

Editores

João de Almeida
João Luiz da Silva Almeida

Conselho Editorial

Adriano Pilatti
Alexandre Morais da Rosa
Ana Alice De Carli
Diego Araujo Campos
Emerson Garcia
Firly Nascimento Filho
Flávio Ahmed
Frederico Price Grechi
Geraldo L. M. Prado
Gina Vidal Marçilio Pompeu
Gisele Cittadino

Gustavo Noronha de Ávila
Gustavo Sénéchal de Goffredo
Helena Elias Pinto
Jean Carlos Fernandes
João Carlos Souto
João Marcelo de Lima Assafim
João Theotônio Mendes de Almeida Jr.
José Emilio Medauar
Lúcio Antônio Chamon Junior
Luigi Bonizzato

Luis Carlos Alcoforado
Manoel Messias Peixinho
Marcellus Polastri Lima
Marcelo Ribeiro Uchôa
Marco Aurélio Bezerra de Melo
Ricardo Lodi Ribeiro
Roberto C. Vale Ferreira
Sérgio André Rocha
Victor Gameiro Drummond
Sidney Guerra

Conselheiro benemerito: Marcos Juruena Villela Souto (*in memoriam*)

Conselho Consultivo

Andriya Mendes de Almeida Scherer Navarro
Antonio Carlos Martins Soares
Artur de Brito Gueiros Souza

Caio de Oliveira Lima
Francisco de Assis M. Tavares
Ricardo Máximo Gomes Ferraz

Filiais

Sede: Rio de Janeiro
Centro – Rua da Assembleia, 36
salas 201 a 204.
CEP: 20011-000 – Centro – RJ
Tel. (21) 2224-0305

São Paulo (Distribuidor)
Rua Correia Vasques, 48 –
CEP: 04038-010
Vila Clementino – São Paulo – SP
Telefax (11) 5908-0240

Minas Gerais (Divulgação)
Sergio Ricardo de Souza
sergio@lumenjuris.com.br
Belo Horizonte – MG
Tel. (31) 9296-1764

Santa Catarina (Divulgação)
Cristiano Alfama Mabilia
cristiano@lumenjuris.com.br
Florianópolis – SC
Tel. (48) 9981-9353

Ne Bis in Idem

História, Teoria e Perspectivas

4. CONTRIBUTO PARA A DENSIFICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM*

Depois de relatados os aspectos universais do princípio do *ne bis in idem*, sua evolução e sua configuração nos mais diversos cenários de direito internacional e estrangeiro, aliados à constatação da inexistência de diferença estrutural entre o ilícito penal e o ilícito administrativo, é chegado o momento de indicar o que se entende como o verdadeiro sentido e o alcance de um dos mais basilares princípios de tutela da liberdade do homem.

Assim, considerando-se que a presente investigação é motivada pela necessidade de compreender os horizontes do princípio do *ne bis in idem*, espera-se contribuir, por meio das proposições adiantes enunciadas, com o debate sobre a necessidade de se atribuir concretude às garantias por ele enunciadas.

Sem abdicar do que já foi assegurado, pretende-se ir mais além, abrindo-se novas vias de reflexão, descobrindo-se novos ou, melhor, genuínos sentidos do princípio do *ne bis in idem*.

4.1. Significado

Em respeito à unidade que deve ter o pensamento jurídico, retornando-se às bases do direito ático, como forma de reconstrução da tradução genuína do princípio do *ne bis in idem*, entende-se que este deve corresponder a um princípio geral de direito, elevado, hodiernamente, a direito fundamental do indivíduo, pelo qual se proíbe a pluralidade de consequências jurídicas derivadas de uma só conduta e sob os mesmos fundamentos.

Preferiu-se não utilizar, na conceituação proposta, expressões como processo, julgamento, pena ou sanção, optando-se por incluir no espectro de proteção dado pelo princípio do *ne bis in idem* uma proibição fundada na impossibilidade de repetição de qualquer consequência jurídica de natureza sancionadora decorrente dos mesmos fatos e dos mesmos fundamentos, a qual bem expressa a percepção sistêmica aqui invocada.

Isso porque, por força da unidade do *ius puniendi* do Estado, consistindo o direito administrativo sancionador e o direito penal em manifestações de uma mesma singularidade, qualquer consequência de natureza punitiva aplicada por essas esferas possui aptidão de gerar os efeitos do *ne bis in idem*.

No sentido aqui preconizado, cita-se a observação de Muñoz Clares, para quem, pela mesma razão pela qual “o toque da tecla de um piano dá lugar a um único som, um só fato deve dar lugar a uma só consequência jurídica estabelecida pelo direito sancionador”.⁵¹³

É que, aplicada uma determinada sanção a uma específica conduta, ocorre o exaurimento da reação punitiva ou, como diz o Tribunal Constitucional da Espanha, “la reacción punitiva ha quedado agotada”,⁵¹⁴ proibindo-se a multiplicação dos efeitos jurídico-punitivos advindos de um mesmo fato.

Importante também mencionar-se que a proibição de qualquer “gravame” incidir negativamente duas vezes sobre o mesmo assunto não é exclusiva do direito punitivo, sendo possível encontrar manifestações dessa proibição em assuntos alheios à esfera sancionatória,⁵¹⁵ como já notara Demóstenes, quando se insurgiu contra a lei de Leptino.⁵¹⁶

Enfim, não se olvidando do pensamento de Quintiliano, quando disse que a fórmula *bis de eadem re ne sit actio* não era muita esclarecedora (*genus*

ex iure obscure),⁵¹⁷ apresenta-se o significado do princípio do *ne bis in idem*, em uma síntese mais ampla possível, como o direito do indivíduo à unicidade de (re)ação do Estado contra a mesma pessoa, com base nos mesmos fatos e nos mesmos fundamentos.

4.2. Fundamento

No capítulo 1, foram relatados que são multiformes as *rationes* atribuídas pela doutrina ao princípio do *ne bis in idem*. Sem embargo da extrema relevância daqueles fundamentos, objetivando-se ser coerente à proposição formulada quanto ao sentido do *ne bis in idem*, defende-se que a *ratio* desse princípio fundar-se-ia na interdição de uma quase ilimitada possibilidade sancionatória do Estado, como efeito ou consequência do anterior exercício do *ius puniendi*.

Ressalta-se que isso não significa dizer que os outros argumentos devam ser rechaçados. Até porque, analisando-se as razões neles aduzidas, percebe-se que, na verdade, correspondem a reflexos da impossibilidade de determinada infração à lei continuar gerando efeitos, a não ser, evidentemente, de cunho executório, após a prolação de decisão definitiva sobre tal questão.

Com efeito, nos enunciados invocados a favor dos princípios da legalidade, tipicidade, proporcionalidade e culpabilidade como fundamentos do *ne bis in idem*, encontram-se expressões que traduzem fielmente a impossibilidade da renovação do *ius puniendi* estatal em face dos mesmos fatos e fundamentos, a saber:

- a) o princípio do *ne bis in idem* configura-se como direito fundamental do cidadão frente à decisão do poder público de castigá-lo por fatos que já foram objeto de sanção como consequência do anterior exercício do *ius puniendi*;⁵¹⁸

513 MUNÓZ CLARES, José. *Ne bis in idem y derecho penal: definición, patologia y contrarios*. Murcia: Editorial DM, 2006. p. 259.

514 ESPANHA. Tribunal Constitucional. STC 154/1990. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.es>>. Acesso em: 13 set. 2009.

515 No sentido dessa assertiva, traz-se à colação o seguinte julgado: “a incidência da taxa SELIC a título de juros moratórios, a partir da entrada em vigor do atual Código Civil, em janeiro de 2003, exclui a incidência cumulativa de correção monetária, sob pena de *bis in idem*”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg nos EDcl no Ag 1401515/PR*, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em: 10 abr. 2012, DJe: 16 abr. 2012. E ainda: “haveria injustiça se o Fisco exigisse que a contribuinte, além de recolher PIS/Cofins sobre suas vendas, pagasse essas mesmas contribuições (que incidem sobre a receita bruta) também sobre o valor do creditamento relativo ao insumo. Ocorreria, nessa situação hipotética, *bis in idem*, pois o vendedor do insumo já recolheu, em tese, a contribuição que recai sobre essa receita”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1118274/PR*, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em: 16 set. 2010, DJe: 04 fev. 2011.

516 A lei de Leptino dizia respeito à situação não-penal, especificamente imunidade tributária, havendo Demóstenes, em seu discurso, aduzido que: “[...] as leis proibem proceder judicialmente duas vezes contra a mesma pessoa pelos mesmos fatos, quer se trate de ação civil, de prestação de contas, [...] ou de qualquer outro pleito desse gênero”. MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do *ne bis in idem* e a Constituição brasileira de 1988. *Boletim científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Ano 4, n. 16, jul./set., 2005. p. 19.

517 “Solet et illud quaeri quo referatur quod scriptum est ‘Bis de eadem re ne sit actio’ id est, hoc ‘bis’ ad actorem an actionem. Haec ex iure obscure”. Quintiliano *Institutiones Oratoriae* 7, 6, 4. TRACOGNA, Clara. *Ne bis in idem and conflicts of jurisdiction in the European area of liberty, security and justice*. *Lex ET Scientia International Journal (LESIJ)*, 2011. Disponível em: <<http://www.lexetscientia.univnt.ro>>. Acesso em: 31 jul. 2012.

518 ESPANHA. *Jurisprudencia constitucional, número de referencia 177/1999 (sentencia), publicación BOE 18 nov. 1999*. Disponível em: <<http://www.boe.es>>. Acesso em: 10 dez. 2011.

- b) uma vez exercida a potestade sancionadora sobre um fato, já não mais se permite o seu exercício;⁵¹⁹
- c) a aplicação de determinada sanção a um fato específico tem como pretensão esgotar o desvalor nela contido;⁵²⁰ e
- d) a sanção legalmente prevista há de ser considerada “autossuficiente”, sob uma perspectiva punitiva.⁵²¹

Por outro lado, não são poucos os que fundamentam o princípio do *ne bis in idem* na força preclusiva da autoridade da coisa julgada. Todavia, apesar de serem institutos estreitamente correlacionados, não são coincidentes. Ademais, a coisa julgada não é a única instituição que pretende salvaguardar o princípio do *ne bis in idem*, tampouco tem exclusivamente esse mister.

É que a coisa julgada é um elemento imunizador dos efeitos que a sentença projeta para fora do processo.⁵²² Assentado, substancialmente, na estabilidade definitiva das decisões judiciais exclui a possibilidade de reexame, dentro do mesmo processo, de questões já decididas – coisa julgada formal. Igualmente, desde que resolvida a pretensão processual, em termos finais, o conteúdo dessa decisão irradia-se extraprocessualmente, impedindo não apenas a renovação da relação processual resolvida, mas, principalmente, a vedação de qualquer outro procedimento, no mesmo juízo ou em juízos posteriores, sobre o objeto do processo transitado em julgado – coisa julgada material.⁵²³

519 ESPANHA. Tribunal Supremo. STS de 26 de febrero de 1985. Disponível em: <<http://www.poderjudicial.es>>. Acesso em: 21 dez. 2011.

520 GARCÍA ALBERO, Ramón. “Non bis in idem” material y concurso de leyes penales. Barcelona: Cedecs Editorial, 1995. p. 79.

521 RAMÍREZ TORRADO, María Lourdes. *El principio non bis in idem en el ámbito ambiental administrativo sancionador*. 2008. (Tese de doutoramento) - Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2008. p. 180-181.

522 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. V. 3. p. 295. Diferentemente do que pensavam os romanos, hodiernamente, sobretudo depois da construção teórica de Liebman, da primeira metade do século XX, prevalece o entendimento de que a autoridade da coisa julgada não é o efeito da sentença, mas uma qualidade, um modo de ser e de manifestar-se dos seus efeitos. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. Traduzido por Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 05-06.

523 Ressalta-se que não há dois institutos diferentes ou autônomos, representados pela coisa julgada formal e pela material. Trata-se de dois aspectos do mesmo fenômeno de imutabilidade, ambos responsáveis

Quanto aos efeitos da coisa julgada, costuma-se dizer que são dois os seus elementos. Um positivo, que é a proibição de que se decida uma pretensão processual resolvida em processo anterior, de forma diversa ao já decidido, e outro negativo, que é a proibição de que seja reformulada a pretensão processual já decidida.⁵²⁴ E é quanto a esse último aspecto que tradicionalmente se vincula o princípio do *ne bis in idem* à coisa julgada.⁵²⁵

É evidente que a consequência mais importante – ou mais imediata – do princípio do *ne bis in idem* é a proibição de cunho processual, consistente na duplicidade de procedimentos. E admite-se que essa manifestação dos efeitos do *ne bis in idem* é exercida ou cumprida pelos efeitos negativos da coisa julgada.

Entretanto, essa íntima conexão que guarda o princípio do *ne bis in idem* com a coisa julgada não corresponde à matriz fundamental desse postulado. Isso porque a coisa julgada tem por finalidade conferir estabilidade e segurança para

pela segurança nas relações jurídicas: “a distinção entre coisa julgada formal e material revela somente que a imutabilidade é uma figura de duas faces, não dois institutos diferentes”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. V. 3. p. 296.

524 É corrente a afirmação de que a coisa julgada penal produz, unicamente, o efeito excludente de reexame dos mesmos fatos – efeito, ou função, negativa –, não ocorrendo a obrigação de que outros juízos reconheçam a função positiva da coisa julgada penal, a ponto de determinar-se, prejudicialmente, em qualquer situação, o conteúdo de segunda sentença. Entretanto, recusar, por completo, o efeito positivo da coisa julgada penal não é a solução mais adequada. A questão encontra-se intimamente ligada à fundamentação da sentença, especificamente aos chamados casos amplicativos da coisa julgada, aqueles nos quais a autoridade da coisa julgada material poderá recair sobre os motivos do *decisum*. Nesse sentido: ARMENTA DEU, Tereza. *Lecciones de derecho procesal penal*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 311; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Sobre la cosa juzgada. Civil, contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del tribunal constitucional*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1991. p. 162. Sobre a eficácia *ad extra* das sentenças penais, consular: ASSIS, Araken de. *Eficácia civil da sentença penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 99 e seguintes. E mesmo não admitindo o efeito positivo da coisa julgada no processo penal, Ada Pellegrini Grinover admite, em algumas hipóteses, a existência de vinculação do *decisum* a outros juízos. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Eficácia e autoridade da sentença penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 22.

525 CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*. Tradução por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Bosch & Cia, 1950. V. 4. p. 81. Da mesma forma, para Fenech, a fórmula *ne bis in idem* era consequência da função negativa da coisa julgada. Dizia esse autor que, por *ne*, deve-se interpretar a proibição de dois processos com o mesmo objeto. E, nesses termos, “um tribunal posterior não poderá emitir qualquer decisão quando o objeto do processo foi sentenciado anteriormente”. FENECH, Miguel. *Derecho procesal penal*. Madrid: Editorial Labor S.A, 1952. V. 2. p. 529. Assim também pensava Goldschmidt, ao conceber a proibição do *bis in idem* como efeito típico da coisa julgada penal. GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1935. p. 38-42.

a saúde do sistema jurídico, especificamente das relações jurídicas atingidas pelos efeitos da sentença, enquanto o princípio do *ne bis in idem* tem por missão proteger, de forma direta, a situação jurídica do cidadão, assegurando-lhe proteção de natureza individual, representada pela unicidade da (re)ação punitiva estatal.

Não se nega, contudo, que o princípio do *ne bis in idem* influencie positivamente a imagem da justiça, com reflexos mediatos nos índices de respeitabilidade e de confiança da sociedade no funcionamento de tal sistema. Assim como não se olvida de que a coisa julgada até cumpre uma das finalidades do princípio do *ne bis in idem*, mas não esgota o seu alcance, mesmo porque não é o instrumento exclusivo de sua materialização.

Tanto é assim que a proibição (*ne*) de duplicidade de consequências punitivas (*bis*) opera efeitos impeditivos, inclusive nas hipóteses em que, pelo menos em sentido próprio ou estrito, não se pode falar de autoridade de coisa julgada quanto ao primeiro julgamento ou quanto à primeira penalidade imposta. E aí reside a diferença qualitativa entre a proteção individual exercida pelo princípio do *ne bis in idem* e a que resultaria da autoridade da coisa julgada.

Enquanto esta tem apenas vocação para proteger a estabilidade de uma decisão, aquele protege a situação jurídica individual decorrente dessa decisão, evitando que a decisão de uma outra autoridade punitiva, em aplicação de regras ou pressupostos diferentes (e por isso, sem possibilidade de pôr em causa a palavra, a *juris dictio* da autoridade que se houvera já pronunciado), possa alterar a situação já definida.⁵²⁶

Por outro lado, haja vista o imbricado vínculo entre a coisa julgada e o princípio do *ne bis in idem*, há até quem afirme que a relação entre tais institutos seria em sentido inverso à acima analisada, tendo a coisa julgada o seu fundamento na proibição do *bis in idem*.

Frederico Isasca é um dos que sustentam que “o princípio do caso julgado tem as suas mais profundas raízes no direito romano, ou talvez mesmo antes, surgindo como corolário lógico do *non bis in idem*”.⁵²⁷

No entanto entende-se que não há, pelo menos de forma precisa, como aclarar a natureza dessa inter-relação, a ponto de indicar se a coisa julgada teria, ou não, seu fundamento na proibição do *bis in idem*. Nesse sentido, transcreve-se observação de León Villalba:

Quem veio antes, e, portanto quem influenciou em quem, a proibição de *bis in idem* ou o instituto da coisa julgada? Responder a essa pergunta parece, *a priori*, uma tarefa impossível, já que para isso teria que se determinar com exatidão o momento preciso de nascimento da cada instituto bem como as funções que ambos cumpriam. Nesse sentido, devemos recordar a confusão criada na utilização de ambos institutos nos marcos do processo formulário e a interposição de requisitos que posteriormente gerou uma identidade prática em sua aplicação. Durante esse período a máxima [do *ne bis in idem*] utilizava-se como justificativa e com a mesma finalidade que a *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*, isto é, para obstaculizar a renovação de novas diligências judiciais e, portanto, foram-lhe estendidos os mesmos requisitos [...].⁵²⁸

Com efeito, a incompreensão histórica decorrente da vinculação do princípio do *ne bis in idem* à coisa julgada, acentuada pela concorrência dos mesmos requisitos no reconhecimento de ambos os institutos, deve-se à aplicação da máxima *bis de eadem re ne sit actio*, no direito romano, para impedir a renovação de questão julgada.

Daí surge a necessidade de serem analisados os argumentos invocados pelos juristas romanos nessa questão. Até porque, considerando-se a quase inexistência de literatura sobre essa questão no direito ático, há realmente de buscar-se em fontes relativas ao direito romano os traços elucidativos da matriz estrutural desse princípio.

Habitualmente, considera-se a civilização romana como a matriz do direito moderno. Todavia, não se há de olvidar que foi na Grécia onde ocorreu a transformação revolucionária do pensamento humano, tanto que, nos estudos do direito romano, reconhece-se plenamente a estreita influência da filosofia

526 RAMOS, Vânia Costa. *Ne bis in idem e União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 82.

527 ISASCA, Frederico. *Alteração substancial dos factos e sua relevância no processo penal português*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 215. No mesmo sentido: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Sobre la cosa juzgada: civil, contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del tribunal*

constitucional. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1991. p. 25. Ainda: PARDO, M.; RUBIO, E. et al. *Especial consideración de los aspectos problemáticos del principio non bis in idem en la jurisprudencia constitucional*. Disponível em: <<http://ocw.um.es>>. Acesso em: 09 ago. 2012.

528 LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. *Acumulación de sanciones penales y administrativas: sentido y alcance del principio ne bis in idem*. Barcelona: Bosch, 1998. p. 443.

grega na construção do raciocínio jurídico romano.⁵²⁹ Mesmo que não se possa atribuir aos gregos o título de juristas, no sentido intenso do vocábulo, não se nega que eles foram os grandes teóricos da *iusfilosofia*.⁵³⁰

De outra sorte, ainda que não haja consenso acerca da influência imediata do direito da Grécia Antiga no direito romano,⁵³¹ não se nega que grande parte das fontes teóricas deste último remete-se ao direito grego.⁵³² Muitos admitem, inclusive, a existência, em Roma, de compilação de leis e teorias jurídicas da Grécia Antiga, principalmente de Atenas e Esparta. A respeito disso, Arnaldo Godoy afirma que a Lei das XII Tábuas resultou da expedição romana a Atenas, “que percebida com os olhos de hoje sugere-nos operação pragmática de direito comparado”.⁵³³

529 BEVILAQUA, Clóvis. *Juristas philosophos*. Bahia: Livraria Magalhães, 1897. p. 03-07. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista>>. Acesso em: 31 jul. 2012. “A filosofia grega foi um sopro benfazejo sobre a rigidez romana”. MEIRA, Silvio A. B. *O direito romano e seus adversários: perspectivas para o futuro*. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx>>. Acesso em: 31 jul. 2012.

530 GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003. p. 75-76. Ainda sobre a importância do direito grego no desenvolvimento das instituições jurídicas ocidentais, para Fábio Vergara Cerqueira deve-se à civilização grega o sentido da universalidade da justiça: “um direito que valha de forma igual para todos cidadãos”. *As origens do direito ocidental na pólis grega*. CERQUEIRA, Fábio Vergara. Disponível em: <<http://www.tjrs.gov.br>>. Acesso em: 20 dez. 2011.

531 Abelardo da Cunha, por exemplo, é um dos que negam a influência do direito da Grécia Antiga no sistema jurídico romano. LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. *Curso de direito romano: história, sujeito e objeto do direito, instituições jurídicas*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2006. p. 45-46. Também: SALDANHA, Nelson. *A lei das doze tábuas e o direito penal romano*. Disponível em: <<http://www.unicap.br>>. Acesso em: 31 jul. 2012.

532 SANTOS, Robson Borges dos. O direito ateniense clássico e o seu legado cultural: educação política e as (proto)profissões jurídicas. *Revista online do Instituto Brasileiro de Administração do Sistema Judiciário*. Disponível em: <<http://www.ibrajus.org.br>>. Acesso em: 31 jul. 2012.

533 “Os romanos teriam estudado o direito grego ao conceberem a legislação das XII Tábuas. Embora dotados de sentido pragmático, em oposição à percepção mais metafísica da jurisprudência helênica, os romanos se apoderaram de soluções gregas, que teriam influenciado a composição do texto das XII Tábuas. Dizia-nos velho ditado que *Graecia capta ferum victorem cepit*, isto é, que a Grécia conquistada conquistou o selvagem vencedor. A parêmia identificava também a influência que o direito helênico exercera sobre a concepção jurídica romana. Ao que consta, por volta do ano de 452 a.C. os romanos Postúmio, Mânlio e Sulpício teriam estado em Atenas de modo a conhecerem o direito grego”. GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Notas introdutórias ao direito comparado*. Disponível em: <<http://www.arnaldogodoy.adv.br/artigos>>. Acesso em: 31 jul. 2012. No mesmo sentido, José Rogério Cruz e Tucci informa que teria sido enviada a Atenas uma comissão constituída por três membros (Spurius Postumius, Servius Sulpicius e Aulus Manlius), com o objetivo precípuo de estudar as leis de Sólon. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 29. Há, ainda, quem atribua ao filósofo grego Hermodoro de Éfeso, residente em Roma, a contribuição na elaboração da Lei das XII Tábuas, traduzindo e interpretando

Como mencionado no capítulo 1, o primeiro registro do princípio do *ne bis in idem* no direito romano deu-se, provavelmente, na Lei das Doze Tábuas, do final do século IV a.C., na qual constava o impedimento do *bis de eadem re agere ne liceat*. Talvez esse tenha sido o embrião da garantia da coisa julgada.⁵³⁴

E corroborando a comunicabilidade do direito greco-romano, recorda-se que a legislação de Sólon já previa a possibilidade de insurgir-se contra a renovação de questão já julgada, que poderia dar-se por meio da *exceptionem interopponito actioni ad eludendum id quod in intentionem condemnationem deducit est*.⁵³⁵ No entanto foi na *praxis* romana, sobretudo durante o período formulário, que o impedimento de discutir-se assunto anteriormente arguido em juízo, nominado *exceptio rei in iudicium deductae*, passou a exercer a mesma função da coisa julgada.

É que, relacionado aos efeitos da *litis contestatio*, havia a extinção do *ius actionum*, que era atrelado à própria relação de direito material deduzida em juízo – *deducta* –, com efeito consuntivo, expresso pela regra obstativa de nova ação.⁵³⁶ Precluía-se a possibilidade de discutir o “deduzido”, tornando-se irrelevante a arguição do “dedutível” – aquilo que poderia ter sido deduzido.

Para os romanos, o resultado do processo traduzia-se no bem da vida que o autor deduziu em juízo (*res in iudicium deducta*). Daí a extinção da obrigação e do direito de ação, de forma satisfativa. Após a celebração da *litis contestatio*, o direito do demandante já não guardava qualquer vínculo com a questão discutida em juízo, correspondendo a um novo direito, formado pelo vínculo processual entre as partes, cujo resultado deveria obrigatoriamente ser por elas aceito.

a legislação ateniense, sobretudo as leis de Dácon e Sólon. ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de direito romano*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 62-63 e p. 86. Para saber mais sobre a “helenização” da cultura romana, inclusive da jurídica, recomenda-se consultar: GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito grego & historiografia jurídica*. Curitiba: Juruá, 2008.

534 ROCCO, Arturo. *Opere giuridiche: trattato della cosa giudicata come causa di estinzione dell'azione penale*. Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1932. V. 2. p. 44-45.

535 PETIT, Samuel. *Leges atticas*, liv. IV, tit. IV in WESSELING, Peteret al. *Jurisprudentia romana et attica: continens varios commentatores, qui jus romanum & atticum, item classicos aliosque auctores veteres emendarunt, explicarunt, illustrarunt* (Google e-Livro), 1741. p. 429. Disponível em: <<http://www.books.google.it>>. Acesso em: 07 jul. 2012. No mesmo sentido: ROCCO, Arturo. *Opere giuridiche: Trattato della cosa giudicata come causa di estinzione dell'azione penale*. Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1932. V. 2. p. 34-35.

536 NEVES, Celso. *Cosa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. p. 11-12.

Em resumo, a coisa julgada era o resultado do processo – a *res iudicata*–, traduzida pela *res de qua agitur*, depois que se julgou devida ou não devida, transformando-se em “novação processual”. A *res iudicata* era o único e exclusivo efeito do *iudicatum*, a qual era entendida como efeito da sentença, que resultava da força criadora do ato judicial.⁵³⁷ Não havia necessidade de recorrer-se a outros elementos, pois “o *iudicatum* impunha ao réu uma obrigação, sancionada pela *actio iudicati*, que não diferia, em nada, das outras *obligaciones*, ou então o liberava do vínculo emergente da *litis contestatio*”.⁵³⁸

Posteriormente, a coisa julgada deixa de ser um antecedente lógico do *iudicatum* para constituir-se no próprio ato que solucionava a controvérsia – *sententia*. Por último, representava a coisa julgada a “entrega da prestação jurisdicional, quando subordinada ao monopólio do Estado”, na *extraordinaria cognitio*, até consolidar-se na codificação de Justiniano.⁵³⁹

Todavia, em todas essas fases do direito romano, a proibição de renovação tanto das questões deduzidas no processo (*res deducta*) como das dedutíveis era tida como consequência natural da repercussão do exercício da demanda e de sua posterior resolução, por força da regra geral da consunção.⁵⁴⁰

A propósito, as *Institutas* de Gaio não permitiam que as pretensões acionáveis fossem mais de uma vez efetivamente acionadas. Não era possível nova demanda pelo mesmo direito.⁵⁴¹ Assim a aplicação, no direito romano, da máxima *bis de eadem re ne sit actio*, também indicada pela expressão *bis de eadem re agere non licet*, foi a solução pragmática encontrada para solucionar eventual concorrência de ações. Independentemente do teor da decisão, deduzida a coisa em julgamento, já não era possível nova demanda pelo mesmo direito. E era por meio da *exceptio rei in iudicium deductae*, que se impedia a potestade de pleitear nova *actio*, a qual restava *perempta*.

537 OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (org.). *Elementos para uma nova teoria geral do processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 205.

538 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. Traduzido por Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 02-03.

539 NEVES, Celso. *Coisa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. p. 45.

540 LIEBMAN, op. cit., p. 03.

541 “Quando se fez comparecer o autor para a litiscontestação, a [...] *exceptio* tinha a mesma eficácia que uma *peremptória*; produzia uma definitiva *absolutio* do demandado, com força de coisa julgada; o autor perdia o pleito e não podia demandar mais”. BÜLOW, Oskar Von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003. p. 63-65.

Observa-se, da mesma forma, que, no direito romano, a significação da *res iudicata* era dada não apenas pela consumação da *actio*, mas igualmente pela força criadora da sentença, que poderia consistir em uma obrigação ao réu ou em uma liberação do vínculo criado pela *litis contestatio*. E uma vez ditada essa “condenação” ou “absolvição”, perimia-se o direito “criado” pela sentença.

Ainda acerca do sistema processual romano, destaca-se que, até pela evolução nele experimentada, com a superação da vingança taliônica para um direito de litigar, concebia-se que o direito de ação, ao ser exercitado, consumia-se integralmente, em razão da absorção do direito alegado pelo vínculo processual definido. Com isso, considerava-se a situação satisfeita, em moldes semelhantes ao que ocorria com a vingança, que, ao ser posta em prática, tinha-se como uma obrigação cumprida, no sentido de ter sido “pago” inteiramente aquilo que se devia.⁵⁴²

Desse modo, entende-se que, apesar dos referenciais do direito romano terem se voltado mais diretamente para a proibição de ordem processual do *ne bis in idem*, deles extraem-se indicações de que tal princípio tem como base a impossibilidade de um mesmo ato gerar múltiplas consequências. Inclusive pode-se aferir essa assertiva dos termos tradicionalmente encontrados nos estudos das fontes históricas para justificar a proibição de mais de um pronunciamento pelas mesmas razões, quais sejam, “consumir”, “perimir”, “exaurir”, “esgotar”, “absorver”, “pôr termo”, “extinguir”, “acabar”, “cessar”, dentre outros.

Em sentido semelhante, Muñoz Clares, utilizando expressões que remetem à doutrina da coisa julgada no direito romano, aduz que a consunção é o “motor interno” do princípio do *ne bis in idem*. Por isso propõe que poderia tal postulado ser denominado de “princípio da equivalência consuntiva fato/tipo”. É que, nessa perspectiva, para determinado fato, somente poderá ser a ele associada uma única consequência, na proporção fato/tipo.

Ao explicar essa limitação, sustenta que:

Uma vez contemplada uma conduta, a aplicação de um tipo penal ou de uma infração administrativa e, portanto, de sua consequência sancionadora, consome o fato e extingue sua vigência temporária; logo, se o Estado, em um exercício abusivo do *ius puniendi*, pretende reiniciar a persecução do fato, como tal, este já foi consumido e, assim, não cabe

542 LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. *Acumulación de sanciones penales y administrativas: sentido y alcance del principio ne bis in idem*. Barcelona: Bosch, 1998. p. 45

dele extrair nenhuma outra consequência, pois esse fato, no presente, já não tem vigência [...] e não cabe revitalizá-lo de forma alguma.⁵⁴³

Seguindo essa linha, Juliette Lelieur-Fischer afirma que restou superada a noção tradicional limitada ao efeito preclusivo processual de respeito à coisa julgada. E tal princípio há de ser compreendido com base no princípio da unicidade de ação repressiva estatal, centrado na simples constatação de que, a um ato delituoso, não pode ser dada mais do que uma resposta.⁵⁴⁴ Pendendo sobre o indivíduo já julgado a possibilidade de ser novamente processado ou condenado pelo Estado, pela prática de uma só conduta, rebaixa-se tal cidadão a objeto de tirania do quase ilimitado *ius puniendi* do Estado. Permaneceria em “estado de vida suspensa” perante a ameaça de um novo processo. E daí adviria a negação da dignidade do homem.

Por isso é que, para Juliette Lelieur-Fischer, a matriz estruturante do princípio do *ne bis in idem* funda-se na necessidade de ser respeitada a dignidade do ser humano e, conseqüentemente, de valores como coerência e racionalidade do ordenamento jurídico, vedação à arbitrariedade e ingerência do Estado, segurança jurídica individual, legalidade, proporcionalidade, entre outros.⁵⁴⁵

Essa também é a opinião de Vânia Costa Ramos, ao sublinhar que o *ne bis in idem* é um princípio essencial à efetivação da dignidade do homem, como proteção contra a imprevisibilidade da ação estatal e contra a limitação injustificada da liberdade, defendendo-se o indivíduo dos abusos do poder do Estado.⁵⁴⁶

543 MUNÓZ CLARES, José. *Ne bis in idem y derecho penal: definición, patologia y contrarios*. Murcia: Editorial DM, 2006. p. 263-264.

544 LELIEUR-FISCHER, Juliette. *La règle ne bis in idem: Du principe de l'autorité de la chose jugée au principe d'unicité d'action répressive*. 2005. (Tese de doutoramento) - Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), Paris, 2005. p. 335.

545 *Idem*, p. 370 et. seq.

546 “O *ne bis in idem* garante ao indivíduo a proteção de sua pessoa contra os incômodos, as agressões a sua esfera jurídica decorrentes da repetição de uma ação punitiva. Uma ação punitiva não é algo meramente formal, burocrático. Pelo contrário, numa ação de natureza punitiva não há qualquer momento livre de agressão aos direitos fundamentais do indivíduo visado. O complexo processual consubstancia uma violação prolongada ao direito à liberdade – manifestado na [...] aplicação de medidas coativas sobre a pessoa e sobre o patrimônio do indivíduo, obrigando a uma afetação de seus recursos financeiros para a sua defesa. Sem mencionar o efeito a nível psicológico que pode, em certas circunstâncias, transformar o processo num verdadeiro purgatório, numa infundável tormenta, num encarceramento em liberdade. Esta afetação da liberdade individual repercute-se também a nível social, através da estigmatização causada pela mera existência de uma ação penal contra o indivíduo, bem como no núcleo familiar próximo, fustigado (in)diretamente pelas implicações psicológicas,

Por todos esses argumentos, defende-se, na presente investigação, que, “ajustadas as contas”, compensada a ação do cidadão com a reação estatal, já não mais se permite a imposição de qualquer consequência jurídica. E essa afirmação não se consubstancia apenas na perspectiva de consunção do fato em razão de anterior reação punitiva, mas também como forma de se concretizar o princípio da dignidade do homem.

Como já indicava Kant, a diferença do homem dos demais seres é a sua dignidade. Sempre que o homem é tratado não como um fim em si mesmo, mas como um objeto ou meio para se atingir determinadas finalidades, sua dignidade é violada.⁵⁴⁷

E partindo-se dessa ideia, deve-se compreender que o princípio da dignidade humana impede que o homem seja convertido em objeto de perseguições permanentes, como se a espada de Dâmocles estivesse sempre pendente sobre si. É que, considerando-se que a proteção da esfera de liberdade do cidadão constitui um elemento essencial de realização do princípio da dignidade humana,⁵⁴⁸ o *ne bis in idem* somente poderia ser cumprido quando baseado na ideia de limitação do poder estatal.

Isso porque, para cada ato delituoso não pode ser dada mais do que uma resposta. Do contrário, o homem seria submetido a uma situação jurídica indefinida, indigna com a condição humana, assemelhando-se a “máquina de perseguição” a um “epulão insaciável, movida pela fobia de deixar impune o

sociais e patrimoniais sofridas pelo visado”. RAMOS, Vânia Costa. *Ne bis in idem e União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 94-95.

547 KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes. Parte I. Princípios metafísicos da doutrina do direito*. Lisboa: Edições 70, 2004. p. 146-147. e seguintes. Ainda Kant: “[...] o homem – e, de uma maneira geral, todo o ser racional – existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade” KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 58. Consultar também: COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 21 e seguintes.

548 “A natureza humana do Homem – única pelo signo da liberdade – é a razão de sua dignidade. Aniquilada a liberdade, violar-se-á sua dignidade”. RAMOS, Vânia Costa. *Ne bis in idem e União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 97. Sugere-se também consultar: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 91386, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em: 19 fev. 2008, DJe-088 de 15 maio 2008. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 87111, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em: 21 fev. 2006, DJ 23 jun. 2006. p. 70. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 5758, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em: 13 maio 2009, DJe-148 de 06 ago. 2009.

hipotético réu”.⁵⁴⁹ E, nos tempos presentes, sob o signo dos valores edificantes dos Estados Democráticos de Direito, tal desiderato já não se coaduna com a necessária tutela jurídica da liberdade dos indivíduos que estão sob o *ius persequendi* estatal.⁵⁵⁰

Em suma, consolidando-se o que se analisou, propõe-se, como fundamento axial do princípio do *ne bis in idem*, o direito de proteção do indivíduo à unicidade da (re)ação punitiva estatal pelos mesmos fatos e fundamentos, centrado no princípio da dignidade do homem.

4.3. Função

Em face do significado e do fundamento do *ne bis in idem* acima apresentados, depreende-se que a função desse princípio há de ser a interdição de que recaia, sobre uma mesma conduta objetivada juridicamente, uma pluralidade de consequências jurídicas, seja de natureza material, seja processual. E essa proibição deverá dar-se independentemente da autoridade estatal que a pronuncie.

É que o campo de atividade do princípio do *ne bis in idem* estende-se à multiplicidade de planos do *ius puniendi* do Estado, proibindo-se, a qualquer dos seus numerosos agentes, órgãos, instituições, tribunais, juízos, agências, entre outros, a realização de qualquer segunda (re)ação punitiva pelos mesmos fatos e fundamentos.

549 CORDÍ, Lorenzo. Il principio del *ne bis in idem* nella dimensione internazionale: profili generali e prospettive di valorizzazione nello spazio europeo di sicurezza, libertà e giustizia. *Indice penale*, V. 10, n. 2, 2007. p. 765. Como diz Muñoz Clares, em não sendo assim, corre-se o risco de aceitar-se manifestações “esquizofrênicas” do Estado como titular do *ius puniendi*. MUNÓZ CLARES, José. *Ne bis in idem y derecho penal: definición, patologia y contrarios*. Murcia: Editorial DM, 2006. p. 269. Acresça-se a essa advertência, a afirmação de que, nos paradigmas vigentes de persecução penal dos Estados Democráticos de Direito, já não mais se permite a busca desenfreada da ilusória “verdade material”. O juiz, ao julgar os fatos imputados ao acusado, deve escolher a hipótese mais racional dentre suas diversas reconstruções possíveis, correspondendo a verdade processual à “hipótese mais provável”, segundo os elementos de confirmação existentes nos autos, desde que subordinados aos princípios e às garantias constitucionais. A propósito, vide: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Da verdade dada à verdade buscada. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 101, 2001.

550 “No Estado de Direito o processo penal não deixa de representar tutela da liberdade pessoal; e no tocante à persecução criminal deve constituir-se na antítese do despotismo, abandonando todo e qualquer aviltamento da personalidade humana. O processo é uma expressão de civilização e de cultura e consequentemente se submete aos limites impostos pelo reconhecimento dos valores da dignidade do homem”. GRINOVER, Ada Pellegrini. *A nova escola processual de São Paulo: novas tendências do direito processual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 67.

Tradicionalmente, elenca-se na doutrina, como principais funções do princípio do *ne bis in idem*, a proibição encartada na expressão *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa* (ninguém pode ser submetido a mais de um processo ou mais de uma investigação pelo mesmo delito), bem como a interdição consubstanciada na máxima *nemo debet bis puniri pro uno delicto* (ninguém pode ser castigado duas vezes pelo mesmo delito).

No entanto, tendo-se em vista a propalada unidade do *ius puniendi* do Estado, objetivando-se alcançar o espectro de proteção dado pelo princípio do *ne bis in idem*, em sua integralidade, em termos semelhantes às percepções sistêmicas sugeridas para o significado e fundamento de tal princípio, propõe-se, sob uma só perspectiva, a indicação do seu eixo funcional.

Ademais, as chamadas dimensões do princípio do *ne bis in idem* não são extensões estanques, até porque o direito penal, além da indiscutível interpenetração com o direito administrativo sancionador, também exerce – e recebe – influência do direito processual penal.⁵⁵¹

De qualquer forma, apresenta-se a individuação do que é por ele proibido em uma tríplice dimensão: processual, indicada pela máxima *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*; material, traduzida na expressão *nemo debet bis puniri pro uno delicto*; e transversal, relacionada à impossibilidade de sobreposição de sanção administrativa e sanção penal pela mesma conduta objetivada juridicamente e com os mesmos fins.

Quanto a esta última problemática, nominou-se tal inter-relação de dimensão transversal⁵⁵² do princípio do *ne bis in idem*, pois, mesmo aqueles que não aceitam que o direito penal e o direito administrativo sancionador sejam manifestações da unidade da potestade punitiva estatal, não podem negar a existência de congruência de valores em pontos de interseção desses dois ramos do ordenamento jurídico.

551 O direito penal e o direito processual penal atuam como uma “ciência penal global” ou sob uma perspectiva de “duas faces de uma mesma moeda”, reconhecendo-se que o processo penal cumpre, inclusive, finalidades preventivas que são consideradas estritamente penais. PALMA, Maria Fernanda (coord.). *O problema penal do processo penal: jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 41-53.

552 O termo “transversal” é aqui empregado como a compreensão globalizante do conhecimento por meio de uma (re)integração de aspectos que ficaram isolados uns dos outros pela visão distorcida da disciplinaridade.

No que diz respeito à dimensão ou extensão processual do princípio do *ne bis in idem*, elenca-se, em apertada síntese, que se proíbe, pelos mesmos fatos e fundamentos, mais de um processo no âmbito penal e mais de um processo no âmbito administrativo – como também o risco deles. Também não se deve permitir o ajuizamento de processo penal ou de processo administrativo, quando a conduta imputada ao acusado já tiver sido objeto de re(ação) estatal. Isso porque, independentemente da natureza da autoridade processante, o princípio do *ne bis in idem* há de irradiar-se para todo o ordenamento jurídico globalmente considerado, atingindo os procedimentos de natureza punitiva.

Questão que se impõe aclarar diz respeito à interface entre a dimensão processual e a dimensão transversal do princípio do *ne bis in idem*, especificamente quanto ao momento em que deve se eleger a via processual adequada, concentrando-se em uma só unidade processual a persecução e o julgamento dos mesmos fatos que, aparentemente, configurem tanto ilícito penal como ilícito administrativo. Esse aspecto será tratado oportunamente no próximo capítulo, por ocasião do estudo das dimensões do princípio do *ne bis in idem* no direito brasileiro e a busca da superação de suas disfunções.

Por outro lado, dando-se cumprimento ao princípio do *ne bis in idem*, em sua dimensão material, proíbe-se, em um único procedimento ou em procedimentos simultâneos ou, ainda, em procedimentos sucessivos, que uma mesma conduta sirva de supedâneo a uma pluralidade de valorações jurídicas com sobreposições punitivas. Impede-se, assim, quanto ao mesmo indivíduo, por idênticos fatos e fundamentos, a imposição de mais de uma sanção, em sentido autônomo e individualizado, assim como a associação de mais de uma consequência jurídico-repressiva.

Por fim, ainda no que se refere à dimensão transversal do princípio do *ne bis in idem*, proíbe-se a aplicação cumulativa de sanções penais e sanções administrativas.

4.4. Pressupostos de aplicabilidade do princípio do *ne bis in idem*

Como já observado, os fortes contornos processuais do princípio do *ne bis in idem* dados pelo direito romano foram responsáveis pelo desenvolvimento dos pressupostos de operatividade desse princípio em moldes semelhantes aos utilizados na identificação dos limites da coisa julgada, que são a *eadem persona*

(mesmas partes), a *eadem res* (mesmo pedido) e a *eadem causa petendi* (mesma causa de pedir).

Daí o porquê, além da *juris dictio*, entendida, em regra, como sentença, no sentido de ato processual que põe fim ao processo, as circunstâncias determinantes da operatividade do princípio do *ne bis in idem* serem as seguintes: identidade do sujeito infrator, unidade fática e unidade dos fundamentos. Em seguida, serão analisadas tais circunstâncias.

4.4.1. Identidade de sujeito

A verificação do primeiro pressuposto de operatividade do princípio do *ne bis in idem* não apresenta maiores discussões, exigindo-se tão somente que não recaia sobre o mesmo sujeito passivo mais de uma consequência de natureza punitiva em face dos mesmos fatos e do mesmo fundamento.

Na aferição dessa unidade, o que realmente importa é “a identidade física do acusado, e não o seu nome ou identidade formal”.⁵⁵³ Com efeito, somente tem relevância a identidade da parte passiva, pouco importando as pessoas ou órgãos constantes do polo ativo do caso já apreciado, bem como a vítima ou o sujeito passivo da infração.

Para alguns a dupla persecução ou a imposição paralela de sanções, uma à pessoa física que atua como representante ou órgão da pessoa jurídica e outra à própria pessoa jurídica, constituiria violação do princípio do *ne bis in idem*, haja vista que apenas formalmente tais sujeitos seriam considerados distintos.

Também se sustenta que não poderia haver autonomia sancionadora entre a pessoa física e a pessoa jurídica, pois esta unicamente responde por determinada conduta ilícita por meio da extensão da culpabilidade da pessoa física.⁵⁵⁴

553 “Não é porque a ação foi promovida mediante queixa que poderá, posteriormente, ser promovida mediante denúncia, [...] ainda que a legitimação correta fosse do Ministério Público. [...] O que importa para a coisa julgada, portanto, é o polo passivo, a pessoa do réu em face de determinado fato”. GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 346. “Se o mesmo crime é imputado a uma pluralidade de pessoas, o caso julgado só existe relativamente àquelas que foram já submetidas a um processo anterior, de acordo com o princípio *res inter alios iudicata, aliis, nec nocet, nec prodest solet*”. SILVA, Germano Marques. *Curso de processo penal*. 3. ed. Lourdes: Editorial Verbo, 1996. p. 42.

554 PÉREZ MANZANO, Mercedes. *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. p. 127.

Entretanto, além da ausência da unidade de sujeito, considerando-se que a responsabilidade penal da pessoa jurídica deve ser concebida autonomamente, fundada em uma culpabilidade própria, não se há de falar em violação do princípio do *ne bis in idem* pela acumulação de processos e/ou sanções à pessoa física e à pessoa jurídica. Isso porque a responsabilidade da pessoa jurídica pode se centrar em um fato próprio, decorrente da inexistência de medidas necessárias para prevenir, detectar e coibir fatos delitivos praticados por alguns dos seus dirigentes ou empregados. Dessa forma, a conduta ilícita imputada à pessoa jurídica, na qualidade de autora funcional,⁵⁵⁵ não se vincularia necessariamente à conduta praticada pela pessoa física, a despeito de não ilidir a responsabilidade penal desta (critério acumulativo).

Apesar das interconexões entre o comportamento ilícito da pessoa física e da pessoa jurídica, esta tem vontade e capacidade de agir próprias, as quais, como já destacava João Marcello de Araújo Júnior, muitas vezes independem, até mesmo, da vontade dos seus dirigentes.⁵⁵⁶

Sobre a responsabilidade punitiva própria da pessoa jurídica, registra-se a recente modificação legislativa do Código Penal espanhol (LO 5/2010), que, em seu art. 31 (2 e 3), adotou “culpabilidades independentes”, na relação entre a infração cometida pela pessoa física e pela pessoa jurídica, não se havendo, portanto, em falar-se de violação do princípio do *ne bis in idem*.⁵⁵⁷ Quanto à determinação das penas, foi acolhido o critério de “não translação”, estabelecendo-se que as circunstâncias que afetem a culpabilidade ou agravem a responsabilidade do autor individual não serão relevantes para o coletivo.⁵⁵⁸

555 Acerca da autoria funcional das pessoas jurídicas: VERVAELE, John A. E. La responsabilidad penal de y en el seno de la persona jurídica en Holanda: matrimonio entre pragmatismo y dogmática jurídica. *Revista de derecho penal y criminología*, n. 1, 1998. p. 153-186.

556 ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello. *Dos crimes contra a ordem econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 64.

557 Antes mesmo da reforma do Código Penal espanhol pela LO 5/2010, já era nesse sentido o entendimento do Tribunal Constitucional (STC 188/2005, a título exemplificativo) e do Tribunal Supremo da Espanha (STS de 15 de octubre de 2008, entre outras). Consultar: <<http://www.boe.es>>.

558 Disponível em: <<http://www.boe.es>>. Acesso em: 30 nov. 2011. Sobre a responsabilidade da pessoa jurídica no direito espanhol, Zugaldía Espinar foi um dos que sempre defenderam a inexistência de indevido *bis in idem*, quando se sanciona uma pessoa jurídica e uma pessoa física, pois são pessoas e patrimônios claramente diferenciados. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (dir.). *Fundamentos de derecho penal: Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 591. Ver também: DE LA CUESTA, José Luis. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho español*. Disponível em: <<http://www.penalecontemporaneo.it>>. Acesso em: 31 jul. 2012. Ressalta-se ainda que, apesar

Confirmando ainda mais a autonomia da responsabilidade penal da pessoa jurídica, a *novel* legislação espanhola permite a imputação individual e exclusiva à pessoa jurídica, não exigindo a ocorrência de concurso obrigatório entre a pessoa física e a pessoa jurídica.⁵⁵⁹

No Brasil, infelizmente, não tem prevalecido esse entendimento. Por aqui a tendência, sobretudo jurisprudencial, é de se conceber a responsabilidade da empresa, não de um ponto de vista independente ou originário, mas decorrente da conduta das pessoas físicas.⁵⁶⁰

Pela sistemática introduzida pela lei dos crimes ambientais (Lei 9.605/98), que prevê a responsabilidade penal da pessoa jurídica,⁵⁶¹ costuma-se aceitar a imputação de crime à empresa, caso também haja imputação à pessoa física que atuou em nome ou em benefício daquela, a despeito de recente decisão em sentido contrário da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (RE 548181/PR, Info. 714).⁵⁶²

de Nieto Martín continuar a defender a possibilidade de *bis in idem* em algumas situações nas quais haja a imposição cumulativa de sanções à pessoa física e à pessoa jurídica, para ele não haveria essa indevida duplicidade quando a sanção aplicada ao representante da empresa se fundasse em atos que extrapolassem os limites de seu mandato. NIETO MARTÍN, Adán. La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010. *Revista Xurídica Galega*, n. 63, 2009. p. 47-70. Disponível em: <<https://www.rexurga.es>>. Acesso em: 23 ago. 2012.

559 Disponível em: <<http://www.boe.es>>. Acesso em: 30 nov. 2011.

560 Apesar de afirmar que a culpabilidade pode ser traduzida como responsabilidade social e de que “a atuação do colegiado em nome e proveito da pessoa jurídica é a própria vontade da empresa”, o Superior Tribunal de Justiça tem limitado ou vinculado a culpabilidade da empresa tão somente “à vontade do seu administrador”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 564.960/SC, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em: 02 jun. 2005, DJ 13 jun. 2005. p. 331.

561 Sem embargo dos arts. 173, § 5º e 225, § 3º da Constituição Federal brasileira terem previsto a responsabilidade penal da pessoa jurídica em relação aos delitos econômicos em sentido estrito (crimes contra a ordem econômica, contra o sistema financeiro e contra a economia popular) e aos crimes contra o ambiente, apenas quanto a estes últimos houve regulamentação pelo legislador ordinário, por meio da Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 23 ago. 2012.

562 “Art. 2º. Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la. Art. 3º. As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato”. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 23 ago. 2012. Ao interpretar esses dispositivos legais, o Superior Tribunal de Justiça não aceitou a imputação exclusiva

Em contundente crítica a esse modelo, Davi Tangerino defende a existência de uma “culpa da própria pessoa jurídica” por falhas ou defeitos da organização *interna corporis* de suas atividades, pois, em não sendo assim, sustentando-se a responsabilidade da pessoa jurídica em um ato de outrem, adota-se um modelo de responsabilidade objetiva⁵⁶³.

de crime ambiental à pessoa jurídica, decidindo nos seguintes termos: “CRIMINAL. RESP. CRIME AMBIENTAL PRATICADO POR PESSOA JURÍDICA. RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO ENTE COLETIVO. POSSIBILIDADE. [...] CAPACIDADE DE AÇÃO. EXISTÊNCIA JURÍDICA. ATUAÇÃO DOS ADMINISTRADORES EM NOME E PROVEITO DA PESSOA JURÍDICA. CULPABILIDADE COMO RESPONSABILIDADE SOCIAL. CO-RESPONSABILIDADE. PENAS ADAPTADAS À NATUREZA JURÍDICA DO ENTE COLETIVO. ACUSAÇÃO ISOLADA DO ENTE COLETIVO. IMPOSSIBILIDADE. ATUAÇÃO DOS ADMINISTRADORES EM NOME E PROVEITO DA PESSOA JURÍDICA. DEMONSTRAÇÃO NECESSÁRIA. DENÚNCIA INEPTA. RECURSO DESPROVIDO. [...] Hipótese em que pessoa jurídica de direito privado foi denunciada isoladamente por crime ambiental porque, em decorrência de lançamento de elementos residuais nos mananciais dos Rios do Carmo e Mossoró, foram constatadas, em extensão aproximada de 5 quilômetros, a salinização de suas águas, bem como a degradação das respectivas faunas e floras aquáticas e silvestres. XIII. A pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral. [...] A ausência de identificação das pessoas físicas que, atuando em nome e proveito da pessoa jurídica, participaram do evento delituoso, inviabiliza o recebimento da exordial acusatória. XVI. Recurso desprovido”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 610.114/RN, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em: 17 nov. 2005, DJ 19 dez. 2005. p. 463. Todavia, em sentido contrário a esse entendimento, interessantes são as observações de Ana Paula F. Nogueira Cruz: “deve-se fazer um reparo à interpretação que corriqueiramente vem sendo dada aos arts. 2º e 3º da Lei 9.605/98. Nem sempre ocorrerá o concurso necessário entre a pessoa jurídica e a pessoa física, seja esta o dirigente, seja o empregado. Não estamos falando aqui na hipótese de inculpabilidade deste agentes [...]. Estamos tratando das situações em que não se consegue efetivamente obter a individualização de uma conduta por parte da pessoa física, na hipótese desta atuar como mero instrumento da organização. Esta situação pode ocorrer quando o crime ambiental decorre não de uma ato específico, mas de defeitos da organização [...]”. CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira. *A culpabilidade nos crimes ambientais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 262-263. Nesse sentido também foram as conclusões do XV Congresso da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP), realizado em setembro de 1994, no Rio de Janeiro: “[...] a persecução de entidades jurídicas privadas por delitos contra o meio ambiente deve ser possível, ainda que a responsabilidade pelo crime de que se trate não possa ser diretamente imputada a um elemento humano dessa entidade”. *Resolutions of the Congresses of the AIDP/IALP (1926-2004)*. Disponível em: <www.penal.org>. Acesso em: 22 jun. 2009.

563 “No campo da responsabilização penal da pessoa jurídica, porém, a responsabilidade objetiva acaba por renascer, na medida em que os aplicadores do Direito, ao encontrarem natural dificuldade em aplicar os institutos da teoria do delito, umbilicalmente ligados ao sujeito natural, às pessoas jurídicas, migram para um modelo privatista, mais adaptado aos entes morais. [...] Os modelos de culpabilidade própria da pessoa jurídica, além de mais compatíveis com as garantias constitucionais, revelaram-se, segundo Sieber, mais efetivos na prevenção de delitos, haja vista que estudos criminológicos constataram que o comportamento dos empregados é principalmente sensível à influência exercida pela própria empresa. Em um estudo empírico comparativo, descobriu-se que o cometimento de crimes é consideravelmente menor nas empresas onde existem regras éticas e programas de *compliance*”. TANGERINO, Davi

No entanto, mesmo sendo assente no ordenamento jurídico brasileiro a dependência da culpabilidade da pessoa jurídica à da pessoa física, infere-se que, para a jurisprudência brasileira, não haveria de se falar em infringência do princípio do *ne bis in idem* na aplicação cumulativa de pena à pessoa física e à pessoa jurídica. É que, ao enfrentar alegação de ofensa ao princípio da intranscendência, o Superior Tribunal de Justiça decidiu pela manifesta distinção entre a pessoa física e a pessoas jurídica, indicando que:

Não há ofensa ao princípio constitucional de que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado...”, pois é incontroversa a existência de duas pessoas distintas: uma física – que de qualquer forma contribui para a prática do delito – e uma jurídica, cada qual recebendo a punição de forma individualizada, decorrente de sua atividade lesiva.⁵⁶⁴

De qualquer forma, ainda que essa aplicação cumulativa de sanções não entre em conflito com as irradiações protetivas e proibitivas do princípio do *ne bis in idem*, entende-se que, na fixação da pena a ser aplicada à pessoa física, devem ser levadas em consideração as sanções aplicadas à pessoa jurídica.

Em investigação dedicada ao princípio do *ne bis in idem*, o Instituto Max-Planck de Direito Penal Estrangeiro e Internacional, na Proposta de Freiburg sobre as jurisdições concorrentes e a proibição de múltiplas persecuções na União Europeia, com a finalidade de garantir efetividade ao princípio da proporcionalidade, recomendou, como *standard* mínimo de proteção, a aplicação do princípio do desconto na acumulação das penas impostas à pessoa jurídica e à pessoa física pelos mesmos fatos.⁵⁶⁵

Pelo princípio do desconto, quando não integralizados os pressupostos de operatividade do princípio do *ne bis in idem*, mas haja vista a interseção entre as

de Paiva Costa. A responsabilidade penal da pessoa jurídica para além da velha questão de sua constitucionalidade. *Boletim IBCCRIM* n. 214, set. 2010. Também sobre a necessidade de realinhamento do conceito de culpabilidade para a pessoa jurídica, no sentido de reconhecer-se a autonomia e a independência da culpabilidade entre a pessoa física e a pessoa jurídica, além da indicação de um panorama geral desse assunto na doutrina brasileira, consultar: CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira. *A culpabilidade nos crimes ambientais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 246-254.

564 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 610.114/RN, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em: 17 nov. 2005, DJ 19 dez. 2005. p. 463.

565 BIEHLER, Anke; KNIEBÜHLER, Roland; LELIEUR-FISCHER, Juliette; ESTEIN, Sibyl. *Freiburg proposal on concurrent jurisdictions and the prohibition of multiple prosecutions in the European Union*. Freiburg im Breisgau: Iuscrim, 2003. p. 35-36.

consequências jurídico-repressivas aplicadas pela prática de uma singularidade fática, recomenda-se que se proceda a uma compensação, na segunda sanção, como forma de mitigar os efeitos do *bis* punitivo.⁵⁶⁶

Assim é que, no caso ora discutido, tendo-se em vista a inaplicabilidade do princípio do *ne bis in idem*, na hipótese de incidência cumulativa de sanções à pessoa física e à pessoa jurídica por fatos semelhantes, sopesados, como critério de mitigação, os efeitos da condenação da pessoa jurídica por ocasião da individualização da sanção a ser imposta à pessoa física, poderá haver tanto a substituição da reprimenda cominada por uma menos severa como a dedução da pena pecuniária anteriormente determinada à pessoa jurídica.

A recente modificação do Código Penal espanhol, também informada por esse mesmo propósito, nos termos do art. 31.2, permite que haja modulação do *quantum* das penas pecuniárias impostas à pessoa jurídica e à pessoa física, como consequência do cometimento dos mesmos fatos, quando a totalidade das respectivas sanções se mostrar desarrazoada, de modo que a soma resultante seja proporcional à gravidade dos fatos.⁵⁶⁷

Concluindo-se a análise da identidade do sujeito infrator, como primeiro pressuposto de operatividade do princípio do *ne bis in idem*, afirma-se que o que se proíbe é a incidência sobre o mesmo sujeito passivo de mais de uma consequência de natureza punitiva em face dos mesmos fatos e do mesmo fundamento. Tanto por critério formal, consubstanciado na regra geral de que a pessoa jurídica e a pessoa física são entidades juridicamente distintas, como por critério material, por apresentarem culpabilidades independentes, não incorre em indevido *bis in idem* a aplicação cumulativa de sanções à pessoa jurídica e à pessoa física.

4.4.2. Existência de anterior consequência sancionatória (o *bis*)

Na tarefa de elucidação das questões que impediriam um *bis* sancionatório, invoca-se elucidativo pronunciamento do Tribunal Constitucional da Espanha, no qual se afirmou que se deve entender por sanção não apenas aquelas penas

566 Como precedentemente observado, o princípio do desconto e o princípio do *ne bis in idem* são conceitualmente distintos, não obstante serem manifestações de imperativos gerais de justiça nos procedimentos repressivos.

567 Disponível em: <<http://www.boe.es>>. Acesso em: 30 nov. 2011.

aplicadas em sentido autônomo e individualizado, mas todas as consequências substanciais de natureza repressiva ou restritiva de direitos em decorrência da prática de um ilícito.⁵⁶⁸

E para que a (re)ação ou resposta estatal seja considerada apta a irradiar os efeitos do *ne bis in idem*, exige-se que a pretensão punitiva tenha sido resolvida ou imposta, em regra, por meio de sentenças judiciais condenatórias ou absolutórias transitadas em julgado, assim compreendidas aquelas não mais impugnáveis por recursos ordinários.

Igualmente se dá com as decisões que tenham aptidão de impedir ulterior ação pela mesma causa, por solucionarem definitivamente a pretensão processual punitiva. Isso ocorre, por exemplo, em relação à decisão judicial que determina o arquivamento de procedimento investigatório em razão da atipicidade do fato. Ainda que se trate de arquivamento de uma fase procedimental anterior à formalização da acusação, considera-se tal decisão como causa proibitiva para os termos do princípio do *ne bis in idem*.

Além do mais, o arquivamento de procedimento investigatório penal, no ordenamento jurídico brasileiro, é ordenado por autoridade judicial, não sendo admitida sua reabertura quando nele resta afirmado que o fato não constitui crime, mesmo na presença de novos elementos de prova.⁵⁶⁹

Defende-se, ademais, que, com o cumprimento das condições estabelecidas em transação penal, não é mais possível a posterior instauração de ação, a

568 ESPANHA. *Jurisprudencia constitucional, número de referencia 48/2003 (sentencia)*. Disponível em: <<http://www.boe.es>>. Acesso em: 10 dez. 2011.

569 A respeito disso, é iterativa a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: "[...] A eficácia preclusiva da decisão que defere o arquivamento do inquérito policial, a pedido do Ministério Público, é similar à daquela que rejeita a denúncia [...] impedindo 'se fundada na atipicidade do fato' a propositura ulterior da ação penal, ainda quando a denúncia se pretenda alicerçada em novos elementos de prova. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 80560, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em: 20 fev. 2001, DJ 30 mar. 2001, p. 81. Essa também é a posição reinante no Superior Tribunal de Justiça: "O ato, que atendendo às razões invocadas pelo Ministério Público, determina o arquivamento de inquérito é decisão judicial, que tranca o processo [...]. É ato de razão e de vontade. [...] Ao determinar o arquivamento de inquérito policial, decide sobre as provas nele coligidas e consoante pedido motivado ('as razões invocadas'), do Ministério Público. [...] Encerra um juízo de convencimento, relativo à natureza do fato, sua extensão e respectiva autoria, alicerçado em preliminar formação da culpa. [...] Ora, a decisão judicial, que manda arquivar inquérito policial, pondo termo à primeira fase da persecução penal, pode só possuir a natureza de sentença". BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 173.397/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em: 17 mar. 2011, DJe: 11 abr. 2011.

qual se considera definitivamente extinta, nos termos aceitos, inclusive, pela jurisprudência brasileira.⁵⁷⁰

Em síntese, o entendimento aqui proposto é que não se deve permitir a renovação do *ius puniendi* estatal depois de ter sido resolvido o caso penal por meio de sentença ou decisão definitiva transitada em julgado.

Por outro lado, cumpre-se registrar que a decisão que resolva definitivamente o caso penal, ainda que proferida por juízo absolutamente incompetente, tem aptidão para produzir os efeitos proibitivos do princípio do *ne bis in idem*. Isso porque o vício processual decorrente da incompetência absoluta do juízo corresponde a um requisito de validade da relação jurídica processual, e não de existência, estando, pois, sujeita à preclusão absoluta depois do respectivo trânsito em julgado.⁵⁷¹

Por fim, pertinente citar-se o estudo elaborado pelo Instituto Max-Planck de Direito Penal Estrangeiro e Internacional, denominado Proposta de Frei-

570 Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, não fere os preceitos constitucionais a propositura de ação penal em decorrência do não cumprimento das condições estabelecidas em transação penal. A *contrario sensu*, então, devidamente cumpridas tais condições, impede-se a renovação da persecução estatal. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 602072 QO-RG, Relator(a): Min. Cezar Peluso, julgado em: 19 nov. 2009, DJe-035 25 fev. 2010. E, sem embargo de ter decidido numerosas vezes em sentido contrário, recentemente o Superior Tribunal de Justiça posicionou-se nos mesmos termos assentados pelo Supremo Tribunal Federal. A propósito, consultar: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 188.959/DF, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em: 20 out. 2011, DJe: 09 nov. 2011.

571 No Brasil, é essa a posição que tem prevalecido. “É de se preservar a coisa julgada quanto à decisão extintiva da punibilidade do acusado, ainda que a sentença haja sido proferida por juízo incompetente para o feito”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 89592, Relator(a): Min. Carlos Britto, Primeira Turma, julgado em: 18 dez. 2006, DJe-004 26 abr. 2007. “A sentença prolatada por juiz absolutamente incompetente [...] embora nula, pode acarretar o efeito de tornar definitiva a absolvição do acusado. [...] Ao confrontar a competência absoluta da Justiça Militar e o princípio do *ne bis in idem*, deve a solução tender para esta, em razão da centralidade dos direitos e garantias individuais em nossa Carta Constitucional”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 90472/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em: 29 set. 2009, DJe: 03 nov. 2009. Ainda a propósito, ressalta-se que, mesmo os Professores Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, sem embargo de divergirem da posição doutrinária majoritária a respeito da matéria – uma vez que entendem que a incompetência constitucional não gera nulidade, mas inexistência dos atos praticados pelo juiz incompetente – admitem os efeitos do *ne bis in idem* a respeito dos fatos que foram objeto de julgamento anterior. Aduzem que: “em se tratando de processo penal, o rigor técnico da ciência processual há de ceder perante os princípios maiores do *favor rei* e do *favor libertatis*. E o dogma do *ne bis in idem* deverá prevalecer, impedindo nova persecução penal a respeito do fato delituoso que foi objeto de outra ação penal”. GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 55.

burg sobre as jurisdições concorrentes e a proibição de múltiplas persecuções na União Europeia. Nele proclama-se que as respostas dadas em procedimentos estatais aptos a impedir a renovação do exercício do *ius puniendi* não deveriam ser apenas as acima indicadas. É que, no espectro de proteção dado pelo princípio do *ne bis in idem*, todo “julgamento final”, no sentido de toda decisão terminativa de procedimento repressivo que, salvo situações excepcionais, não puder ser reiniciado, incluindo-se as decisões pronunciadas por qualquer autoridade responsável ou competente pela persecução estatal, teria o condão de irradiar os efeitos proibitivos desse princípio.⁵⁷²

4.4.3. Identidade de fatos e fundamentos (o *idem*)

Quanto ao significado do termo *idem*, muito se discute sobre os balizamentos a serem utilizados na identificação desse pressuposto de operatividade do princípio do *ne bis in idem*. Essa problemática terminológica deve-se sobretudo à multiplicidade de fórmulas empregadas nos instrumentos normativos que disciplinam essa matéria, tais como “delito”, “crime”, “infração”, “atos constitutivos de crime”, “fatos”, dentre outros.

De todos esses termos, parece que a expressão mais adequada para exprimir o genuíno significado do princípio do *ne bis in idem* é a utilizada na Convenção Americana de Direitos Humanos: “o acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”.⁵⁷³

Costuma-se definir o termo “mesmos fatos” como fatos substanciais ou essencialmente idênticos de um específico comportamento delimitado por critérios objetivos, consistentes no mesmo contexto espacial e temporal.⁵⁷⁴

Entretanto, a despeito de reconhecer-se que esse conceito busca retirar do espectro de proteção dado pelo princípio do *ne bis in idem* qualquer vinculação à qualificação jurídica atribuída aos fatos, acredita-se que os indicativos de

572 BIEHLER, Anke; KNIEBÜHLER, Roland; LELIEUR-FISCHER, Juliette; ESTEIN, Sibyl. *Freiburg proposal on concurrent jurisdictions and the prohibition of multiple prosecutions in the European Union*. Freiburg im Breisgau: Iuscrim, 2003. p. 10-21.

573 Disponível em: <<http://www.oas.org>>. Acesso em: 13 set. 2011.

574 BIEHLER, Anke; KNIEBÜHLER, Roland; LELIEUR-FISCHER, Juliette; ESTEIN, Sibyl. *Freiburg proposal on concurrent jurisdictions and the prohibition of multiple prosecutions in the European Union*. Freiburg im Breisgau: Iuscrim, 2003. p. 21.

unidade fática seguida de unidade espaço-temporal não traduzem o verdadeiro alcance desse princípio.

Com efeito, circunscrevendo-se apenas a esses aspectos, estabelecido que o termo “mesmos fatos” corresponde aos mesmos fatos essenciais utilizados como supedâneo para a aplicação de mais de uma consequência jurídico-repressiva, ainda persiste a seguinte perplexidade de ordem prática: essa proibição ocorre ainda quando referido comportamento definido espaço-temporalmente não foi trazido por inteiro na anterior persecução ou no juízo de imputação precedente?

E a resposta somente pode ser dada por meio do estudo do fato processual e do objeto processual ou *thema decidendum*. Ademais, o conceito de fato processual, além de ser mais hegemônico na doutrina, revela-se mais abrangente, pois inclui não somente casos de unidade natural da ação, mas também de unidade jurídica de ações continuadas e crimes permanentes.⁵⁷⁵

Por isso é que se propõe que a tradução do significado de “mesmos fatos” seja feita de forma relacionada à teoria processual penal. Com isso não se está a defender uma dicotomia do conceito de “mesmos fatos” para a dimensão material e outro para a dimensão processual do princípio do *ne bis in idem*. Apenas está a se afirmar que a amplitude que deve ter esse princípio será melhor compreendida quando assemelhada ao conceito de objeto do processo, o que não excluirá a utilização de aportes do direito material na delimitação do conceito de *idem facta*.⁵⁷⁶

Além disso, se foi quanto à consequência mais imediata da proibição do *bis in idem*, tradicionalmente identificada com o efeito negativo ou limites objetivos da coisa julgada, que tal princípio foi sistematizado pelos romanos e assim concebido quase exclusivamente até a primeira metade do século XX, mais uma razão para procurar nas construções teóricas referentes à definição do objeto processual a clarificação da identidade essencial dos fatos como pressuposto de operatividade do princípio do *ne bis in idem*.

Em direção ao provimento final do processo, o juiz se depara, além do pedido, com uma série de pontos relevantes, de direito e de fato, alegados ou não pelas partes, devendo o juiz, além de conhecê-los, também resolvê-los. Desse

575 PÉREZ MANZANO, Mercedes. *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. p. 92.

576 Nos próprios lindes do direito penal se discute sobre a necessidade de percepção integrada do conceito de ação e de pluralidade de ações, inclusive com a utilização de referenciais normativos e não apenas naturais.

modo, a cognição deve ser estabelecida não apenas sobre a lide, mas também sobre todas as demais questões a ela correlacionadas.⁵⁷⁷

No exercício do *ius puniendi*, considerando-se que se prescinde do conceito de lide,⁵⁷⁸ o objeto do processo penal deve corresponder à pretensão processual manifestada em juízo.⁵⁷⁹ Assim é que a cognição há de estabelecer-se sobre a pretensão processual, aqui concebida como reclamação veiculada em juízo.⁵⁸⁰

Essa pretensão, uma vez *deduzida* por meio do exercício da ação, traduz-se na imputação de um fato concreto, definido como infração. Daí enfatizar-se

577 “A cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar [...] todas as questões de fato e as de direito deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*”. WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3. ed. Campinas/SP: Bookseller, 2005. p. 53.

578 No processo penal, o pedido, por ser geralmente genérico, encontra-se destituído de grande importância, sendo, ademais, extremamente discutível a existência de lide no processo penal – pelo menos no sentido *carnelettiano* de conflito de interesses qualificado por uma pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro – ou, mesmo que se a admitisse, não seria essencial, haja vista que o processo pode ser concebido sem uma efetiva oposição do acusado à pretensão do autor. JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 24. Como bem disse Gustavo Badaró, “a lide pode até estar presente no processo penal, quando, por exemplo, formulada a acusação pelo ministério público ou pelo querelante, o acusado resiste a tal pretensão. Na grande maioria dos casos, inclusive, é isso que ocorre. Porém, a lide não é necessária para o nascimento e desenvolvimento do processo penal. Ao contrário, a lide é absolutamente irrelevante para o desenvolvimento e a decisão do processo”. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação entre acusação e sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 205. Ver ainda: LIMA, Marcellus Polastri. *Tutela cautelar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 48. Para saber mais sobre a imprestabilidade do conceito de lide no processo penal, cujo conteúdo deve ser apresentado pela expressão caso penal, consultar: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989.

579 Entendendo-se que objeto do processo é a pretensão processual, entre outros: BAUMANN, Jürgen. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Depalma, 1986. p. 274 e seguintes. GUASP, Jaime. *La pretensión procesal*. Madrid: Civitas, 1981. p. 62 e seguintes. JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 25 e seguintes. LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. O fundamento da existência do processo penal: instrumentalidade garantista. *Jus navigandi*, Teresina, a. 3, n. 27, dez, 1998. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto>>. Acesso em: 22 mar. 2005.

580 Essa reclamação da parte é precisamente a pretensão processual, pois pretensão processual não quer dizer outra coisa senão reclamação frente a pessoa distinta (Estado-juiz) de uma conduta determinada. Interessante ressaltar-se, por outro lado, que a pretensão processual, em rigor, tem existência independentemente do direito material que fundamenta o pedido do autor e que, no final do processo, poderá ser acolhida ou rejeitada, mas nunca será uma pretensão inexistente. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação entre acusação e sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 77-78. Do mesmo modo, adverte Scarance que “pode haver pretensão punitiva e inexistir o processo, porque não se descobriu a autoria ou ocorreu a extinção de punibilidade”. FERNANDES, Antonio Scarance. *Reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 40

que o objeto do processo penal não é a imputação ou atribuição em si, mas aquilo que foi imputado – o fato juridicamente relevante individualizado na peça acusatória. Como dizia Carnelutti, o juiz deverá emitir sua decisão sobre a afirmação de que uma pessoa – imputado – cometeu um fato previsto – tipificado – por uma norma punitiva.⁵⁸¹

E na tarefa de identificação do significado de tais “fatos”, há quem entenda que ele deve ser considerado apenas em sua individualidade histórica. Restringe-se a noção de fato tão somente à conduta humana, que se delimita a partir de parâmetros espaço-temporais, tendo em conta o lugar e o momento em que se produziu o evento material.⁵⁸²

Nessa concepção naturalista, para fins de identificar o caso penal para delimitar a proibição de múltipla persecução sobre os mesmos fatos, há de conceber-se o conceito de “mesmos fatos” fundado na ideia de “sequência unitária de acontecimentos que formam uma unidade natural”, ou como “acontecimento histórico, ao qual se referem a demanda e a sentença do procedimento inicial, e, em cujo marco, o demandado deve haver realizado um tipo delitivo como autor ou partícipe”.⁵⁸³

No entanto, por mais que se entenda que o conceito de “mesmos fatos” relaciona-se aos elementos nucleares de determinado comportamento imputado ao acusado, na sua expressão material mais simples, tais como a morte, a subtração, o constrangimento, entre outros, independentemente de sua qualificação jurídica, título, grau ou circunstâncias, não se pode esquecer que esse acontecimento somente é relevante, ainda que hipoteticamente, “como e enquanto violador dos valores protegidos pelas normas jurídico-penais”.⁵⁸⁴

Por isso, conquanto constitua afirmação recorrente de que, para a apreciação da proibição do princípio do *ne bis in idem*, deve-se entender o termo “mes-

581 CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*. Tradução por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Bosch & Cia, 1950. V. 4. p. 09.

582 “A identificação do fato não se produz pela qualificação jurídica do fato nem pela qualidade ou quantidade da pena pedida, senão pela identidade de um acontecimento histórico, individualizado na sua unidade natural e não na jurídico-penal, de que se pretende extrair consequência jurídico-penal, qualquer que seja”. FENECH, Miguel. *Derecho procesal penal*. 2. ed. Madrid: Labor, 1952. p. 545.

583 PÉREZ MANZANO, Mercedes. *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. p. 91.

584 ISASCA, Frederico. *Alteração substancial dos factos e sua relevância no processo penal português*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 86.

mos fatos” como fatos reais e históricos, delimitados por um mesmo contexto de tempo e espaço, não se há de negar a relevância da perspectiva normativa do objeto do processo. É que a identidade de um fato não é determinável de um modo matemático, até porque o que se leva ao conhecimento do tribunal é um problema jurídico-punitivo.⁵⁸⁵

Como já referido, mesmo sendo inegável o mérito da teoria naturalista, ao excluir dos elementos identificadores desse o conceito a qualificação jurídica atribuída anteriormente aos fatos imputados,⁵⁸⁶ a abordagem que exige o problema não deverá se esgotar apenas em referenciais naturalistas, pois para a determinação da identidade do fato é imprescindível remeter-se ao seu significado jurídico. Os processos de subsunção são um caminho de mão dupla, “de ida e volta, nos quais se transita da informação fática à norma jurídica e desta aos fatos outra vez”.⁵⁸⁷

Daí se falar de uma visão normativa dos fatos, pois estes só podem identificar-se como objetos processuais quando revestidos de caracteres de infração, contemplados com uma espécie de “mirada jurídica”.⁵⁸⁸ É que, sendo a persecução punitiva um fenômeno jurídico, a identidade de fatos não poderá derivar somente de coincidência naturalística, mas também de valorações jurídicas a respeito deles. Assim, observando-se que o acontecimento exterior, o qual corresponde à conduta típica, é idêntico ao acontecimento histórico imputado anteriormente, ou seus elementos são substancialmente coincidentes, verificada estará a identidade requerida para fins de incidência do princípio do *ne bis in idem*.⁵⁸⁹

Nesse sentido, Figueiredo Dias considera o fato processual penal “um recorte, um pedaço da vida”, o qual deve ser analisado a partir das consequências jurídicas por eles geradas. Adverte que, para a identificação dos fatos como

585 BARROSO, Ivo Miguel. *Estudo sobre o objecto do processo penal*. Lisboa: Vislis Editores, 2003. p. 18.

586 “O esclarecimento de que, para a aplicação dessa regra, não ingressam em consideração as valorações jurídicas, só tem um significado negativo e inicial: serve para explicar, fundamentalmente, que uma valoração jurídica diversa do mesmo comportamento concreto, como realidade histórica hipotética, não habilita uma nova persecução penal, pois, estabelecida a identidade pessoal, trata-se da mesma imputação”. NÚÑEZ, Ricardo (dir.). *Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple (ne bis in idem)*. *Doctrina penal*, año 9, n. 33 a 36. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1986. p. 430.

587 BINDER, A. *Introducción al derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2002. p. 172

588 MANZANO, Mercedes. *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. p. 92.

589 BARROSO, Ivo Miguel. *Estudo sobre o objecto do processo penal*. Lisboa: Vislis Editores, 2003. p. 46.

requisito de aplicação do princípio *ne bis in idem*, deverão ser ponderadas todas as questões de fato, integradas por todas as possíveis questões de direitos que possam ser suscitadas.⁵⁹⁰

Realmente, a pretensão processual formulada em determinado procedimento somente se justifica se os fatos nele narrados tiverem relevância normativa, *in casu*, de caráter repressivo por subsunção do fato hipotético a um tipo legal.

Como observado pela doutrina que preconiza a utilização de referenciais jurídicos na construção do conceito de “mesmos fatos”, o fato processual, como acontecimento, corresponde ontologicamente não necessariamente a um único ato, sendo compreendido também por uma pluralidade de atos que se aglutinam em torno de certos elementos polarizadores. E o juízo de subsunção dessa fração individualizável do comportamento do agente pode ser dada em uma perspectiva social – quando a cindibilidade da unicidade fática não for considerada “natural” –, em uma perspectiva da experiência social da vida – por critérios de unidade do “ponto de vista” da sociedade e do próprio agente – e também à luz de uma perspectiva jurídica – decorrentes da interpretação das normas que preveem e tipificam o fato.⁵⁹¹

Assim, propõe-se que, na delimitação do conceito de “mesmos fatos”, haja a consideração tanto de referenciais pré-jurídicos como de aspectos normativos. E por “mesmos fatos” compreende-se, então, o mesmo fato-base ou substancial constante da anterior imputação ou, ainda, a mesma realidade histórica ou núcleo central da infração pela qual o acusado já foi processado, julgado ou condenado.

Também se inclui no significado de “mesmos fatos” a existência, ao menos parcial, de identidade dos atos concretos de realização dos tipos concorrentes. “Basta que haja uma porção comum no acontecer histórico dos objetos comparados”.⁵⁹²

Por isso é que, trazida a juízo determinada atividade típica de uma infração, mesmo que haja mudança de alguns dos elementos do tipo descritos no

590 DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 48.

591 ISASCA, Frederico. *Alteração substancial dos factos e sua relevância no processo penal português*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 96.

592 GOMEZ ORBANEJA, Emilio; HERCE QUEMADA, Vicente. *Derecho procesal penal*. 10. ed. Madrid: Artes y Graficas Ediciones, 1986. p. 292.

primeiro processo, não se admitirá nova persecução, em razão da repetição da estrutura básica do fato e manutenção do objeto do processo.

Por exemplo, são consideradas irrelevantes, na construção do conceito de “mesmos fatos”, as circunstâncias de que em uma das infrações se exija a ocorrência de dano e na outra apenas de perigo, assim como que haja diferença do grau de gravidade das infrações ou mesmo a realização de tipo delitivo na qualidade de autor, coautor ou partícipe.⁵⁹³

Também se entende indiferente, para fins de incidência do princípio do *ne bis in idem*, a mudança de alguns elementos objetivos⁵⁹⁴ ou subjetivos do tipo

593 Em voto proferido pelo Ministro Oscar Corrêa, em julgamento do Supremo Tribunal Federal, colhe-se que: “[...] o acusado, absolvido da imputação de ter sido o autor direito de um homicídio, não pode, posteriormente, ser acusado de co-autoria (por autoria intelectual), e, absolvido, vir a ser acusado de participação (por outra forma), no crime, etc... numa sucessão interminável de procedimentos aos quais estaria sujeito, pelo mesmo fato principal – a morte de alguém. [...] Se o réu foi acusado de ter estado de atalaia enquanto outros co-réus cometiam um furto, absolvido aquele do crime de furto por não ter estado de atalaia, não pode mais tarde ser processado por ter cometido a infração. O fato que constitui a infração é a subtração [...]” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 64.158/MG. Acórdão. Relator: Rafael Mayer. Brasília, DF, 07 nov. 1986; por maioria. Voto vencido do Min. Oscar Corrêa. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 09 fev. 2006. Do mesmo modo para Manzini, absolvido alguém por haver concorrido de uma determinada forma para o delito, não pode depois ser processado por haver dele participado de uma forma diferente, visto que o fato relativo ao seu concurso segue sendo o mesmo. MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Tradução de Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951. Tomo IV. p. 527.

594 “Se houve acusação por furto, porque o indivíduo ‘X’ subtraiu R\$ 1.000,00 de outrem, não poderá haver outra ação penal ainda que se apure, posteriormente, que naquela ação foram subtraídos R\$ 1.200,00. Também não poderá haver ação penal por apropriação indébita pela mesma conduta. Não poderá, ainda, haver nova ação penal por lesão corporal, se houve absolvição pelo homicídio da mesma pessoa pelo mesmo agente e na mesma oportunidade, porque o fato morte tem o mesmo núcleo essencial da lesão corporal. [...] *Idem* se a absolvição foi de lesão corporal em face de eventual crime de maus-tratos”. GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 345-346. E na jurisprudência, colhem-se os seguintes julgados: “[...] Tendo o paciente sido absolvido da conduta de desviar munições da Corporação (peculato) no âmbito da Justiça Militar, não pode vir a ser condenado posteriormente pela mesma conduta, ainda que sob nova qualificação jurídica (fornecimento de munições), sob pena de violação da coisa julgada”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 78.516/RJ, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em: 11 dez. 2007, DJ 18 fev. 2008. “[...] PRINCÍPIO DO NON BIS IN IDEM. [...] Ainda que diversa a capitulação naquele e nestes autos, não há como se dar prosseguimento a este feito, em respeito ao postulado do *non bis in idem*. [...] Em que pesem terem sido denunciados no presente processo pelo crime de estelionato, ao passo que foram absolvidos no Processo nº 00.0057426-0 da imputação do delito insculpido no art. 304 [uso de documento falso], isto não altera o contexto jurídico da questão”. BRASIL. Tribunal Regional Federal. 5ª Região. *Apelação criminal nº 3.943/CE*. 1ª Turma. Acórdão. Relator: Desembargador Federal José Maria Lucena. Recife, PE, 24 nov. 2005; un. Disponível em: <<http://www.trf5.gov.br>>. Acesso em: 09 fev. 2006.

(dolo e culpa)⁵⁹⁵, do resultado do delito (consumado e tentado), do modo de execução do delito ou do valor do objeto material da infração,⁵⁹⁶ dentre outras hipóteses, por não provocar ruptura da identidade nuclear do comportamento pelo qual o acusado já tenha sido processado, julgado e/ou condenado.

Não se pode aceitar, por exemplo, que em face de um único fato, compreendido como situação histórica concreta, haja imputação de homicídio doloso, e, posteriormente, após a absolvição com sentença transitada em julgado, seja ajuizada ação por homicídio culposo. É que, tanto na forma de homicídio doloso como na de culposo, o núcleo central do acontecimento concretamente imputado ao acusado permanece inalterado, qual seja, o de provocar a morte de uma pessoa.

É importante realçar, ainda, que, embora, eventualmente, existam entre as diversas imputações diferenças de tempo, de lugar, de modo de execução, ou mesmo do objeto do fato imputado, é possível a subsistência da identidade nuclear do fato, devendo, para tanto, ser analisado o acontecimento singularmente ocorrido.⁵⁹⁷

Na dúvida, deve-se invocar o consagrado “teste de Blockburger” utilizado pela Suprema Corte norte-americana para dirimir eventual controvérsia sobre a violação, ou não, do *double jeopardy*. No parâmetro estabelecido no julgamento do caso *Blockburger v. USA* (1932),⁵⁹⁸ se cada uma das ofensas praticadas

595 Como já dizia Leone, limitada a noção de “fato” a uma só conduta, é evidente que a mutação do elemento psicológico não provoca fragmentação na identidade do fato: “quem foi absolvido da imputação de um delito doloso, não pode ser chamado a responder pelo mesmo fato a título de delito culposo ou de delito caracterizado por dolo específico, e vice-versa”. LEONE, Giovanni. *Tratado de derecho procesal penal*. Tradução por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1968. V. 3. p. 343-344.

596 “O trancamento [do inquérito] por atipicidade do fato, baseado na aplicação do princípio da insignificância, considerando um dado valor, que, posteriormente, se descobre equivocado, obsta a reabertura da ação e o oferecimento da denúncia”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC 18.099/SC*, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Sexta Turma, julgado em: 07 mar. 2006, DJ 27 mar. 2006 p. 333.

597 A identidade permanece, por exemplo, se o objeto do furto são \$ 10 ou \$ 20, [...] se as lesões foram causadas com uma faca ou com outro elemento, se o fato se cometeu em outro lugar próximo ou em outro tempo aproximado, contanto que as diferenças não indiquem, indubitavelmente, que se trata de uma imputação distinta, cujo objeto é um acontecimento histórico diverso do anterior. NÚÑEZ, Ricardo (dir.). *Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple (ne bis in idem)*. *Doctrina penal*. Teoría y práctica en las ciencias penales, año 9, n. 33 a 36. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1986. p. 430-431

598 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Blockburger v. United States*, 284 U.S. 299 (1932). In: *United States Report* 530 oct. term 1999. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov>>. Acesso em: 07 jul. 2012. Ver também *Brown v. Ohio*, 432 U.S.161, 166-69 (1977). Idem.

exigir, para sua comprovação, um elemento diferente, não se há de falar em identidade de fatos.⁵⁹⁹

Pelo que se expôs, conclui-se pela possibilidade de infringência a proibição do *bis in idem*, se da comparação entre duas imputações referentes à mesma conduta resultar que um aspecto do fato, ou sua totalidade, tiver sido levado em consideração para a formulação de ambas as acusações.

Como diz Germano Marques Silva, os fatos constantes da infração novamente imputada ao acusado são considerados os mesmos quando existe uma parte comum entre o fato histórico julgado e o fato histórico a julgar e ambos os fatos tenham como objeto o mesmo bem jurídico ou formem, como ação que se integra na outra, um todo do ponto de vista jurídico.⁶⁰⁰

Além do mais, não se há de esquecer que, como estabelecido desde os romanos, os fatos imputados no processo compreendem o deduzido, assim como o dedutível. Com efeito, a resolução do caso penal, com a prolação de decisão definitiva, põe termo ao conteúdo da pretensão processual penal, em sua totalidade, estendendo-se a proibição de renovação da demanda não apenas sobre a “porção do fato” descrito no processo, mas sobre todo o fato, ainda que tenha havido deficiência na imputação.

Assim, respondendo a pergunta formulada no início deste tópico, sustenta-se que a proibição (*ne*) de imposição de mais de uma (*bis*) consequência jurídico-repressiva pela prática dos mesmos fatos (*idem*) ocorre, ainda, quando o comportamento definido espaço-temporalmente imputado ao acusado não foi trazido por inteiro para apreciação do juízo. Isso porque o objeto do processo é informado pelo princípio da consunção, pelo qual tudo aquilo que poderia ter sido imputado ao acusado, em referência a dada situação histórica, e não o foi, jamais poderá vir a sê-lo novamente.⁶⁰¹ E também se orienta pelos princípios da unidade e da indivisibilidade, devendo o caso penal ser conhecido e julgado na

599 Como explica a doutrina, de acordo com esse precedente, “para verificar se um mesmo ato ou transação constitui uma violação de duas provisões estatutárias distintas, o teste a ser aplicado para determinar se há duas ofensas ou somente uma é se cada provisão demanda a prova de um fato que a outra não requer”. MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do *ne bis in idem* e a Constituição brasileira de 1988. *Boletim científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, ano 4, n. 16, jul./set. 2005. p. 31.

600 SILVA, Germano Marques. *Curso de processo penal*. 2. ed. Lourdes: Editorial Verbo, 2000. V. 3. p. 45.

601 Pela integralidade que deve ter o objeto do processo, exige-se que, cada processo, esgote incessantemente “o objeto ou objetos que o determinam a realizar sem que importe que o autor descreva incompletamente o mesmo”. JIMENEZ ASENJO, Enrique. *Derecho procesal penal*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. p. 134-135.

sua totalidade – unitária e indivisivelmente – e, mesmo quando não o tenha sido, considerar-se-á irrepetivelmente decidido.⁶⁰²

Como observa Eduardo Correa, a impossibilidade de renovação de julgamento será estendida a todas as atividades que possam ser polarizadas na concreta violação imputada, em sua totalidade e de forma esgotante, tenham ou não sido apreciadas na sentença, quer esta seja condenatória, quer absolutória. Aquilo, pois, que, devendo tê-lo sido, não se decidiu, tem de considerar-se indireta ou tacitamente resolvido.⁶⁰³

E pela precisão dos argumentos, cumpre-se registrar o pensamento de Frederico Isasca, quando consigna que:

O que transita em julgado é o acontecimento da vida que, como e enquanto unidade, se submeteu à apreciação de um tribunal. Isto significa que todos os fatos praticados pelo arguido até a decisão final que diretamente se relacionem com o pedaço de vida apreciado e que com ele formam a aludida unidade de sentido, ainda que efetivamente não tenham sido conhecidos ou tomados em consideração pelo tribunal, não podem ser posteriormente apreciados. Quer porque enquanto isoladamente considerados não seriam suscetíveis de se consubstanciarem como objeto de um processo. Quer porque sua apreciação violaria frontalmente a regra *ne bis in idem*, entrando em aberto conflito com os fundamentos do caso julgado. Quer ainda porque, fornecendo o Código

602 DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 145. Consultar também: SANTOS, Gil Moreira. A estabilidade objectiva da lide em processo penal. *Revista portuguesa de ciência criminal*, ano 2, fascículo 4, out-dez, 1992. p. 593 et seq.

603 CORREIA, Eduardo Henrique da Silva. *A teoria do concurso em direito criminal*. Coimbra: Almedina, 1996. p. 339. Esclarecedoras são também as explicações de Eugênio Pacelli: “Quando se que diz que alguém teria subtraído a coisa de outrem pela prática de furto (art. 155, CP), a sentença [...] proferida impedirá a reabertura da discussão sobre o núcleo central da conduta, isto é, sobre ter havido alteração do domínio da coisa, aqui incluídas quaisquer outras ações eventualmente aptas a permitir a transferência da propriedade, tais como a violência e a grave ameaça, que poderiam caracterizar o roubo (art. 157). Nem mesmo se poderia pensar em nova ação penal na qual se imputasse unicamente a prática de circunstância elementar integrante do tipo penal efetivamente ocorrido. No exemplo anterior, do furto (narrado) e do roubo (realizado), tal ocorreria se se pretendesse nova acusação pela prática de lesão corporal resultante da violência utilizada para a subtração da coisa. O núcleo da conduta funcionaria assim como o dado da realidade efetivamente julgado. As suas circunstâncias e/ou circunstâncias elementares estariam cobertas pela coisa julgada como desdobramento lógico-dedutivos do julgamento, ou seja, pela preclusão lógica dos demais fatos cuja ocorrência dependeria da existência do núcleo então julgado”. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 517-518.

[...] todos os mecanismos necessários para uma apreciação esgotante do fato processual e portanto a possibilidade de se alcançar [...] uma justa decisão do caso concreto, far-se-ia responder o arguido pela negligência de outros na prossecução da justiça, ou pelos inevitáveis vícios do sistema, acabando, em última análise, por frustrar totalmente as legítimas expectativas de quem foi julgado e sentenciado, comprometendo assim, inabalavelmente, o respeito pela própria dignidade da pessoa humana.⁶⁰⁴

Sem dúvida, com a imputação de determinado caso penal a um indivíduo, resolvida tal pretensão, esgotam-se definitivamente todos os possíveis aspectos jurídicos relacionados ao fato a ele atribuído, invocados ou não no processo.⁶⁰⁵ Pensar o contrário seria permitir a imposição – ou o risco de – múltiplas consequências jurídico-punitivas pela prática da mesma conduta.

No entanto, para que haja irradiação dos efeitos do *ne bis in idem*, não se exige apenas a identidade fática. Além dessa, também deve haver similitude do fundamento jurídico subjacente aos “mesmos fatos”, o qual deve ser entendido como proteção do mesmo bem jurídico ou do mesmo interesse jurídico concretamente considerado, do modo mais amplo possível.⁶⁰⁶

Para determinar-se se há identidade do fundamento jurídico dos tipos concorrentes, devem-se analisar as funções e os objetivos afetados ou perseguidos pelas normas infringidas, não se esquecendo de que essa análise deve ser feita também diante dos critérios de resolução do concurso de leis – sobretudo

604 ISASCA, Frederico. *Alteração substancial dos factos e sua relevância no processo penal português*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 229.

605 No ordenamento jurídico brasileiro, a despeito da regra da imutabilidade do objeto litigioso do processo, encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, abre-se a possibilidade de aditamento por meio do instituto da *mutatio libelli* (art. 384 do Código de Processo Penal), o qual constitui a última oportunidade de se fazer a adequação da imputação à integralidade da conduta efetivamente praticada pelo acusado. Além do mais, não procedendo o órgão do Ministério Público ao aditamento, poderá o juiz remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça para esse fim (art. 384, § 1º e art. 28, ambos do Código de Processo Penal). Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 29 jun. 2011.

606 BINDER, A. *Introducción al derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2002. p. 172. Em sentido semelhante, Prats Canut afirma que, quanto ao requisito da identidade de fundamento para a incidência da proibição do *bis in idem*, costuma-se identificá-lo com a “semelhança dos bens jurídicos protegidos pelas distintas normas sancionadoras ou entre os interesses tutelados por elas”. Se os bens ou interesses protegidos são homogêneos, não haverá a imposição de dupla punição, embora os tipos violados sejam distintos. PRATS CANUT, J. Miquel et al. *Derecho penal ambiental y derecho comunitario*. Madrid: Arazandi, 2002. p. 102.

sob uma perspectiva consuntiva. É que haverá unidade de interesse jurídico, de forma idêntica, na hipótese de identidade do conteúdo do injusto, ou de forma concêntrica, quando todos os elementos da primeira infração estiverem incluídos ou previstos na segunda, acrescidos de outros elementos ditos específicos.

A respeito da interseção entre o direito penal e o direito administrativo sancionador, recorda-se que um mesmo bem jurídico pode ser protegido tanto por técnicas penais como por técnicas administrativas. Ademais, as sanções administrativas, da mesma forma que as sanções penais, são uma expressão do poder punitivo do Estado, podendo apresentar fins retributivos e intimidatórios.

Assim é que ao discorrer sobre o conceito do “mesmo” na relação entre o direito penal e o direito administrativo sancionador, anota Léon Villalba que a mera distinção nominal das leis que tipificam os tipos concorrentes ou a alusão a interesses gerais, profusos ou indeterminados não podem fundamentar a existência de mais de uma ação punitiva estatal diante da mesma conduta.⁶⁰⁷

De todo esse arrazoado, propõe-se que o termo *idem facta* corresponda à mesma conduta ou ao mesmo comportamento ou, ainda, ao mesmo ato ou a aspectos parciais dele, os quais foram incluídos no processo de subsunção típica tanto de uma como de outra infração. E para que haja efetiva aplicabilidade do princípio do *ne bis in idem*, há de observar-se também a existência de identidade do conteúdo material dessas ilicitudes.

Considera-se, também, *idem facta* a existência, ao menos parcial, de atos executivos no processo de subsunção típica das infrações concorrentes, com semelhante valoração jurídica.

4.4.3.1. Situações discutidas

Alguns problemas relativos aos efeitos consuntivos dos casos de unidade típica e de unidade jurídica de ação⁶⁰⁸ são tradicionalmente abordados nos estudos dos limites objetivos da coisa julgada, confirmando-se, cada vez mais, a

necessidade de ser construído o conceito de “mesmos fatos” tanto com aportes materiais como processuais.

Existem tipos legais que, sob uma pluralidade de atos exteriores, determinam uma unidade de ação, vinculando em uma “unidade jurídico-social de valoração as várias manifestações naturais de vontade”.⁶⁰⁹ São exemplos de unidade típica de ação os delitos habituais e os delitos permanentes.

No delito habitual, a reiteração dos atos constantes na descrição legal é o que configura o crime. A acusação funda-se em uma unidade substancial de fatos, pois tomados singularmente, não seriam idôneos para a caracterização desse delito.

Desse modo, julgada definitivamente determinada imputação de crime habitual, todas as condutas praticadas até o trânsito em julgado dessa decisão serão consideradas incluídas na resolução do caso penal.⁶¹⁰

Quanto ao crime permanente, considerando-se que, nele, há uma só conduta, ainda que ampliada no tempo, e conseqüentemente um só delito, somente será permitida a proposição de uma única ação penal contra o agente.⁶¹¹

609 WESSELS, Johannes. *Direito penal: aspectos fundamentais*. Trad. de Juarez Tavares. Porto Alegre: Fabris, 1976. p. 174.

610 MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millenium Editora, 2000. V. 3. p. 94. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Tomo I. p. 320. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. V. 2. p. 629-630. No mesmo sentido, posiciona-se a jurisprudência brasileira: “[...]. Tratando-se a gestão temerária de crime habitual, resta configurada a coisa julgada quando o réu já foi processado e condenado pelo crime tipificado no artigo 4º, parágrafo único, da Lei 7.492/86, ocorrido em período que engloba os fatos imputados nesta ação penal. Precedentes”. BRASIL. Tribunal Regional Federal. 4ª Região. Apelação criminal 2004.70.00.032208-4/PR. Disponível em: <<http://www.elciopinheirodecastro.com.br>>. Acesso em: 13 abr. 2012. Ao contrário desse entendimento, há alguns doutrinadores que defendem que os efeitos consuntivos do caso julgado do delito habitual englobam os fatos praticados até o momento da formalização da acusação. Consultar: CATENA MORENO, Victor (dir.). *El proceso penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 2000. V. 5. Tomo III. p. 2445. PÉREZ MANZANO, Mercedes. *La prohibición constitucional de incurrir in bis in idem*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. p. 109.

611 “Constituindo uma só e única infração, [...] não se pode propor contra o agente mais que uma ação penal”. MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millenium Editora, 2000. V. 3. p. 93. Vide ainda: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Tomo I. p. 319. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. V. 2. p. 629. CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín. *La cosa juzgada penal*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1975. p. 138. A. ARLAS, José. *La cosa juzgada penal y su eficacia sobre la materia civil*. Montevideo: Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1950. p. 69. SILVA, Germano Marques. *Curso de processo penal*. 3. ed. Lourdes: Editorial Verbo, 1996. p. 295

607 LEÓN VILLALBA, Francisco Javier de. *Acumulación de sanciones penales y administrativas: sentido y alcance del principio ne bis in idem*. Barcelona: Bosch, 1998. p. 495.

608 Para Jescheck, além da concepção “natural” de ação, haveria a unidade típica de ação em sentido estrito, a unidade típica de ação em sentido amplo e a unidade jurídica da ação. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general*. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares Editorial, 2002. p. 764-772.

Admite-se o ajuizamento de novo processo pelo período não compreendido na primeira imputação, desde que por fatos ocorridos após o trânsito em julgado da decisão final.⁶¹²

No que diz respeito ao crime continuado, há de ser ressaltado que, mesmo sendo constituído por uma pluralidade de ações (em sentido natural), é tratado como unidade jurídico-material de ação, por ter o legislador optado em valorar essa pluralidade de condutas como uma única figura delitiva.

Assim, apesar da pluralidade “natural” de ações, a existência dos “elos de uma mesma corrente” do crime continuado implica tratamento unitário da culpabilidade, tendo como principal consequência jurídica que os plurais fatos dependentes do “nexo de continuidade” sejam sancionados como um só crime.⁶¹³

Problema controverso surge na delimitação dos efeitos dessa singularidade: somente para os fins de aplicação da pena deve-se aceitar a unidade jurídica da continuidade delitiva, ou esse sentido de “crime único” deve se estender para outras consequências?

612 Prevalece nos tribunais brasileiros o entendimento de que o termo final da permanência pode ser tanto a sentença como a denúncia: “CRIME PERMANENTE. A MANUTENÇÃO DA ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA APOS A CONDENAÇÃO OU MESMO A DENÚNCIA CONSTITUI NOVO CRIME [...] INOCORRE ‘BIS IN IDEM’ NA NOVA IMPUTAÇÃO”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 3.222/RJ, Rel. Ministro Adhemar Maciel, Sexta Turma, julgado em: 24 maio 1995, DJ 02 out. 1995. p. 32421. “[...] Em que pese o crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei Especial envolver a prática reiterada de atos, de modo a caracterizar unidade jurídica e, em consequência, uma única ação penal, se após a prisão em flagrante e sua posterior liberação, os atos potencialmente delitivos continuaram ocorrendo, dando ensejo à outra prisão em flagrante, em dias praticamente subsequentes, é perfeitamente possível a instauração de novo procedimento criminal”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 107.760/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em: 21 maio 2009, DJe: 15 jun. 2009. Admitindo o ajuizamento de novo processo pelo período não compreendido na primeira denúncia: NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 803.

613 O Código Penal brasileiro disciplina o crime continuado na parte que trata do concurso de crimes, nos seguintes termos: “Crime continuado. Art. 71. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços. Parágrafo único. Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código”. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 29 jun. 2011.

Não são poucos os que defendem uma unidade jurídica integral do crime continuado, sustentando a ocorrência de ofensa ao princípio do *ne bis in idem* no ajuizamento de novo processo relativo a fatos de uma continuidade delitiva, depois de definitivamente julgada, ainda que esses “recortes naturais” não tivessem constado do primeiro processo.⁶¹⁴

Todavia, considerando-se que o crime continuado, a despeito de receber tratamento de uma unidade jurídica de ação, é constituído por diversas condutas que, de forma independente, subsumem-se a diversos tipos legais, inclusive com momentos consumativos autônomos, entende-se que os fatos cometidos em uma série continuada, quando não constantes de determinado caso penal julgado, podem ser objeto de outro processo, sem que isso represente violação do princípio do *ne bis in idem*.⁶¹⁵

614 CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín. *La cosa juzgada penal*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1975. p. 135-137. CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*. Tradução por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América Bosch & Cia, 1950. V. 4. p. 201. CARAMUTI, Carlos S. *Concurso de delitos*. Buenos Aires: Hammurabi, 2006. p. 284. No Brasil, destaca-se o pensamento de Heleno Cláudio Fragoso, para quem haveria unidade da continuidade delitiva para todos os efeitos, processuais e substanciais. Afirmando que, após o trânsito em julgado de sentença que decidiu sobre fatos inseridos em continuidade delitiva, torna-se preclusa qualquer decisão por fatos integrantes da mesma série. “E isso, quer os fatos novos tenham sido descobertos antes ou depois da sentença e ainda que ela os tenha totalmente ignorado”. FRAGOSO, Heleno. *Crime continuado, unidade de processo, coisa julgada*. Disponível em: <<http://www.fragoso.com.br>>. Acesso em: 30 jun. 2006.

615 MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millenium Editora, 2000. V 3. p. 94. BÉZE, Patrícia Mothé Glioche. *Concurso formal e crime continuado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 173-174. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Tomo I. p. 320. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 291-292. FAYET JÚNIOR, Ney. *Do crime continuado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 145-147. E o entendimento que predomina na jurisprudência brasileira também é o que limita a unidade jurídica do crime continuado à aplicação de pena: “CRIME CONTINUADO. [...] DESCOBERTA POSTERIOR DE OUTROS PECULATOS OCORRIDOS ANTERIORMENTE. NOVO PROCESSO CRIMINAL. AUSÊNCIA DE COISA JULGADA”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 56773, Relator(a): Min. Soares Munoz, Primeira Turma, julgado em: 12 dez. 1978. p. 183. “A existência de sentença condenatória definitiva não impede o oferecimento de nova denúncia contra sócio de empresa, pelos mesmos fatos delituosos, mas relativos a períodos posteriores”. BRASIL. Tribunal Regional Federal. 4ª Região. *Recurso criminal em sentido estrito nº 98.04.07332-3/SC*. 2ª Turma. Acórdão. Relator: João Pedro Gebrean Neto. Porto Alegre, RS, 03 ago. 2000.

Além do mais, instaurados processos distintos em relação às condutas de uma continuidade delitiva,⁶¹⁶ não há óbice que, depois do trânsito em julgado de decisão condenatória em algum deles, sejam as penas unificadas.⁶¹⁷

Por fim, em relação ao concurso formal de crimes, tendo-se em vista que sua nota característica é a unidade de conduta⁶¹⁸, defende-se que, em razão dos princípios da unidade, da indivisibilidade e da consunção do objeto processual, não se deve permitir a renovação do exercício do *ius puniendi* sobre um idêntico “agire”. Ainda que se trate de imputação incompleta ou equivocada no primeiro processo, a pretensão punitiva restou satisfeita, sendo vedada sua repetição sob qualquer outro pretexto ou valoração.⁶¹⁹

616 Ressalte-se que, como bem aduzido por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, todas as condutas relacionadas à série continuada devem ser reunidas, com a necessária e obrigatória unificação de todos os processos que digam respeito ao crime continuado. SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). *Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva (criminalista do século)*. São Paulo: Método, 2011. p. 211.

617 Nessa hipótese, faz-se necessária a distinção de algumas situações. Se tiver havido condenação por um único crime, sobrevivendo condenação por outro crime que permita a configuração de continuidade delitiva, caberá ao juízo das execuções penais unificar as penas. Se a primeira condenação já tiver tratado de mais de crime unificado em uma continuidade, diante da nova condenação, o juízo das execuções unificará as penas, aplicando a causa de aumento mais adequada à hipótese. Entretanto, se a causa de aumento decorrente da continuidade delitiva tiver sido aplicada na condenação anterior em seu grau máximo (dois terços), embora não haja impedimento para novo processo, no processo de unificação das penas, quanto à nova condenação do crime que ainda não havia sido julgado, não será possível qualquer acréscimo, pois a causa de aumento cominada ao crime continuado já foi fixada no máximo legal permitido. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Tomo I. p. 320.

618 MAURACH, Reinhart. *Derecho penal: parte general*. Atualizada por Karl Heinz Gössel e Heinz Zipf. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995. V. 2. p. 564. Nos termos do Código Penal brasileiro, art. 70, *caput*, ocorre concurso formal de crimes “quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não”. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 25 set. 2011.

619 JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGAND, Thomas. *Tratado de derecho penal. Parte general*. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares Editorial, 2002. p. 774. A. ARLAS, José. *La cosa juzgada penal y su eficacia sobre la materia civil*. Montevideo: Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1950. p. 69. Ver também: NÚÑEZ, Ricardo (dir.). Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple (*ne bis in idem*): doctrina penal. *Teoría y práctica en las ciencias penales*, año 9, n. 33 a 36. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1986. p. 435. ARMENTA DEU, Tereza. *Lecciones de derecho procesal penal*. Madrid: Marcial Pons, 2003. p. 292. No Brasil, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu nesse sentido: “CONDUTA ÚNICA. CONCURSO FORMAL DE CRIMES. AJUIZAMENTO DE DUAS AÇÕES PENAS. DUPLA CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. COISA JULGADA. [...] 1. Se o Ministério Público, no curso da ação penal, verifica que a conduta descrita na denúncia configura a prática de mais de um delito, cabe-lhe aditar a exordial. Aliás, o próprio magistrado, quando da prolação da sentença condenatória, pode alterar a tipificação legal atribuída pelo órgão acusatório, nos termos do art. 383 do Código de Processo Penal (*emendatio libelli*). 2. Não se pode admitir que, numa típica hipótese de concurso formal, que é justamente

É que a coincidência fática, ainda que mínima, dos elementos que compõem os tipos envolvidos no concurso formal de crimes, representando círculos secantes, impede a reavaliação desse mesmo “recorte” de fato”.

Admite-se, contudo, que essa questão não é pacífica, havendo abalizados posicionamentos sobre a possibilidade de o acusado ser novamente processado e julgado por outro crime cometido em concurso formal, principalmente quando forem diversos os bens jurídicos tutelados pelas normas punitivas concorrentes.⁶²⁰

4.5. Interseção entre o direito penal e o direito administrativo sancionador: critérios de resolução

Como bem destaca Prieto Sanchís, seria tarefa com pouca – ou nenhuma – utilidade a construção de uma teoria própria do direito administrativo sancionador, mormente da problemática decorrente da infração administrativa, pois, *prima facie*, os valores por ele tutelados não se diferenciam dos protegidos pelo direito penal.⁶²¹

caracterizado pela prática de mais de um crime por meio de uma única conduta, seja oferecida uma segunda denúncia contra o réu, imputando-lhe a prática do delito cuja menção fora olvidada quando do ajuizamento e do julgamento da primeira ação penal”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 102.244/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em: 13 out. 2009, DJe: 03 nov. 2009.

620 MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millenium Editora, 2000. V. 3. p. 93. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. V. 2. p. 627. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito processual penal*. Tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 319. MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do *ne bis in idem* e a Constituição brasileira de 1988. *Boletim científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Ano 4, n. 16, jul./set. 2005. p. 34. O Supremo Tribunal Federal decidiu que, em regra, é possível o ajuizamento de duas ações no caso de tipos concorrentes de um concurso formal: “HABEAS CORPUS. CRIME FALIMENTAR E CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. COINCIDÊNCIA FÁTICA. EXCEÇÃO DE COISA JULGADA E BIS IN IDEM. NÃO-OCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. De uma determinada situação fática pode resultar o cometimento, em tese, de mais de um crime, idênticos ou não, conforme prevê a regra do concurso formal. Para que a exceção de coisa julgada seja acolhida é preciso que haja identidade de partes, objeto e fundamentos do pedido”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 93917, Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em: 02 jun. 2009, DJe-121 30 jun. 2009.

621 PRIETO SANCHÍS, Luis. *Revista española de derecho constitucional*. Año 2, num. 4, jan.-abr., 1982. p. 110.