de Janeiro-RJ: Forense, 1993.

FRANÇA. **Constituição do Povo da França. Déclaration des droits de l'homme et du Citoyen du 26 août 1789.** Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-de-1791.5082.html>> Acessado em 18/10/16.

FÜHER, Maximilianus Cláudio Américo. FÜHER, Maximiliano Roberto Ernesto. **Resumo de Direito Penal. Parte Geral.** 6.. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GOMES, Orlando. **Contratos.** 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GUEDES, Glênio Sabbad. (Procurado da Fazenda Nacional. **Do princípio do *ne bis in idem* no direito administrativo sancionador do mercado financeiro: essência e consectários.** Editado em fev/2006. Disponível em: <http://bc.gov.br/crsfn/doutrina/BIS_IN_IDEM.Fdf> Acesso: 20/03/2016.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral.** 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal.** Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 1. t. I.

INGLATERRA. **Magna Carta do Rei João Sem Terra.** 1215. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Magna_Carta> Acessado em 10/10/2016.

JESUS. Damásio Evangelista. **Direito Penal.** 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 13. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais.** 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editora, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 6. ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011.

MÉXICO. **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.** Porrúa. Col. Porrúa. Ser. Leyes y Códigos de México. México, 2005. <Fonte:<http://www.derecho.unam.mx/investigacion/publicaciones/librosfac/pdf/pub03/10DrNava.pdf>> Acessado em 23/03/2016>

_____. **Código Federal de Procedimientos Civiles.** Delma. 4ta. Ed. México 1992. <Fonte: <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/4/> - pesquisado em 18 de fevereiro de 2016>

MUÑOZ CLARES, J. **Ne bis in idem y Derecho Penal, Definición, patología y contrários.** Murcia: Espanha, 2006.

MALJAR, Daniel E. **El derecho administrativo sancionador.** AD-HOC. Buenos Aires, Argentina, 2004. <fonte: <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Roman-Cordero-El-Derecho-administrativo-sancionador-en-Chile.pdf> - pesquisado em 27 de fevereiro de 2016>

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal.** 1. ed. Campinas: Bookseller, 1997. v. 2.

_____. **Elementos de Direito Processual Penal.** Campinas: Bookseller, 1997.

MATA, José Caeiro da. **Direito Criminal Português V I. F. França Amado, Coimbra. Fracturam pró fractura, oculum pró óculo, dentem pró dentem restituet**”. 1911.

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. **O Tribunal Penal Internacional e a Constituição brasileira. Artigos sobre o tribunal penal internacional; seu papel, suas**

funções, suas bases jurídicas.Série. Ação Parlamentar, 2000. p. 110. Disponível em: <www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/cartilha.htm> Consultado em: 25/10/2016.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Tribunal Penal Internacional: Integração ao Direito Brasileiro e sua importância para a justiça penal internacional.** In: 2. Congresso Brasileiro de Direito Internacional, Curitiba, 2004.

MENEZES, Wagner (Org.) **O Direito Internacional e o Direito Brasileiro:Homenagem a José Francisco Rezek.** Rio Grande do Sul: Unijuí, 2004, p. 226.

RODRIGUES, Larissa Pereira.**O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Federal: divergências sobre a existência de conflito entre normas.** Curitiba: Revista Brasileira de Direito Internacional, v.1, n.1, jan./jun., 2005.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** 3. ed. Portugal: Coimbra, 2000, t.4.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil.** São Paulo: Saraiva, 1997.

NIETO GARCÍA, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador.** Tecnos. 2. da. Edición ampliada. Madrid, 2000.
<<https://books.google.com.br/books?id=dXPtPPu7CDEC&pg=PA417&lpg=PA417&dq=Nieto+García,+Alejandro.+Derecho+Administrativo+Sancionador> - pesquisado em 02 de março de 2016>

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado.** 5.ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PORTUGAL. **República e Legalidade. Constituição Portuguesa.** 1911. Anexa, cópia. www.laicidade.org/wp-content/uploads/2006/10/constituicao-1911.pdf - Consultado em 25/10/2016.

_____. **Tribunal de Justiça da Convenção Europeia.** Decisões e Julgados. D.Sociedades/P.Jurídicas, DPPI, Extranjería, Jurisprudencia, M.Capitales, TJCE. Disponível em: Disponível em: <<http://conflictuslegum.blogspot.com.br/2008/12/tribunal-de-justica-de-la-comunidad.html>>. Acessado em 13/10/2016.

_____. **União Europeia. Gabinete de Documento e Direito Comparado. Matéria Penal.** Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen de 14 de Junho de 1985 entre os Governos dos Estados da União Económica Benelux, da República Federal Alemanha e da República Francesa Relativo à Supressão Gradual dos Controlos nas Fronteiras Comuns. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-penal/textos-mpenal/ue/schb-9.html>> Acessado em: 19/10/2016.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional.** 14^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal.** 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012. v. 1.

RÁO, Vicente. **O Direito e a vida dos direitos.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RIEZU, Antônio Cuerda. **De la extradición a la “euro ordem” de detención y entrega**. Editorial Centro de Estudios Ramón. S.S., Madrid, 2003.

ROSA, Luís Cateli. **Tratados Internacionais: a ordem jurídica brasileira**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

SAGER, Peter (2005). **Oxford and Cambridge: An Uncommon History** [S.l.: s.n.] ISBN 9780500512494.

Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/International_Standard_Book_Number>
Acessado em 18/10/2016.

TEIZEN JUNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no código civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal**. 2. ed., São Paulo: Atlas, 1998. v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 38. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v.1.

TORRES, *Agostinho S.* **O princípio ne bis in idem: funcionalidade e valoração na evolução para a transnacionalidade e a sua expressividade na jurisprudência internacional, em especial na do TJ da União Europeia**. Portugal. Coimbra: editora Coimbra, Julgar – nº 14 - 2011. Disponível em: <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/04-DEBATER-Agostinho-Torres-O-princ%C3%ADpio-Ne-bis-in-idem.pdf>> Acessado: 26/10/2016.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos**. Porto Alegre: Fabris, 1999.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. Traduzido por Juan Brestos Pamírez & Sérgio Yáñez Pérez. Santiago: Jurídica de Chila, 1970.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro Parte Geral**: 5ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VILLALBA, Francisco Javier de León. **Acumulación de Sanciones Penales y Administrativas, sentido y alcance del principio “ne bis in idem”**. Bosch Casa Editorial: Barcelona, 1998.