

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

Andrea Ferreira Lopes

**A NEGATIVA DA DUPLA CONDENAÇÃO DO RÉU NO SISTEMA
CONSTITUCIONAL PENAL BRASILEIRO**

**Paranaíba - MS
2017**

Andrea Ferreira Lopes

**A NEGATIVA DA DUPLA CONDENAÇÃO DO RÉU NO SISTEMA
CONSTITUCIONAL PENAL BRASILEIRO**

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: Profa. Me. Lídia Maria Garcia
Gomes Tiago de Souza

**Paranaíba - MS
2017**

L85n Lopes, Andrea Ferreira
A negativa da dupla condenação do réu no sistema constitucional penal brasileiro/ Andrea Ferreira Lopes. - - Paranaíba, MS: UEMS, 2017.
73f.; 30 cm.

Orientadora: Profa. Lídia Maria Garcia Gomes Tiago de Souza.

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

1. Dupla condenação. 2. Ne bis in idem. 3. Direito penal. I. Lopes, Andrea Ferreira. II. Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade de Paranaíba, Curso de Direito. III. Título.

CDD – 345

Bibliotecária Responsável: Susy dos Santos Pereira- CRB1º/1783

ANDREA FERREIRA LOPES

**A NEGATIVA DA DUPLA CONDENAÇÃO DO RÉU NO SISTEMA
CONSTITUCIONAL PENAL BRASILEIRO**

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.

Aprovada, ____/____/2017

BANCA EXAMINADORA

Profa. Me. Lídia Maria Garcia Gomes Tiago de Souza (Orientadora)
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul

Profa. Me. Rilker Dutra de Oliveira
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul

Prof. Me Bruno Augusto Pasian Catolino
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul

Dedico este trabalho, primeiramente, a Deus, ao mestre Jesus e a espiritualidade amiga por serem essenciais em minha vida, por me agradecerem com o privilégio de frequentar este curso, perceber e atentar para a relevância de temas que mudaram a minha vida, bem como pelo socorro presente na hora da angústia.

Ao meu pai (*in memoriam*), que um dia sonhou em se formar em Direito, eis-me aqui, pai...

À minha mãe, que muitas vezes, me incentivou a perseverar, quando o desânimo batia à porta.

Ao meu filho, pelas horas tomadas do mútuo convívio.

À minha família por verem em mim uma inspiração.

AGRADECIMENTOS

Aos caríssimos amigos, Ana Paula Caíres Dadalto, Andréia Santos Muniz, Dr. Fábio Silva Ramos, Francisco Marques Cruz Nascimento, Poliana Gonzaga e Ticiane Cristina Gomes Vasconcelos Oliveira pela amizade, pelos momentos de inesquecível alegria, valorosa troca de conhecimento e sabedoria, pelo suporte sempre presente e infindável paciência, muito obrigada.

Toda gratidão à UEMS pela fundamental participação na realização do meu sonho.

Sou agradecida a todo corpo docente, do Curso de Direito, Campus Paranaíba, da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, pela atenção, disposição e dedicação demonstrados ao longo do curso, dos quais suas aulas e debates não me esquecerei jamais.

Muito obrigada aos professores que compuseram a banca examinadora, Professora Me. Rilker Dutra de Oliveira e Professor Me. Bruno Augusto Pasian Catolino. Agradeço-lhes, principalmente, por contribuírem de forma tão especial e singular para a minha formação, por meio de inúmeros exemplos de profissionalismo, humildade, generosidade e apurado senso de justiça. Saibam, vocês fazem parte da minha história.

Expresso especial agradecimento a Professora Me. Lídia Maria Garcia Gomes Tiago de Souza, minha orientadora, pelo exemplo de dedicação à profissão e ao ofício de ensinar, pela disponibilidade observada na recepção aos alunos, por ter conseguido abalar as minhas mais inflexíveis convicções, levando-me a profundas reflexões que mudaram a minha visão de mundo para sempre. Tenha certeza, uma de suas sementes germinou.

Há aqueles cujo arrependimento é muito tardio, mas pretender que nunca melhorem equivaleria a negar a lei do progresso e a dizer que o menino não chegará a adulto, disse Allan Kardec. (Fernando Ortiz).

RESUMO

O presente trabalho visa ao estudo bibliográfico e analítico/técnico de várias obras a respeito da temática: “A negativa da dupla condenação do réu no sistema Constitucional Penal Brasileiro”. De modo que se verifica constantes trancamentos de inquéritos policiais, ações penais em curso e, muitas vezes, em execução - cumprimentos de sentença -, quando travada a luta de ideias e legalidade. Os Tribunais Superiores, a requerimento da defesa - da parte ré - da acusação - parte autora - ou do Ministério Público, tem entendido, portanto, que os Colegiados dos Tribunais Justiça, não devem permitir que prosperem mais de uma ação penal para apurar, processar, julgar e condenar qualquer que seja o agente ou réu em procedimento administrativo, eleitoral, fiscal/tributário ou penal pelos mesmos fatos e indivíduos. Ante as mensurações inerentes ao tema, entende-se necessário a verificação legislativa técnica/constitucional da letra da lei, conforme prediz os parágrafos 1º e 2º, respectivamente, do art. 5º, da Carta Magna, quando há inferências formais, muitas vezes, na Lei Ordinária, Lei Infraconstitucional que se submete, também, ao Tribunal Internacional de Roma, do qual a República Federativa do Brasil é signatária, bem como ao exame de princípios adotados pelos mesmos diplomas legais em que o Brasil é adepto e subordina certos atos à Corte Internacional. A relevância do referido estudo para o universo acadêmico está na percepção de que, principalmente, no Direito Penal, mas não somente nele, o princípio do “ne bis in idem” apresenta-se como forte intervenção no que diz respeito à promoção imensurável da justiça, objetivo primeiro do Direito, assim como, a relevância da dignidade da pessoa humana, visando preservar suas garantias.

Palavras-chave: Dupla condenação. *Ne bis in idem* no Direito Penal. Princípio Constitucional. Formal e Material.

ABSTRACT

The present work aims at the bibliographic and analytical / technical study of several works on the subject: "The denial of the double conviction of the defendant in the Brazilian Penal Constitutional System". So there is a constant barrage of police inquiries, ongoing and often ongoing criminal proceedings - sentencing compliments - when the fight for ideas and legality is under way. The Superior Courts, at the request of the defense - from the defendant - the prosecutor - the author - or from the Public Prosecutor's Office, has therefore understood that the Courts of Justice should not allow more than one criminal action to prosecute, to judge and condemn any agent or defendant in administrative, electoral, fiscal / tax or criminal proceeding for the same facts and individuals. In view of the measures inherent to the topic, it is understood that the technical / constitutional legislative verification of the letter of the law is necessary, as foreseen in paragraphs 1 and 2, respectively, of art. 5, of the Constitution, when there are formal inferences, often in the Ordinary Law, the Unconstitutional Law, which also submits itself 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 some legal diplomas in which Brazil is adept and subordinates certain acts to the International Court. The relevance of this study to the academic universe lies in the perception that, mainly in Criminal Law, but not only in it, the principle of "ne bis in idem" presents itself as a strong intervention with regard to the immeasurable promotion of justice, the first objective of the Law, as well as the relevance of the dignity of the human person, in order to preserve its guarantees.

Keywords: Double condemnation. Ne bis in idem in Criminal Law. Constitutional Principle. Formal and Material.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 TEORIA DA LEI PENAL – PROIBIDO JULGAR OU CONDENAR A PESSOA DUAS VEZES PELOS MESMOS FATOS – BREVE HISTÓRICO	15
1.1 Princípios Constitucionais do “ne bis in idem” no Direito Penal Comparado	16
1.1.1 Assíria – Caldéia e Babilônia: Código de Hammurabi	19
1.1.2 Na Grécia	19
1.1.3 Em Roma	21
1.1.4 Na França	21
1.2 Brasil – história: definições do fenômeno “ne bis in idem”	23
1.3 Fragmentos do direito penal: “ne bis in idem” processual e material	25
1.3.1 Sob a ótica formal – a não condenação duas vezes pela mesma coisa	26
1.3.2 O “ne bis in idem” material no direito penal brasileiro	29
1.3.3 Conflito aparente da norma penal	29
2 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS	31
2.1 Princípio da Especialidade	31
2.2 Princípio da Subsidiariedade	32
2.3 Princípio da Consunção	33
2.4 O princípio do “ne bis in idem” recepcionado pela Constituição Federal de 1988	36
2.5 Do princípio da proporcionalidade como fundamento do “ne bis in idem”	37
3 O BRASIL E O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL DE ROMA	41
3.1 Da Competência e atuação do TPI	42
3.2 Como recepcionar os Tratados Internacionais de Direitos Humanos pelo ordenamento jurídico brasileiro	43
3.3 A teoria da receptividade dos Tratados Internacionais Gerais e a recepção de Tratados Internacionais de Direitos Humanos	46
3.4 Em caso da extradição de nacionais	49
3.5 O princípio da proibição da prisão perpétua, no Códex Constitucional Brasileiro e o TPI	51
3.6 Não compete ao STJ homologar sentenças advindas do TPI	54
3.7 O “ne bis in idem” no Brasil e suas implicações finais frente aos fatos da <i>práxis</i>	56
3.7.1 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”	58

3.7.2 O “ <i>ne bis in idem</i> ” sob o crivo do Supremo Tribunal Federal do Brasil	60
CONSIDERAÇÕES FINAIS	64
REFERÊNCIAS	68

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 entendimento do justo, probro, ético e moral. Assim, criou-se a sanção e a sua aplicação penal, muitas vezes, sob o crivo da pena capital. Importante salientar, que o cenário era de total isenção do respeito ao devido processo legal. Era, desse modo, que se ia confrontar a acusação, que se impunha, em razão de fatos reprovados pela comunidade da antiguidade.

Embora as primeiras sociedades, tivessem raízes profundas adquiridas na ideia do direito de punir, *jus puniendi*, bem como os tipos de punições e respectivas formas de aplicação, que seriam realizadas àqueles que ferissem os costumes, a norma penal ou tratados, eis uma pergunta que há muito tempo não se cala: Por que as diversas pessoas que constituem os mais diversos tipos de sociedades, de igual modo, que desenvolveram técnicas de repressão muito bem elaboradas para os transgressores da lei, não estabeleceram barreiras limítrofes capazes de estancar certos excessos e abusos punitivos?

A resposta é que a sociedade não é um grupo coeso, nunca foi e jamais será, mesmo que em poucas vozes, sempre haverá grupos a reclamar imposições injustas, é fato.

Para iniciar o estudo do princípio do “ne bis in idem”, vale, prudentemente, dizer sobre o que é Direito.

De acordo com o jurista Castro (2009, p. 02), Direito é, no sentido lato da expressão, aquilo que é muito justo, advindo dos 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”.

Há, portanto, 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, das gentes ou civis.

Quanto ao Direito Penal, apregoa Welzel (1987, p. 27-28) que é parte ditada no ordenamento jurídico, pois fixa as características da ação delituosa 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. 27-28) direito penal “[...] é o conjunto hierarquizado 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 função de ter cometido 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, já se verificava neste contexto, uma complexidade punitiva, que extrapolava direitos a ponto de se desconsiderar a vida humana.

O Direito Penal, nas nações democráticas, é revestido pela intervenção mínima, tomando por fundamento os princípios norteadores das garantias, que guarnecem os direitos fundamentais da pessoa humana em seu grau máximo, tais quais os implantados em suas constituições, como é as “cláusulas pétreas”, elencadas na Carta Republicana brasileira, conforme preceitua os parágrafos 1º e 2º, do art. 5º, inciso LXXVIII, 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. 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, 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, de expedientes idôneos a sustar o processo de forma a equacionar o conflito de maneira não punitiva ou mais branda, 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. 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 mais pobres quanto às classes mais abastadas da sociedade, alastrando-se a criminalidade, inclusive, aos interiores e zonas rurais, nasce a perspectiva de penalizar aqueles que teimam e enveredam pelo mundo do crime.

De modo que, para consagrar-se o presente estudo em torno do caráter da proibição do princípio do “*ne bis in idem*”, Guedes (2006, p.2-3) explica como ocorre a verificação da aplicabilidade do referido instituto, por meio de três (03) questionamentos básicos, afirmativas as respostas, têm-se “bis in idem” e o seu conseqüente impedimento.

Ao objeto de estudo “*ne bis in idem*”, direito consagrado na Convenção Americana de Direitos Humanos, em pleno vigor no Brasil, cuja porta de entrada no sistema constitucional brasileiro dá-se pela previsão feita no § 2º, do art. 5º, CRFB/1988.

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”.

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 que tenha sido acusada de praticar atos tidos como reprováveis. E nesta senda, depara-se com a proibição da dupla condenação penal pelos mesmos fatos. A busca por respostas a desvendar a temática do *jus puniendi* estatal, na sua história formal e 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 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 do “*ne bis in idem*”, que se encontra garantido no art. 5º, LXXVIII, §§ 1º e 2º, da CRFB/1988, eis o que diz o referido inciso - 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 ferramentas do Direito Internacional 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, por meio 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, dos princípios basilares do Direito Constitucional, Penal, Processual Penal e Internacional recepcionados pela Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05/10/1988.

Ante o exposto, ante a necessidade, busca-se a resolução da celeuma quanto ao princípio do “*ne bis 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 linhas históricas desde os primórdios sobre o 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 meio do método dedutivo-jurídico, diversas fontes bibliográficas, e pesquisas acerca do presente tema, passando por doutrinas conhecidas em Direito Constitucional, Penal, Processual Penal e Jurisprudências dos principais Tribunais brasileiros, Convenções e Tratados Internacionais.

O presente trabalho, ao mesmo tempo, que tem por objetivo demonstrar a relevância do princípio do “*ne bis in idem*”, no sistema constitucional penal brasileiro e, entres outros tantos aspectos que denotam o seu grande valor, destacar à sua importância para o princípio da segurança jurídica, constante na CRFB/1988, art. 5º, inciso XXXVI, que assim expressa: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, diante do texto legal, clarifica-se o instituto da segurança jurídica como um instrumento de limitação ao poder punitivo estatal, considerando o caráter repressivo do Direito Penal. Assim, a cada indivíduo será aplicada a sanção correspondente e suficiente para seus atos (Princípio da Proporcionalidade). Portanto, em consideração que o princípio do “*ne bis in idem*” é um direito do Homem, deve ser sempre aplicável no âmbito nacional e internacional.

1 TEORIA DA LEI PENAL – PROIBIDO JULGAR OU CONDENAR A PESSOA DUAS VEZES PELOS MESMOS FATOS

A lei penal é o 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 tão somente para punir o homem em relação aos delitos por ele praticados, 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 inicial na formação da noção do Direito. O Direito penal tem o objetivo de proteger os bens tutelados pelo Estado através do Contrato Social, de Rousseau, de forma que cada indivíduo 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 de Jesus (2012, p. 47), no direito penal deve ser mais relevante a proteção à vida da pessoa humana. Todo valor protegido torna-se bem jurídico e o Estado desenvolve penalidades procurando tornar invioláveis os bens que tem por objetivo proteger. E, ainda, esclarece o que outros penalistas importantes descreveram a respeito do Direito Penal:

Para Liszt, Direito Penal é o conjunto das prescrições emanadas do Estado que ligam ao crime, como fato, a pena como consequência. Mezger define a nossa matéria como o conjunto de normas jurídicas que regulam ‘el ejercicio del poder punitivo del Estado, conectando en el delito como presupuesto, la pena como consecuencia jurídica’. (DAMÁSIO DE JESUS, 2012, p. 47)

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. (DAMÁSIO DE JESUS, 2012, 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 o produto da transgressão de “A” em face de “B”, o segundo, por ser objeto jurídico da relação protegida pelo Estado que, conseqüentemente, deságua na pretensão punitiva como resultado da lesão do direito, sendo “C” a respectiva punição, ou seja, a resposta estatal.

Noutro trecho, Nucci (2014), leciona que Direito Penal é o corpo de normas jurídicas voltadas à fixação 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*. Assim não nos parece e (sic) 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 voltado 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, 2014, p. 24-25).

Finalmente, afirma Maximilianus Cláudio Américo Fühler (1994) 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).

Na contemporaneidade, o Brasil adota a teoria finalista e o sistema vicariante, abolindo o sistema do duplo binário, não sendo possível outra forma penal no atual direito repressivo brasileiro.

O Direito Penal divide-se em objetivo e subjetivo. Nucci (2014, p. 67) delinea 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 transgride a lei.

1.1 Princípios Constitucionais do “*ne bis in idem*” no Direito Penal Comparado

A origem do princípio “*ne bis in idem*” não é, suficientemente, clara. Poder-se-á alegar, a priori, que a Lei de Talião constante do código de Hammurabi, no séc. 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 séc. VII, a.C., a partir das frases do profeta Nahum, o elcosita¹, 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:

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). (G. N. – cf. o original).

Ainda neste sentido, pontua Gabriel C. Calache na tradução do Novo e do Velho Testamento dos idiomas hebraico e grego para o português brasileiro 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 tábuas raras; 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.
13. **Se eu te humilhei, não te humilharei mais,**
Agora quebro o jugo daquele que te esmaga e desato tuas cadeias. (CALACHE, 1995, p. 670). (G. N. - cf. o original)

¹ **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 Jibrîn, em Judá. < <http://www.jesusvoltara.com.br/dicionariobiblico/elcosita.htm>> Acesso em: 20 out. 2016.

Portanto, depreende-se da conversa entre O Senhor Deus e o povo, que a sentença em definitivo significa: “[...] 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, pois entendeu que haveria novo sofrimento ao transgressor por idêntico fato circunstancial envolvendo os mesmos sujeitos da relação.

Desta forma, proibem-se duas condenações pelas mesmas circunstâncias, momento histórico em que estejam inseridos os mesmos indivíduos, assim, também, as sociedades civilizadas tomaram por justo a legislação mais remota anotando-a em suas constituições, convenções e códigos; o princípio do “ne bis in idem” na seara do direito, especialmente, no direito constitucional, penal e processual penal faz-se presente.

Não obstante, José Muñoz Clares (2006) 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 retirado por uma lei de Leptino. Nessa sequência, Demóstenes terá argumentado que ‘as leis não permitam que sejam (accionar) duas vezes contra o mesmo pelos mesmos (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 CLARES, 2006, p. 42).

Neste contexto social-histórico-econômico, pertinente se faz a explicação do grande advogado Demóstenes a respeito de que ninguém haveria de pagar um tributo duas vezes, portanto, não sendo justo o Estado repetir idêntica cobrança de tributo, pois seria penalizar o cidadão duplamente. Eis a presença do princípio “ne bis in idem”.

Assim, na temática em estudo, é clarividente que o homem por princípio de justiça, reflexo de sua essência divina, imitou a Deus, em Sua misericórdia, usando o direito como ferramenta da justiça dos homens para que não se infligisse condenação dupla, ou seja, penalizar duas vezes o indivíduo ou ao povo, pelas mesmas circunstâncias.

1.1.1 Assíria – Caldéia e Babilônia: Código de Hammurabi

A história do direito penal e as pretensões punitivas são discutidas há muito tempo. Assim, antes da chegada do Consolador, Jesus Cristo, entre nós, as pessoas já pensavam em anistiar quem tivesse sido punido alguma vez pelo mesmo fato, circunstância e tempo. Atualmente, não é incomum indivíduos expressarem seu desejo por punições, que margeiam a animalidade contra os seus semelhantes. Certamente, são pessoas, que não se apercebem da exteriorização de um sentimento bárbaro, pois até a Lei de Talião - com toda sua dureza, afirmando que seus atos legislativos não deveriam ser revogados, mas sim cumpridos - detinha em seu núcleo moral constitucional um padrão ético de Justiça, uma vez que ninguém, sob a jurisdição de Hammurabi, poderia ser punido duas vezes pelo mesmo fato.

Para Matta (1911, p. 430-432), importa lembrar, a priori: “[...] que a Lei de Talião constante do código de Hammurabi, no séc. 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, que divergem somente porque a informação parte de antepassados ilustres, que diziam o direito de acordo com suas crenças e convicções. Eles criam, inclusive, que a Justiça era editada por homens, mas ordenadas por Deus, e assim, nascia o princípio em estudo, na Justiça Hebraica, do séc. VII, a. C. Eis a percepção a partir das frases do profeta Nahum, como dito anteriormente.

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

1.1.2 Na Grécia

Apesar da hipótese *in casu*, (CONWAY, 2003, V.3, p. 217-244 apud, CLARES, 2006, p. 39 apud LUISI, 2003, p. 09) 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, 2003. V.3, p. 217-244; apud CLARES, 2006, p. 42).

Esclarecendo a dúvida entre Grécia e Roma:

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 se poder 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).

Villalba (1998, p. 49), também, identifica em sua obra o mesmo teor constante na Carta Magna Norte Americana citada acima: “Ninguém poderá ser acusado duas vezes pelo mesmo crime com risco de perder a vida ou parte do corpo”.

Norteando-se apenas ao que tange ao princípio em questão, que o art. 5º da EC da Constituição dos Estados Unidos da América, destaca:

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. (Tradução nossa).

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

1.1.3 Em Roma

Para Riezu (2003, p. 836), Villalba (1998, p. 46-47), e, Ramos (2007, p. 36), corroboram com a assertiva de que o princípio do “ne bis in idem” tem sua origem basilar controversa, entretanto, destacam a relevância processual que está, intrinsecamente, ligada à noção de coisa julgada e a necessidade de segurança jurídica, outro instituto de grande importância. Há quem prefira substituir a expressão “ne bis in idem” por “Res Iudicata”, 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”.

1.1.4 Na França

A ribalta é um feixe de luzes, um conjunto de candeeiros que iluminam e enchem de luz onde não há claridade, assim foi em 1791, quando nasceu a Constituição Francesa, por força da Revolução Industrial, e em seu arcabouço legislativo, trouxe as ideias da igualdade, liberdade e fraternidade 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). (G. N.).

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, um cidadão pode ser julgado por uma acusação recebida pelos jurados ou decretada pelo Órgão Legislativo, nos casos em que é seu dever processar a acusação. - Após a acusação admitida, o fato será reconhecido e declarado pelos jurados. - O acusado deve ter o direito de contestar até vinte sem dar razões. - Os jurados que declaram o fato, não podem ser inferior a doze. - A aplicação da lei será feita pelos juizes. - A investigação deve ser pública, e ao acusado não pode ser negado a assistência de um advogado. - Todo homem absolvido por um júri legal, não pode ser acusado ou condenado pelo mesmo fato. (G. N.).

A expressão principiológica no original fundada no art. 9, do Cap. V, do Título III, da Constituição Francesa, assim diz: “Tout homme, acquitté par un juré legal, ne peut plus être repris ni accusé à raison du même fait”. (Constituição Francesa, de 03 de setembro de 1791 e ratificada em 14 de setembro, do mesmo ano). A tradução atualizada fica assim: “*Todo homem, absolvido por um júri legal, não pode ser acusado ou condenado pelo mesmo fato*”.

Na verdade, o fundamento central do fator jurídico da coisa julgada 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* (sic), 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 juré legal, ne peut plus être repris ni accusé à raison du même fait.** (Todo homem, absolvido por um júri, lei, não pode ser acusado ou condenado pelo mesmo fato) 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, V.2, p. 302- 303).

De forma democrática, a França passou a ser conhecida internacionalmente por seu status constitucional 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.

Inegável é a influência francesa no ordenamento jurídico pátrio, pois, em regra, as normas jurídicas escritas, derivam de grandes revoluções. Assim, neste aspecto, torna-se incontestável a inspiração francesa ao Brasil, visto que, os livros de História do Brasil ou Política não podem se esquivar de mencionar o levante brasileiro denominado “Diretas, já!”, em prol da quebra de paradigmas políticos e, mais tarde, a formação da Assembleia Constituinte, que culminou com a promulgação, em 05/10/1988, da Constituição da República Federativa do Brasil, pertinentemente, chamada Constituição Cidadã, visto que, em seu arcabouço normativo é notório a inspiração basilar dos ideais de Liberdade, Igualdade e Fraternidade.

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

As origens históricas e o alcance do art. 5º, §§ 1º e 2º, da Constituição de 1988, principalmente, em razão de haver emergido de um processo político de superação, de um regime com fortes resquícios ditatoriais, inimigo das liberdades individuais, bem como cerceador das garantias constitucionais; aos moldes de outros diplomas produzidos no mesmo contexto histórico, a Carta Magna regente, buscou dotar o referido artigo e parágrafos de imediata efetividade e tentou ampliar, ao máximo, o elenco dos direitos fundamentais nele positivados.

Assim, como resultado do teor do 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 despidos de potência vinculativa) e o modelo puramente material (à partida, segundo o autor, marcado por sua inviabilidade concreta e no qual ‘a Constituição contém exclusivamente normas materiais a partir das quais, através de operações metódicas, qualquer que seja sua configuração, pode obter-se o conteúdo de cada norma jurídica do sistema jurídico’), para concluir que, sob o ponto de vista formal, uma Constituição sempre tem um caráter misto, material/procedimental. (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 ‘jusfundamentais’ determinem os conteúdos constitucionalmente necessários e impossíveis, constituem o núcleo de sua fundamentalidade formal”.

De que são exemplos evidentes – ressalvadas as respectivas particularidades 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, este último fazendo menção a esta Constituição brasileira, a enunciação precisa e extensiva dos direitos, liberdades e garantias constitucionais, que se remonta ao caso brasileiro, à primeira Constituição republicana de 1891, art. 81, que foi a fonte inspiradora da Constituição portuguesa de 1911.

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 de Portugal de 1911 a sua laicidade:

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)

Por fim, Guedes (2006, p. 2-3) destaca que, para a aplicabilidade do princípio em tela, deve ser reconhecida o que se chama por tríplice identidade, isto é, - sujeito, fato, fundamento -, entre dois ou mais preceitos legais. Assim sendo, torna-se relevante os seguintes questionamentos: “o sujeito puniente 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 as respostas, tem-se *bis in idem*, e sua consequente proibição”.

1.3 Fragmentos do direito penal: “ne bis in idem” processual e material

A doutrina tem distinguido, perfeitamente, os conceitos de Direito Processual Penal, ou seja, direito formal, do direito material, este último 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 professor Damásio de Jesus pontua que:

Ninguém pode ser punido duas vezes pelo mesmo fato. Possui duplo significado: 1º) penal material: ninguém pode sofrer duas penas em face do mesmo crime; 2º) processual: ninguém pode ser processado e julgado duas vezes pelo mesmo fato. (DAMÁSIO DE JESUS, 2012, 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 antijurídico.

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 de Cezar Roberto Bittencourt, Francisco de Assis Toledo e outros, o crime é fato típico, antijurídico e culpável. (ESTEFAM, 2010, p. 158).

Para adiantar o presente trabalho, objeto da investigação em apreço, passar-se-á à análise do aspecto da identificação da conduta no escopo processual, em seguida estuda-se

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.

1.3.1 Sob a ótica formal – a não condenação duas vezes pela mesma coisa

O desrespeito à formalidade do devido processo legal ou o atropelamento da lei em vigor, pode caracterizar grave prejuízo à parte, que poderá alegar em tempo, mas, caso o prejuízo seja considerado mínimo, poderá a autoridade judiciária corrigi-lo, isto é, não havendo prejuízo à defesa, depara-se com o princípio da nulidade relativa, e, ao contrário, estar-se-á perante atos de nulidade absoluta (art. 564/CPP). Importante salientar que, neste caso, dirige-se a atenção ao primado da característica garantidora da não aplicação de pena ao indivíduo pelos mesmos fatos.

Mister lembrar, que tal princípio adorna o Sistema Constitucional por meio de uma espécie de ampliação e derivação dos direitos fundamentais expressos em nossa Carta Magna, isto é, o princípio “*ne bis in idem*”. No que concerne à seara criminal, adquire característica de direito fundamental análogo por força da sua relevância incontestável à manutenção da Dignidade da Pessoa Humana, da Liberdade, bem como do Estado Democrático de Direito.

Na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XXXVI, pode-se observar um exemplo de derivação quando da análise da vontade do legislador ao se posicionar, de forma protetiva, ao redigir o texto legal: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, deste modo, vislumbra-se a sua intencionalidade de corroborar para a segurança jurídica, logo, é possível se defrontar, implicitamente, com o princípio norteador do presente trabalho.

No Código de Processo Penal (CPP), Capítulo II, que versa sobre as Exceções, em seu art. 95, inciso III, há a observação quanto a litispendência, não devendo ser esquecidos os arts. 110 e 581, caput, inciso III, do mesmo texto legal, que também conduzem à temática abordada. Sobre litispendência leciona Gonçalves e Reis (2013, p. 189):

Litispendência é a situação que se origina da existência simultânea de duas ou mais ações idênticas.

Em virtude da inadmissibilidade de imputar-se a alguém duas vezes o mesmo fato tido como criminoso (*ne bis in idem*), a lei prevê a possibilidade de aforar-se a exceção de litispendência, de caráter peremptório, que tem como finalidade evitar o processamento paralelo de ações idênticas, por meio da extinção de uma delas.

Os monistas materialistas entendem que se trata de lei infraconstitucional, e os princípios internacionais de direitos humanos têm assentado em seus acordos, convenções e tratados, que tais princípios devem ser, devidamente, respeitados para a efetiva defesa de direitos dos indivíduos.

A seguir, observar-se-á o 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 a tais ditames constitui nulidade (art. 564, IV do CPP)”.

Trata-se de uma formalidade que é essencial à condução e conclusão de uma investigação com a sua conseqüente sanção penal ao que transgrediu a norma posta.

Torna-se mister destacar, que a falta de formalidade na condução do processo penal ou 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). (G. N.).

Estes são alguns meios dispostos para identificar a falta de fórmula, que melhor defina a ausência formal num processo, e que possa gerar nulidade relativa ou absoluta e, bem como evitando-se assim, o atropelo da lei. E, com base nos princípios que regem a pretensão punitiva assentada num arcabouço processual probo, ou seja, idôneo, também, gera nulidades, arquivamentos de procedimentos em curso ou já transitados em julgado, como é o caso de réus condenados duas vezes pelos mesmos fatos, ou ainda, 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:

Súmula 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.

Súmula 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.

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

E para exemplificar a temática “ne bis in idem” e a axiologia que envolve as formalidades, aplainadas no sistema jurídico-constitucional brasileiro, à luz dos princípios postos 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 a continuidade na contextualização do direito formal e material, haverá uma abordagem sobre o direito substantivo (material) e razões no direito constitucional, penal e processual brasileiro.

1.3.2 O “*ne bis in idem*” material no direito penal brasileiro

Quanto ao princípio da proibição de dupla punição no direito material, sob investigação, tornam-se necessárias 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 Cezar Roberto Bitencourt (1997, p.34) de Direito Penal Substantivo, 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, havendo a condenação e o seu respectivo cumprimento integral da pena ou absolvição no exterior, não poderá ser aplicada pena no Brasil em virtude da extinção da punibilidade, novamente, com vistas a evitar o “*ne 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.

1.3.3 Conflito aparente da norma penal

Para o eminente e festejado professor Damásio de Jesus, (2003, V.1, p. 107), o ordenamento jurídico é constituído por diversas normas e disposições legais, harmoniosamente, compostas. 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 determinado caso concreto.

Contudo, em algumas situações, para uma mesma realidade fática pode-se ajustar duas normas diferentes, isto é, dois tipos legais de crime. Por exemplo, quando um fato apresenta elementos constitutivos de duas ou mais normas tipificadas, ou ainda, quando um fato que se enquadra em uma norma legal está compreendido também por outra norma. 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”. Assim, é o princípio da proibição de dupla punição, 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, em 1956, no governo de Jânio Quadros, assim, rejeitou a vaidade e aproveitou a virtude de um cidadão de grande caráter, 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 materiais dos crimes.

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 a 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.

Para a devida continuidade contextual, a seguir, falar-se-á sobre pertinentes questões principiológicas que permeiam a temática estudada e sua efetiva aplicabilidade.

2 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS

No Brasil, com relação ao conflito aparente de normas penais, existem princípios aplicáveis no sentido de nortear em qual dos tipos legais pode a ação cometida ser enquadrada, evitando-se assim, a incidência de “bis in idem”. São os princípios da especialidade, subsidiariedade e consunção, sendo por meio desses pilares, que se faz a interpretação do ato praticado pelo homem em relação às normas vigentes, com o objetivo de verificar quais delas se adequam, apropriadamente, para serem aplicadas ao caso concreto.

2.1 Princípio da Especialidade

O Princípio da especialidade tem fundamento na expressão latina: *Lex specialis derogat generali* (A lei especial derroga a geral).

Existem normas penais incriminadoras que descrevem o delito de forma genérica, isto é, de maneira mais abrangente, contudo, há outros dispositivos legais que acrescentam elementos mais gravosos para o tipo penal a que se relaciona, tornando-o especializante. Entretanto, não raro, podem ser encontrados institutos, que guardam intrínsecas relações genéricas e de espécie, ou seja, em um mesmo preceito legal vislumbram-se à sua generalidade e especialidade.

Importante salientar que, ao ser adotada a norma penal especial em detrimento da norma penal genérica, deve-se prevalecer o mandamento penal especial, pois, assim, evita-se, o “ne bis in idem”, visto que, a conduta do indivíduo não poderá ser enquadrada em uma norma incriminadora genérica e especial, simultaneamente.

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, V.1, p. 204).

Portanto, para ratificar o que foi explanado, quando houver duas normas em conflito, para dispor sobre um mesmo fato e existir a relação de especialidade, a norma especial se sobreporá à norma geral.

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 CPB e especial,

infanticídio, art. 123 do mesmo livro. 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 (Infanticídio), CPB, sendo esta a norma específica, pois, além de possuir todos os elementos do art. 121 (Matar alguém), CPB, possui elementos excepcionalíssimos (matar o filho, sob a influência do estado puerperal, durante o parto ou logo após).

Ao que se afirmou acima, há uma peculiaridade no princípio da especialidade que o distingue dos demais: a comparação *in abstracto*. Isto é, as normas aplicáveis em casos sob análise, serão comparadas por meio do teor abstrato de cada instituto legal, diferentemente, dos demais que, necessitam de um confronto em concreto das leis sobre o fato.

2.2 Princípio da Subsidiariedade

Lex primaria derogat legi subsidiariae (a lei primária exclui a aplicação da lei subsidiária), eis o brocardo latino que sintetiza o Princípio da Subsidiariedade.

Nesta linha de entendimento, ocorre a relação existente entre duas normas, penais que não são de gênero para espécie, mas de subsidiariedade. Fala-se que uma norma é subsidiária à outra primária, quando aquela dispõe de 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, existem diversos graus de ofensa, de modo que a maior absorve a menor e, por isso, a aplicabilidade desta está condicionada a não aplicação da primeira.

Destarte, segundo a percepção 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 explícita ou implícita. Denomina-se subsidiariedade explícita quando a própria norma ressalta essa qualidade, expressamente, no tipo penal. Pontua-se, conforme predispõe o artigo 132 do CPB, ao dispor sobre o crime de perigo para a vida ou a saúde de outrem, o legislador destaca que esta pena somente será aplicada se o fato não constituir crime mais grave.

Eis abaixo a íntegra do instituto supracitado:

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).

Isto é, caso haja a consumação do dano não será aplicada pena para o crime de perigo, subsidiário. No que tange a subsidiariedade implícita, a mesma 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. Configurado o fato delito mais grave, este afastará a incidência da norma subsidiária. Em outras palavras, deve-se entender como subsidiariedade implícita a norma subsidiária que não determina, explicitamente, a sua aplicação em função da 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.

Esclarece o 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 *residum*. (HUNGRIA, 1958, V.1, p.139). (G. N.).

Relevante destacar, que há o entendimento de que 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).

2.3 Princípio da Consunção

Apregoa o reverenciado professor Damásio de Jesus 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. (DAMÁSIO DE JESUS, 2003, V.1, 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. Deste modo, a maneira pela qual se utilizou o agente para atingir certa finalidade não será punida, mesmo que seja por si só apta 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 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 da pena da norma-fim, obviamente, não podendo 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 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 resguarrem 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 da matéria determinante é, como exposto, aquele preocupado com a essência de um comportamento penalmente relevante. Noutras palavras, se o magistrado aplicador da sentença, quando fosse realizar os cálculos pertinentes à dosimetria da pena, se amparasse em cada ação preparatória e pós-fato do delito, por meio dos verbos, estaria incorrendo no contexto relacionado ao fenômeno do “ne bis in idem”.

No crime previsto no art. 33, da Lei 11.343/06, há determinantes de um comando alternativo para alcançar a conduta do tráfico de entorpecentes ilícitos, estaria assim, a avolumar a pena em face da essência de um só tipo de crime, que é traficar drogas ilícitas, e se não houvesse um determinante, estaria a norma permitindo que o juiz, ao definir a sentença, tivesse o direito a extrapolar a punição 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 de nulidade absoluta da sentença por ele proferida, visto que, haverá outra que reconhecerá a lesão de direito guardado pelo princípio da proibição da dupla condenação pelos mesmos motivos. Portanto, à guisa do estudo em deslinde, se faz necessário observar a recepção do princípio do “*ne bis in idem*” assentado nos Tratados e Convenções Internacionais e a Carta Magna brasileira neste contexto.

2.4 O princípio do “*ne bis in idem*” recepcionado pela Constituição Federal de 1988

Para que se adentre 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, do princípio da legalidade que significa, dentro do ordenamento jurídico pátrio, a previsão legal de atos processuais, que digam como os mesmos serão aplicados, caso necessário. Assim, a lei penal deve ser determinada em seu conteúdo, e, portanto, ter previsão em seu arcabouço material constitucional, penal e processual. Não se deve permitir tipos penais, excessivamente, genéricos, ou seja, 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, com certeza, o que é certo ou errado se a lei não fosse clara o suficiente. O juiz é quem decidiria, em última análise, o que seria ou não crime, segundo critérios vagos e imprecisos. Destarte:

[...] 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).

Ressalta-se, portanto, com embasamento nos argumentos supracitados, 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 infringir ou não algum dispositivo legal, e desta forma, incorrendo em alguma transgressão prevista em lei, deve responder por seus atos e o Estado, árbitro da reprimenda, poderá aplicar a sanção penal adequada, sem excessos, abusos e sem sua repetição punitiva em face do agente que delinquir, bem como proporcional, como a seguir se delineará.

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

Proporcionalidade é diferente de razoabilidade. O princípio da proporcionalidade, assunto que é relevante para o estudo em tela, é algo que está, de forma indissociável, contido na natureza de um ser ou de um objeto, é, portanto, aquilo inerente à coisa, neste caso, à cláusula do Estado Democrático de Direito, conforme artigo 1º, da CRFB/1988.

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 Inglesa, 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, n.p.).

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 sindicar uma determinada medida – de caráter coativo, em nossa hipótese de estudo – assumida à consecução de um específico fim, é aquilo, portanto, imanentemente ligado, intrínseco à cláusula democrática’. (FELDENS, 2005, p. 160). (G. N.).

De modo que a proporcionalidade se compõe 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.

O advogado Pedro Lenza (2009) explica que o princípio da proporcionalidade é de extrema importância, especialmente, na situação de colisão entre valores constitucionais. De forma a destacar que, preserva parâmetros elementares que lhe servem de alicerce, são eles: adequação, necessidade 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 positivação 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).

Neste sentido foi a tomada de decisão do 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).

É clarividente que o princípio da proporcionalidade é o sustentáculo de todos os atos da justiça, da administração pública e de uma sociedade livre, pacífica e solidária, sem tal princípio inacessível estaria a justiça. Eis o que estabelece 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:

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, 1999). (G. N.).

E para corroborar com 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). (G. N.).

Portanto, a prova de equilíbrio cuida da proporcionalidade e, se satisfaz ao exame da gravidade da sanção a ser imposta diante do ato praticado e ante os fatos analisados, destaque importante para o brocardo jurídico ao recordar que cada caso, é um caso, evidentemente. Essencial é sempre estar atento a dois pontos de vista: não só a proibição do excesso, mas também, a vedação da proteção deficiente.

Diante do exposto, importante salientar que, todo o teor jurídico e apontamentos doutrinários, que abarcam o tema do presente objeto de estudo norteiam-se, principalmente, no arcabouço jurídico pátrio. Entretanto, tornou-se imprescindível a análise de Tratados Internacionais de Direitos Humanos, para melhor percepção sobre a temática, como ver-se á a seguir.

3 O BRASIL E O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL DE ROMA

Viu-se, anteriormente, os princípios aplicáveis no sentido de nortear os operadores do direito no momento da interpretação da conduta humana e sua adequação a um determinado tipo penal, a fim de evitar-se o “ne bis in idem”. Neste capítulo será abordado o posicionamento do Brasil frente aos Tratados, Acordos e Convenções Internacionais de Direitos Humanos, como segue.

Os organismos de Direito Internacional, 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 signatários. Estes buscam, entre si, a defesa dos direitos humanos para que possam ultrapassar as fronteiras do Estado, de forma a tutelarem, internacionalmente, os Direitos Civis e Penais do homem. Isto é, garantir o desenvolvimento dos Direitos Internacionais dos Direitos Humanos.

Nesta vertente, observam-se os tratados internacionais sobre Direitos Humanos, no Estado brasileiro, inclusive, as normas convencionais internacionais, que são conteúdo substantivo presente na EC n° 45/2004, inserindo os §§ 3° e 4°, constante no art. 5°, da CRFB/1988. Mister destacar que estes parágrafos versam, respectivamente, de forma a delimitar como devem ocorrer as votações para a inserção de tratados e convenções internacionais em território pátrio, sendo que, se aprovados, alcançam imediato status de emendas constitucionais, bem como há a explanação explícita em que havendo a República Federativa do Brasil aderido à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, a ele deve se submeter.

Diante do exposto, foram colocadas as possíveis discussões, que permeiam o corpo do presente trabalho para que fossem, devidamente, elucidadas, e para que se verificassem como são pertinentes e interessantes tais divergências.

Consequentemente, se observaram para a inserção das normas convencionais internacionais sobre Direitos Humanos, em nosso ordenamento jurídico, para que fosse possível compreender o ponto central das divergências relacionadas à existência de conflitos 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) 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; REZEK. 2004, p. 226; apud, RODRIGUES, 2005, p. 147).

Na dicção de Rodrigues (2005, p. 14, no Estatuto 7-148) visualiza-se, no Estatuto, o crime de genocídio; no art. 6º, observando a revelação de quais são os atos considerados como tal, isto é, crimes cuja finalidade é causar destruição total ou parcial em um grupo nacional, étnico, racial ou religioso; os crimes contra a humanidade estão indicados no art. 7º, ou seja, há um rol de ações, que se praticadas como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil e com o conhecimento de tal ataque, recebe tal denominação; no art. 8º estão estipulados os crimes de guerra, a configuração desta modalidade de crime como parte de um plano ou política, ou parte da prática em grande escala de tais crimes ali expostos; e, por fim, os crimes de agressão, a serem ainda estipulados, desde que em conformidade com os artigos 121 e 123, os quais tratam, respectivamente, de emendas a disposições de caráter institucional e da revisão do Estatuto.

3.1 Da competência e atuação do TPI

Na lição de Cançado Trindade, 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, é um dos princípios basilares garantidores das soberanias internacionais, que prezam pela Igualdade e pela autodeterminação dos povos.

3.2 Como recepcionar os Tratados Internacionais de Direitos Humanos no 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 do ordenamento jurídico pátrio, bem como, o controle de conflitos das convenções internacionais com as disposições internas brasileiras.

Para a renomada professora processualista Piovesan (2000), a CRFB/1988 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.

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

Assim predispõe o Parágrafo 3º, do art. 5º, da CRFB/1988:

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.

De modo que, a inserção do §3º, no art. 5º, de nossa Carta Magna, trouxe a possibilidade dos 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 normas constitucionais, garantindo assim a sua dignidade de legislação constitucional nacional.

A priori, pondera-se que houve um importante passo, por parte do legislador pátrio, para que as normas internacionais, que condizem aos direitos e garantias fundamentais, pudessem integrar-se à Constituição brasileira.

Doutro lado, esse passo também pode ser encarado como um retrocesso (porque o § 3º, do art. 5º, CRFB/1988 pondera a vontade do legislador quanto ao uso expresso do §2º do art. 5º, da CRFB/1988), 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 (§§ 1º e 2º, do artigo 5º, da nossa Carta Maior) fundado em entendimento doutrinário, já era possível o status equivalente, permitindo-se a incorporação automática desses tratados ao ordenamento jurídico com o devido status constitucional e que, até a edição da EC nº 45, o antigo debate entre monistas e dualistas devia-se aos artigos dispostos na CRFB/1988, que faziam perdurar o embate.

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

Para Piovesan (2000, p. 96-104) 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 passaria a vigorar, imediatamente, tanto como ordem jurídica internacional, quanto 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, se faz necessária a reprodução ou transformação do referido texto legal para uma fonte interna como norma. Assim, o Direito Internacional e o Direito Pátrio 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 (2007, p. 59), 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 referentes aos tratados internacionais de proteção dos Direitos Humanos, por força do artigo 5º, § 1º, da CRFB/1988, aplica-se a sistemática de incorporação automática, enquanto que para os demais tratados internacionais, aplica-se a sistemática cuja incorporação é legislativa, sendo confirmada pelo art.102, inciso III, alínea b, CRFB/1988, 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 (STF), o qual 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 por meio de um decreto de execução, expedido pelo Presidente da República e *status* de norma infraconstitucional.

Entretanto, essa situação pode ser contestada, basta se observar a possibilidade de serem as referidas normas sobre Direitos Humanos incorporadas na legislação interna como Emenda Constitucional, ou seja, dotada de igualdade hierárquica das normas constitucionais, se aprovada nos termos do § 3º, do artigo 5º, da CRFB, o qual fora dito anteriormente. A recepção das normas de tratados internacionais será especificada adiante para melhor compreensão de acordo com o dispositivo constitucional e com a teoria mista.

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

O procedimento, desde o início dos primeiros contatos até a inserção de um Tratado Internacional em nosso ordenamento jurídico, possui seis atos, isto é, passos para a sua finalização. 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”.

Inicialmente, é necessário aclarar que, de acordo com o artigo 84, inciso VIII, da CRFB/1988, é de competência privativa do Presidente da República celebrar todos os tratados, convenções e atos internacionais, podendo incumbir tal competência 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, depois da assinatura e o Presidente perceber que o mesmo deve ser ratificado, remeterá mensagem ao Congresso Nacional para que este o acate, com base na sua competência exclusiva mencionada pelo artigo 49, inciso I, da CRFB/1988:

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 necessidade de aprovação por parte do Congresso Nacional de atos internacionais celebrados pelo Presidente da República, como tratados e convenções, que não pesem diretamente sobre o patrimônio nacional. (FERREIRA FILHO, 2000, V.1, p. 307).

Em primeiro lugar, a decisão deve ser feita seguindo o processamento estipulado no Regimento Interno da Câmara dos Deputados, que enviará o tratado à Comissão de Relações Exteriores, que prepara um Projeto de Decreto Legislativo, se o tratado for aceito, enviando-o para a Comissão de Constituição e Justiça. Este último tem como objetivo analisar os aspectos legais relativos à constitucionalidade do tratado e a técnica do projeto de decreto legislativo. Logo depois, se não for enviado a outros comitês (o que dependerá da matéria do tratado), o Projeto do Decreto Legislativo será encaminhado para Plenário que, de acordo com a arte funcional do art. 47, CRFB/1988 a votação será regida pela maioria de votos, com a presença da maioria absoluta dos membros da Câmara dos Deputados, também conhecido por representantes do povo. Assim assevera a CRFB/1988: “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, V.1, p. 307) anota que, em razão do direito pátrio, especificamente, a vontade do Estado brasileiro no que diz razão 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 aderiria 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 aderiria 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 CRFB/1988, 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.

Portanto, o §2º, do art. 5º, da CRFB/1988 evidencia que os direitos e garantias individuais constantes 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, extrai-se 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, da CRFB/1988 é contraditório ao que expressa os §§ 1º e 2º, do mesmo artigo constitucional, de maneira, se evocado, impossibilita a eficácia de se acolher os dispositivos que favorecem a aplicação e defesa dos Direitos Humanos, imediatamente.

Há, portanto, velada e incompreensível dificuldade no que tange a não aplicabilidade imediata dos tratados e/ou convenções internacionais sobre Direitos Humanos, parece existir certa severidade no que diz respeito a anuência de um dos maiores institutos da humanidade, isto é, a proteção de direitos e garantias fundamentais do homem, e que esses dispositivos (§§ 1º e 2º, do art. 5º, CRFB/1988) constitucionais apenas adquirirão status de hierarquia constitucional se, e somente se preencherem os requisitos do §3º, do referido artigo, lembrando que, na verdade, trata-se das mesmas condições para um projeto de Emenda

Constitucional, assim, os referidos parágrafos servem de ponte, como um condutor que, inclusive, destaca se alguma norma pode ou não ser igualada, compativelmente, à Constituição Federal ou se como norma infraconstitucional.

O mais célere e justo, obviamente, seria a equiparação de todas as normas congraçadas internacionalmente de Direitos Humanos para o plano das normas constitucionais, horizontalmente, para que se pudesse garantir maior efetividade dos referidos dispositivos legais a todos os 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, de forma implícita, 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.

Após a explanação da discussão sobre normas internacionais serem recepcionadas imediata ou mediatamente por meio da EC 45/2004, a seguir, serão abordadas questões pertinentes à extradição.

3.4 Em caso da extradição de nacionais

Outro ponto discutível é a extradição de nacionais sendo um pouco incômoda para a sistemática constitucional e criminal, especialmente, porque de início, há um aparente conflito entre o entendimento do que venha a ser entrega e extradição, distinção esclarecida pelo Estatuto de Roma, em seu art. 102.

Como ponto de partida para a compreensão do presente tópico, impõe-se a leitura do art. 8º, CPB 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, existem situações em que os crimes cometidos fora do Brasil, mesmo que julgados no estrangeiro, novamente, serão processados no Poder Judiciário brasileiro. Essa é a regra da extraterritorialidade, das hipóteses constantes no art. 7º, CPB, acima descrito. Entretanto, 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 nesta toada, 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 pessoa 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, ordenadamente, revelam 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, p. 84-90) 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 ocorre para um Estado com soberania e competência no âmbito exterior, mas sim para um organismo internacional, criado pelo aceite e empenho de vários Estados. Para encerrar a controvérsia é a percepção 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 creem que há diferença entre os dois institutos por outras razões, por isso, Antônio P. C. de Medeiros (2000, p. 109), aponta 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).

Destarte, no que tange a confusão relacionada às nomenclaturas entrega e extradição de nacionais, o entendimento de seus respectivos conceitos e delimitações torna-se essencial para o deslinde da discussão, tendo-se por base o tipo penal em que foi incurso o réu, a legislação ofendida, em vigor e a que será aplicada.

3.5 O princípio da proibição da prisão perpétua, no Códex Constitucional Brasileiro e o TPI

Para se confirmar a relevância da temática do presente trabalho torna-se primordial observar a preocupação do legislador pátrio em preservar os direitos e garantias fundamentais, leia-se, também, implicitamente, o princípio do “ne bis in idem”, portanto, assim, objetivou-se proteger o homem de si mesmo.

No Brasil, nos últimos anos, por meio de alguns canais de comunicação, percebe-se que, de forma contumaz, vem sendo alardeada a informação, que o País vive em um estado de violência descontrolada e, em quase todas as esferas do governo, bem como da sociedade civil, é possível se deparar com o germe da corrupção, tal realidade social é notória. Algumas pessoas mais exaltadas e desesperançadas vivem uma espécie de mantra diário: “violência, violência, violência, corrupção, corrupção, corrupção”.

A celeuma violência e combate à corrupção, que estava sendo avocada pela população brasileira, traz consigo, também, soluções possíveis para a grave problemática, entre elas destacavam-se a adoção a prisão perpétua, pena de morte, castração química e uma série de impensáveis atrocidades desumanas. Torna-se mister lembrar que, a CRFB/1988 não permite

a possibilidade de positivação de tais anseios em seu corpo constitucional, constata-se tal verdade ao se fazer a leitura do art. 60, § 4º, especificamente, inciso IV, do referido texto legal, eis o que diz a íntegra da norma vertical:

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.

Diante do exposto, o que foi abordado acima versa sobre dispositivos constitucionais de forma, veementemente, concisa e sem rodeios, que: - a pena de prisão perpétua, bem como penas cruéis, a prática de tortura e a pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, não serão admissíveis, pois tratam-se de mandamentos constitucionais muito mais rígidos, em que flexibilizações não são plausíveis neste contexto, porquanto tratar de aprovar lei ou proposta de emenda constitucional tendente a abolir *cláusulas pétreas*, é pensamento negativista e retrógrado e, sequer seria objeto de deliberação nas casas do Congresso Nacional, a saber Câmara de Deputados e Senado Federal. Isto posto, o § 4º, do art. 60, da CRFB/1988, é claro e não deixa brechas às infiltrações de dispositivos, que possam tentar atingir direitos e garantias fundamentais.

E para ratificar tais fundamentos, a própria Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, esclarece que seu arcabouço jurídico é protegido sob o manto dos pressupostos de intangibilidade de determinadas cláusulas constitucionais, ou seja, que não se

pode abolir, delimitar ou removê-lo, senão, salvo 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, eram impostos à sociedade, como à época da escravidão no Brasil ou às inquisições impostas pelo fanatismo religioso em face dos cidadãos mais vulneráveis e em prol de um sistema sacrossanto devasso como era. Em alguns contextos, ainda permanece até os dias atuais como, por exemplo, os casos de rituais de seitas ocultistas.

E para fechar a devida argumentação em deslinde, pretende-se demonstrar que os tórridos exemplos do passado não devem ter permissão para, de forma alguma, adentrar em nosso ordenamento jurídico, ou seja, o Brasil não deve adotar em seu sistema constitucional ou penal, nada que venha a ferir o Princípio da Dignidade Humana, portanto, explicita-se a necessidade de que continue insuportável a possibilidade de aplicação da pena de morte, prisão perpétua e penas cruéis. Importante destacar, que o Direito não deve ser empregado como ferramenta de feroz vingança, mas tão somente como instrumento de Justiça.

O significado último 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 de 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, que lhe assegure o contraditório e a ampla defesa, mesmo que em algum momento do rito processual, venha o

condenado a sofrer certa reprimenda, espera-se que esta jamais seja eterna, como o caso da prisão perpétua ou da 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 ordenamento jurídico pátrio, posto que, não se teria garantias de vida e renovação, mas sim de cárcere eterno e morte, pontua-se.

Assim sendo, com os grandes avanços observados, na contemporaneidade, não somente no arcabouço jurídico brasileiro, mas também no ordenamento jurídico de inúmeras outras nações a constatação de que o Ser Humano, tanto o suposto arguido, quanto o que se encontra na posição de legislador, não são os mesmos de outrora.

Graças ao que se chama solidariedade e amor ao próximo, na escala evolutiva, ambos não são os mesmos, muitos entre os primeiros, se arrependeram de suas faltas, e vários, entres os últimos, repensaram sua igual posição enquanto Seres Humanos, e no lugar de utilizarem a ferramenta do Direito como instrumento de ódio insaciável, o Direito tem se tornado ferramenta de justiça, como sempre deveria ter sido.

A seguir, importante estudo se faz pertinente sobre o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça em relação a sentenças oriundas do TIP.

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

Como a temática do presente Trabalho de Conclusão de Curso não tem como objetivo principal o estudo da competência da homologação de sentença de Tribunal estrangeiro pelo Superior Tribunal de Justiça, STJ, mas sim, o estudo do princípio constitucional e internacional do “*ne bis in idem*” à luz do sistema constitucional, penal e processual brasileiro, entretanto, não se pode olvidar que o mesmo sofreu uma fundamental agregação internacional no seu referido conteúdo histórico.

Embora superficial, optou-se pela explanação quanto ao Estatuto de Roma e o Tribunal Penal Internacional para que se possa retornar à temática principal, visto que, na introdução desta presente obra, obrigatoriamente, foi mencionada a necessidade de se fazer, vez por outra, a contextualização histórica e bibliográfica sobre o tema, viabilizando a compreensão sobre a matéria em estudo e, constatar a sua relevância jurídica e social, por meio da averiguação de muitos conceitos e temas pertinentes. Assim sendo, percebeu-se a existência de certa estrutura obrigatória imposta pela própria temática, que não se pode esquivar à apreciação.

Em poucas palavras, diz-se da competência do STJ para homologar e dar cumprimento as sentenças proferidas pelo Tribunal Penal Internacional.

Desta forma, o art. 105, inciso I, alínea i, da CRFB/1988, 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) discorda ao afirmar 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 da Constituição Federal brasileira, referem-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 de soberania do Estado, que, posteriormente, não pode valer-se da mesma soberania para obstar o exercício de tal jurisdição. (PIOVESAN, 2013, p. 267).

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

Também não tem competência para aprovar a execução interna de quaisquer decisões interlocutórias 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 solução desse suposto impasse resolve-se por meio da hermenêutica jurídica, de forma que há a compreensão que o STJ possui somente competência constitucional para homologar sentenças oriundas de Estados estrangeiros, não abrangendo as

sentenças de Tribunais Internacionais, assim, o referido tribunal tem jurisdição sobre o próprio Estado, como é o caso do Tribunal Penal Internacional.

Portanto, posiciona-se contrariamente aos princípios internacionais, que buscam direcionar a sociedade de modo a proteger os direitos e garantias fundamentais, seria um agravo à segurança jurídica de que faz parte o Estado concordante com as cláusulas de adesão aos Tratados Internacionais, de forma que não haveria proteção internacional alguma aos supracitados direitos. Assim, a homologação de sentença, por parte do STJ, não se aplica ao TPI, porque o referido Tribunal é um 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.

A seguir, no que tange ao princípio do “*ne bis in idem*”, dentro do território nacional, abordar-se-á a funcionalidade efetiva do referido princípio.

3.7 O “*ne bis in idem*” no Brasil e suas implicações finais frente aos fatos da *práxis*

A não aplicação do princípio da proibição da dupla condenação do agente pelos mesmos fatos configura lesão a direitos e garantias fundamentais que encontra previsão principiológica fundada no § 2º, do art. 5º, da CRFB/1988, 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. (BRASIL, 1988).

Para que melhor se entenda o primado da previsão legal da não possibilidade de se processar ou da não punição de um indivíduo pelos mesmos fatos e circunstâncias, torna-se mister saber qual embasamento jurídico, se origina na garantia legislativa constitucional, penal, processual penal e nas leis internacionais recepcionadas pelo Brasil, 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 a obrigação de proteção à cidadania - art. 1º, inciso II -, à dignidade da pessoa humana - art. 1º, inciso III, construir uma sociedade livre, justa e solidária - art. 3º, inciso I, prevalência dos direitos humanos - art.

4º, inciso II, sendo estes dentre muitos, sinônimo de garantias constitucionais de proteção dos cidadãos brasileiros e estrangeiros residentes ou de passagem por este País.

Conforme o Código de Processo Penal, em seu art. 95, inciso III podem ainda ser opostas as exceções de litispendência, no âmbito de instauração processual, por fato contextualizado em momento próximo passado idêntico ao discutido em feito anterior, de modo que, dessa forma, se apresenta a figura da litispendência. Se o fato for julgado, definitivamente, defronta-se com uma clara ofensa em relação à coisa julgada, art. 95, inciso V e art. 110, do mesmo livro. Assim sendo, em tais situações, existe a proibição de que o mesmo fato concreto seja subsumido a outras normas incriminadoras.

Para o eminente professor e Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo, André Estefam (2010, p. 122) – “[...] se o agente desfere diversos golpes de faca contra uma pessoa, num contexto, visando matá-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-ia 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 manter 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 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 antecedentes 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, será possível observar uma comparação da aplicação do referido princípio, por intermédio de sua distribuição de justiça em território nacional, por meio de Sentenças, Habeas Corpus – HC's, Acórdãos, Ordem de Trancamento de Ação Penal, ou ainda, ação diversa do ramo do direito, mas que proteja o bem jurídico do homem, neste caso, a liberdade e o direito de ser submetido a um processo justo, bem como qualquer outro meio dispositivo, que possa ser expedido pelos Tribunais de Justiça, como por exemplo, os proferidos pelos estados do Ceará, Mato Grosso do Sul, e por último, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

Posteriormente, será analisado um breve julgado do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e, logo após, serão analisadas outras decisões dos Tribunais de Justiça do Brasil.

3.7.1 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 deve ser julgado duas vezes pelo mesmo motivo (contextualização em Língua Portuguesa).

O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, segundo o historiador Torres (2011, p. 94), assevera motivado desejo de justiça, inovação tecnológica e de administração

política de sua Justiça, eis que o artigo 54.º, da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen – CAAS -, de 14 de Junho de 1985, entre os Governos dos Estados da União Económica Benelux, da República Federal da Alemanha e da República Francesa pontua em relação à supressão gradual dos controlos nas fronteiras comuns, assinada em 19 de Dezembro de 1990, em Schengen, e 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 acepção desse artigo 54.º, cabendo às instâncias nacionais competentes a apreciação definitiva deste aspecto.

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

O princípio “ne bis in idem”, consagrado no artigo 54.º da referida Convenção, 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 actualmente em curso de execução ou não possa já ser executada, segundo a legislação da parte contratante em que a decisão de condenação foi proferida. (PORTUGAL. Convenção da União Europeia). (Grifos nossos).

O contexto acima exemplificado, denominado caso Turanskí, foi fato real, de um recurso interposto pela Comissão Responsável por resolver a questão, por intermédio de uma declaração de que a República da Áustria havia violado o artigo 43º, 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, 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 43º, 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 Arbeitsmarkservice 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.

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

A suprema Corte Federal de Justiça do Brasil decidiu, inúmeras vezes, a favor de trancamentos de ações penais ou litígios em outras áreas do direito, quando verificada a ocorrência da dupla punição do agente pelos mesmos fatos ou em sua dupla identificação, nas palavras de Damásio de Jesus (2012, p. 54), neste caso, sendo material, quando a pessoa sofrer duas penas em razão do mesmo crime, e formal, pois ninguém poderia, pelo menos em tese, sofrer dois processos ao mesmo tempo, sendo julgado pelos mesmos eventos, isto é, mesmos fatos.

No presente trabalho, não se lançou mão de mapeamentos, porém, tais ocorrências são tão repetitivas, que se tornaram notórias e clarividentes à luz do enfrentamento processual 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 comparativo por equivalência:

Quadro 1 - Comparativo dos Códigos de Processo Civil de 1973 e 2015

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>

Fonte: Autoria Própria.

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 a 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-DF, Jesuino Rissato, que 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). (G. N.).

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). (G. N.).

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, mais conhecida como Pacto de San 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 San 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 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, V.1, p.475).

E, nesse raciocínio lógico se diz que a proibição da aplicação da penalidade ao agente transgressor da norma penal, quando já processado ou condenado duas vezes pelo mesmo fato e circunstância, não poderá prosperar porque transgredirá, brutalmente, o preceito de justa punição, ou seja, retirará a legitimidade e o caráter de distribuidor de Justiça tutelado pelo Estado Democrático de Direito em razão da política criminal.

Mesmo assim, na CRFB/1988, diz em seu art. 5º, inciso XXXVI: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Portanto, não será novidade que qualquer julgador sem intenções terceiras, reconheça esse direito, isto é, o princípio da coisa julgada, como fundamento de reconhecimento do fenômeno “ne bis in idem”, pois se opor ao reconhecimento de tal princípio ante seus requisitos formais e materiais, será inconcebível irresponsabilidade no comando de um *arbitrium* no caso concreto em si.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho de conclusão de curso, procurou analisar o termo conceitual do princípio da garantia constitucional de que ninguém poderá, no Brasil, ser punido duplamente, isto é, seja, processado e condenado duas vezes pelos mesmos fatos, sintetizada, na seara jurídica, pela expressão latina “*ne bis in idem*”, de forma que a temática em comento, foi obra que o pesquisador bibliográfico, buscou por meios informativos conceituar e dizer, neste caso, como houve o seu surgimento e qual a sua utilidade.

Assim, percorreu-se à investigação por meio de diversas fontes bibliográficas e eletrônicas, que vão desde os processos inquisitórios até à contemporaneidade, e por fim, descobriu-se como se revela o direito positivado e os diversos entendimentos dos doutrinadores pátrios e estrangeiros quanto ao posicionamento do judiciário no que tange à competência constitucional e penal do objeto estudado.

De modo que, foram analisados os diversos contextos históricos, começando pelo Código de Hammurabi, conhecido também como a Lei de Talião, a Bíblia Sagrada (Velho Testamento), o Direito Europeu, Tratados e Convenções Internacionais, bem como o Direito Brasileiro.

Importante salientar que, a investigação referente ao tema, teve como parâmetro o ordenamento jurídico interno em suas diversas vertentes, porém com maior aprofundamento na linha pertinente à presente pesquisa, o Direito Constitucional, Penal e Processual Penal, outrossim, amparado em doutrinadores dos mais ilustres da cultura jurídica e dos Tribunais Estaduais e da Suprema Corte brasileira. Abordou-se ainda, os princípios norteadores dos Direitos e Garantias Fundamentais, ou seja, os arts. 1º ao 5º c/c art. 60 e 105, da CRFB/1988, que são institutos basilares da Norma Constitucional, Penal e Processual Penal que garantem a liberdade e a dignidade humana.

No transcorrer das pesquisas, houve a constatação que o princípio do “*ne bis in idem*” foi, primeiramente, mencionado por Deus, no Velho Testamento, por meio de Nahum, o “Elcosita”, 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). Portanto, desde os primórdios o Soberano cuidava em não extrapolar os limites de uma única sentença para situações idênticas, neste caso, manifestando-se o rito processual de que um indivíduo não pode ser punido uma segunda vez pelos mesmos fatos, tratando-se do mesmo sujeito.

Oportunamente, sob a ótica investigativa bibliográfica, sucedeu o esclarecimento concernente sobre o que é Direito Penal, sobretudo no ensino de Américo Führer (1994, p.13),

que assevera o Direito Penal como o ramo do direito público que define as infrações penais, estabelecendo as penas e as medidas de segurança a serem adotadas, bem como se deu a fundamentação teórica com uma gama de constitucionalistas, processualistas e penalistas dos mais renomados do Brasil e do exterior, para que se pudesse propiciar um mínimo conceitual 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 instrumento apropriado para minorar o sofrimento daqueles, que suportavam uma acusação, visto que, à época dos fatos, não se dispunha do devido processo legal. Isto posto, o sistema penal punitivo se baseava, exclusivamente, na forma inquisitória, reclamava Cesare de Beccaria (1999, p. 11 - 12), em sua obra **Dos Delitos e das Penas**.

E para que se alcançasse os fenômenos, que subsidiariam o princípio da negação da dupla condenação do indivíduo pelos mesmos fatos, fonte do 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.

Importante observação se faz necessária, pois enquanto os romanos zelavam pelo cumprimento da lei, com o objetivo de oferecer a mínima garantia de que o réu fosse ouvido em suas razões de defesa, a mesma Roma, isto é, a Igreja, revestida com o poder que Deus, incrivelmente, lhe concedeu, usava o Código Canônico, no conhecido sistema religioso da época e dizimava a vida de inúmeras pessoas, em prol da busca da verdade real, porém, sem observar as 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.

Em seguida, depreendeu-se uma sistemática mais aprofundada sobre a coisa julgada e a lei penal no espaço, houve ainda pesquisas relacionadas a lei penal estrangeira sobre a nacional, debruçou-se sobre o art. 8º, CP, aspectos da extradição também foram matéria de estudo, bem como, à luz da competência do Superior Tribunal de Justiça do Brasil, e as suas reservas constitucionais do art. 105, CRFB/1988, frente aos direitos convencioneados supranacionais e internamente, a saber, advindas do TPI, de como o teor jurídico deveria ser recepcionado, pode ser verificado, no que tange aos princípios, quais poderiam apoiar o desenvolvimento do referido princípio objeto da temática que originou o título do presente Trabalho de Conclusão de Curso.

De grande relevância é o despacho de arquivamento de um processo, pois forma um caso julgado, ou seja, no meio jurídico, coisa julgada, pode ocorrer quando há prova robusta

de não se ter apurado crime algum ou de que o arguido não o tenha praticado, ainda quando são conhecidas nulidades, irregularidades ou pressupostos processuais, que obstam o conhecimento do mérito da causa em discussão, no contexto de dispensa da pena e quando se atesta a constatação de imposições, passíveis de determinar a suspensão provisória do processo.

Nesta ordem lógica, portanto, não se deve furtar o defensor da parte ré, a verificar se não há repetição de pretensão punitiva, que possa macular a forma processual, a circunstância material, e não saia a parte mais fragilizada, na lide, 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 a partir do conjunto probatório da culpabilidade até o rito processual, deve-se originária e, fundamentalmente, à proteção do cidadão, e, à garantia da segurança jurídica como valor fundamental de Estado Constitucional de Direito ancorado na Democracia, bem como nos princípios da legalidade, da proporcionalidade das penas, conforme CRFB/1988, art. 5º, XLV – nenhuma pena passará da pessoa do réu -, e da culpabilidade, portanto, do devido processo legal, art. 5º, LIV e LV, da mesma carta constitucional.

Confirmou-se que o Brasil adota tratados e convenções internacionais, que intentam 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 direitos e garantias fundamentais, como é o caso do art. 5º, XLII, art. 105, e da EC nº 45 todos da CRFB/1988. Eles orientam as garantias do cidadão perante o Estado com seu poder de punir e a EC, em deslinde regulamenta certos poderes e deveres do Judiciário brasileiro, pois planejou a reforma do sistema jurisdicional pátrio.

Por tudo quanto se expôs, se tornou evidente que o princípio do “ne bis in idem” é um direito fundamental do Homem que se acentua 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 Constitucional de Direito, mas também nos princípios da legalidade, da proporcionalidade das penas e da culpabilidade com fundamento na previsão, legalmente, preestabelecida para que se torne idônea e digna de seu devido cumprimento.

No que concerne a sistemática de incorporação dos tratados e acordos internacionais, em território pátrio, o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal Federal não é acatado como corrente majoritária pela doutrina, pois a Suprema Corte se manifestou de forma a conferir aos tratados, tanto aos que abarcam normas gerais quanto aos que tutelam normas

sobre Direitos Humanos, aplicação não imediata, exigindo recepção obrigatória, por meio de um decreto de execução, bem como lhes atribuindo status de normas infraconstitucionais.

Entretanto, antes da EC nº 45/2004, que propiciou a inserção no texto constitucional, do § 3º, do art. 5º, da Carta Magna, a incorporação dos tratados e acordos internacionais, que versassem sobre Direitos Humanos dispunham de aplicabilidade imediata, cujo embasamento jurídico norteava-se pelo art. 5º, § 1º (não revogado), da CRFB/1988 e status de norma constitucional. Obviamente, que a insatisfação dos operadores do direito torna-se justificável quando se vislumbra que a não aplicabilidade imediata compromete a celeridade e, conseqüentemente, a eficácia dos referidos tratados e acordos internacionais de Direitos Humanos.

A problemática poderia ser solucionada mantendo-se as duas sistemáticas de incorporação dos tratados e acordos internacionais, porém, os tratados que versem sobre Direitos Humanos teriam incorporação instantânea, os demais tratados não teriam aplicabilidade imediata, ou seja, estariam suscetíveis ao crivo legislativo antes de adentrarem ao ordenamento jurídico pátrio, e ambas as normas passariam a ter status de emendas constitucionais.

Em última análise, pode-se entender que desrespeitar a coisa julgada é um gravíssimo atentado à Dignidade da Pessoa Humana, pois trata-se de submeter um ser humano, novamente, aos flagelos processuais, que mesmo sendo muito traumáticos, não são piores do que a exposição e a humilhação pública. É ter o seu bem mais precioso, sua dignidade, duplamente, espezinhada.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo, SP: Atlas, 2002.
- ALMEIDA, João Ferreira de. **A Bíblia Sagrada**. Traduzida em Português. rev. e atual. no Brasil. 2. ed. Barueri, SP: 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. **Lei de Procedimento Administrativo, nº. 9.784**, de 29/01/1999.
- _____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. De 24 de fevereiro de 1891.
- 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, MG: Del Rey, 2005.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Portugal, Coimbra, Almedina: Imprensa, 2002.
- CASTRO, Flávio Lages de. **História do Direito Geral e do Brasil**. 7. ed. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2009.
- _____. **Código Penal Brasileiro**. 1940.
- _____. **Código de Processo Penal**. 1941.
- _____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. 1891.
- _____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. De 05 de outubro de 1988.
- CONWAY, G. **Ne Bis in idem in international Law: Revisão Internacional de Direito Penal**. V. 3. Koninklijke. Impresso na Holanda, 2003.
- CORREIA, António Simões. **Dicionário de Adágios e Princípios Jurídicos**. Lisboa: Livraria Ferin, Lda 1959. V.2.
- 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. Coimbra: Livraria Almedina, 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).**

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

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

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

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

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

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

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

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

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 4. ed. Rio de Janeiro, RJ: Impetus, 2004.

GONÇALVES, Victor Eduardo; REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Direito processual penal esquematizado**; coordenador Pedro Lenza. 2. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2013.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1958. V. 1. T. I.

JESUS, Damásio. **Direito Penal**. volume 1: parte geral – 33. ed. - São Paulo: Saraiva, 2012.

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

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

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Campinas: Bookseller, 1997. V. 2.

MATTA, José Caeiro. **Direito Criminal Português**. V. I. Editora F. França Amado: Coimbra, 1911.

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, 2011.

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

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

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

MUÑOZ CLARES, José. **Ne Bis In Idem Y Derecho Penal: Definición, Patología y Contrarios**. 1ª ed. Murcia: DM, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado: estudo integrado com processo e execução penal, apresentação esquemática da matéria, jurisprudência atualizada**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2013.

RAMOS, Vânia Esteves Costa Henriques – **Ne Bis In Idem e Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça um Princípio Fundamental de Direito da União Europeia?** Tese de mestrado em ciências jurídico-criminais, edição policopiada, Faculdade de Direito da universidade de Lisboa, 2007.

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

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.

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

TRIEPEL, Carl Heirich. **Curso de Direito Internacional Público**. 2. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 59.

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

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

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.

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

MATERIAIS DISPONÍVEIS EM SITES

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). Disponível em: <<http://tjms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4101635/habeas-corpus-hc-32117>>. Acesso em 21 fev. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. **ADin.3.112**. <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/12605/habeas-corpus-hc-79805>> Acesso em: 23 fev. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmulas**. <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>> Acesso em: 22 fev. 2017.

_____. 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> Acesso em: 24 fev. 2017.

_____. **Tribunal de Justiça da Convenção Europeia**. Decisões e Julgados. D.Sociedades/P.Jurídicas, DPPI, Extranjería, Jurisprudencia, M.Capitales, TJCE. Disponível em: <<http://conflictuslegum.blogspot.com.br/2008/12/tribunal-de-justica-de-la-comunidad.html>>. Acesso em: 13 abr. 2017.

_____. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. **Habeas Corpus. 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. Disponível em: <<http://tjms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4101635/habeas-corpus-hc-32117>> Acesso em: 10 mar. 2017.

_____. 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 fev. 2017.

_____. **Código Federal de Procedimientos Civiles**. Delma. 4ta. Ed. México 1992. <<http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/4/>> Acesso em: 18 fev. 2017.

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>>

Acesso em: 21 abr. 2017.

CANOTILHO. José Joaquim 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>
Acesso em 23 fev. 2017.

_____. **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> Acesso em: 14 fev. 2017

ESPAÑA. **Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Julgados**. Publicado 22- dez. 2008. Disponível em: <<http://conflictuslegum.blogspot.com.br/2008/12/tribunal-de-justica-de-la-comunidad.html>> Acesso em: 16 abr. 2017.

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 24 fev. 2017.

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>> Acesso em: 18 abr. 2017.

GOMES, Bruna Martins. Reflexos do sistema constitucional francês na Constituição Federal brasileira. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4245, 14 fev. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31725>>. Acesso em: 13 out. 2017.

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://www.derechoycambiosocial.com/revista043/APLICABILIDADE_DO_PRINCIPIO_DO_NON_BIS_IN_IDEM.pdf> Acesso: 20 jan. 2017.

INGLATERRA. **Magna Carta do Rei João Sem Terra**. 1215. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Magna_Carta> Acesso em: 31 abr. 2017.

JAPIASSÚ. Carlos Eduardo Adriano. O princípio do ne bis in idem no Direito Penal Internacional. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano IV, Nº 4 e Ano V, Nº 5 - 2003-2004. Disponível em:
<<http://www.uniflu.edu.br/arquivos/Revistas/Revista04e05/Docente/07.pdf>> Acesso em:
Acesso emm: 17 out. 2017

MARQUES, José Frederico. <Disponível em: www.millenniumeditora.com.br> Acesso em: 29 set. 2017.

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> Acesso em: 25 jan. 2017.

MÉXICO. **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.** Porrúa. Col. Porrúa. Ser. Leyes y Códigos de México. México, 2005. <<http://www.derecho.unam.mx/investigacion/publicaciones/librosfac/pdf/pub03/10DrNava.pdf>> Acesso em: 30/04/2017

PORTUGAL. **República e Legalidade. Constituição Portuguesa.** 1911. Anexa, cópia. Disponível em: <<http://www.laicidade.org/wp-content/uploads/2006/10/constituicao-1911.pdf>> Acesso em: 24 abr. 2017.

SAGER, Peter . **Oxford and Cambridge: An Uncommon History** [S.l.: s.n.], 2005. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/International_Standard_Book_Number> Acesso em: 23 fev. 2017.

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. **Julgar**, Coimbra: editora Coimbra, 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>> Acesso em: 14 abr. 2017.

_____. **União Europeia. 16:** maeci, 2012Gabinete 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>> Acesso em: 19 abr. 2017.

U. S. CONSTITUTION

Disponível em: <https://www.usconstitution.net/xconst_Am5.html> Acesso em: 17 out. 2017