

GABRIELA ESTEFANIA PAREDES ARCENTALES

***Ne bis in idem* e dupla imputação: reconhecimento e controle no processo
penal brasileiro**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Dr. Marcos Alexandre Coelho Zilli

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2018

GABRIELA ESTEFANIA PAREDES ARCENTALES

***Ne bis in idem* e dupla imputação: reconhecimento e controle no processo
penal brasileiro**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de direito processual penal, sob orientação do Prof. Dr. Marcos Alexandre Coelho Zilli

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2018

AGRADECIMENTOS

Foram quatro anos de muito sacrifício, aprendizado e amadurecimento, acadêmico e pessoal. Não há palavras ou páginas suficientes para agradecer a todos que fizeram parte dessa longa, tortuosa e gratificante jornada, vou contemplar os que mais intensamente se viram obrigados a me acompanhar nessa conquista.

Um eterno e sempre insuficiente agradecimento à minha família, por tudo! Ao meu pai porque *al fin de todo he comprendido que lo que tiene el árbol de florido vive de lo que sepultado*. À minha mãe, exemplo de perseverança, dedicação e comprometimento com o progresso e o aprimoramento da profissão. Ao meu irmão, modelo de disciplina e foco, pela silenciosas lições através das conquistas pessoais. Ao meu querido companheiro de vida, Fernando, por todo o apoio e paciência desde o vestibular até a formatação deste trabalho, quem compartilhou cada sacrifício, choro, alegria e nervosismo que a elaboração dessas páginas geraram e, mesmo assim, permanece ao meu lado traçando novos projetos.

Ao querido professor Marcos Zilli, por ter me concedido a honra de ser sua orientanda, pela paciência durante o meu amadurecimento acadêmico e por exigir que eu desse o meu melhor, desde as primeiras lições de processo penal. À professora Marta Saad que, desde a inscrição no programa de pós graduação, foi extremamente atenciosa e acessível e cujas valiosas contribuições espero ter contemplado no trabalho. Ao professor Antonio Magalhães por acreditar que o trabalho apresentado na qualificação merecia progredir e poderia prosperar. Ao professor Gustavo Badaró pela gentileza em me deixar consultar sua biblioteca.

Aos fiéis colegas de jornada e queridos amigos que, desde a inscrição, caminham ao meu lado e me incentivam na vida acadêmica, Lucas e Pedro. Ao Dr. Guilherme Ferreira da Cruz e à querida Solimar Cardoso que me apoiaram e estimularam a decisão de iniciar essa jornada. Ao querido eterno chefe e revisor oficial, João Augusto Gameiro, pelo apoio, paciência e disponibilidade para revisar cada palavra repetida dessa dissertação.

À minha equipe de trabalho, sem a compreensão, apoio e ajuda de quem eu não poderia ter terminado essas páginas. Em especial, aos colegas de trabalho e queridos amigos José Rodolfo e Arthur pelo apoio, paciência e bom humor com o qual me acompanharam durante essa etapa acadêmica.

*Uma flor nasceu na rua!
Passem de longe, bondes, ônibus, rio de
aço do tráfego
Uma flor ainda desbotada
(...)
Sua cor não se percebe.
Suas pétalas não se abrem.
Seu nome não está nos livros.
(...)
É feia. Mas é uma flor. Furou o asfalto, o
tédio, o nojo e o ódio.*

A flor e a náusea – Carlos Drummond de
Andrade

*Cambia lo superficial
Cambia también lo profundo
Cambia el modo de pensar
Cambia todo en este mundo ...*

Todo cambia – Mercedes Sosa

RESUMO

O trabalho aborda o princípio *ne bis in idem* em sua manifestação processual e vertente simultânea. Trata-se de uma análise da incidência do princípio em duas ou mais persecuções penais simultâneas no processo penal brasileiro. Para tanto, é feita uma apresentação crítica de conceitos tradicionais como o objeto do processo, a lide penal, a litispendência e os elementos da ação. A imputação é definida como parâmetro de comparação entre duas persecuções penais para o reconhecimento de eventual *bis in idem*. Reconhece-se a incidência do *ne bis in idem* em ambas fases da persecução penal e sua manifestação através de diversos veículos. A identificação dos elementos da imputação é imprescindível para o reconhecimento e controle da violação ao princípio. O processo penal brasileiro não prevê, expressamente, o princípio e não possui instrumentos processuais próprios para sanar eventual violação a *ne bis in idem*. O trabalho apresenta os diversos veículos de manifestação da imputação, propõe uma análise comparativa voltada ao reconhecimento de imputações idênticas e simultâneas e apresenta possibilidade de controle da violação através de instrumentos disponíveis no processo penal brasileiro.

Palavras-chave: *ne bis in idem*, princípio, imputação penal, objeto do processo, persecuções penais, litispendência, elementos da ação, *habeas corpus*, inquérito policial, comissões parlamentares de inquérito, procedimento investigatório criminal.

ABSTRACT

The main subject of this dissertation is the *ne bis in idem* principle in its procedural manifestation and concerning simultaneous prosecutions. It provides an analysis of the application of the principle in two or more simultaneous prosecutions. For this purpose a critical presentation of traditional concepts such as the object of the process, “lide”, “litispendencia” and the elements of the prosecution is made. The imputation is defined as a parameter to compare two criminal prosecutions aiming to identify a potential *bis in idem*. The application of the principle *ne bis in idem* encompasses both stages of the criminal prosecution, the investigation and the court proceedings. It is indispensable to distinguish the elements of the imputation to identify and control potential violations. The Brazilian criminal procedure does not have an express provision of the principle nor specific procedural instruments to formally recognize and control a violation. The dissertation presents several vehicles used to manifest the imputation, proposes a comparative analysis of identical and simultaneous imputations and presents the possibility of controlling the violation using existing procedural instruments in the Brazilian criminal procedure.

Keywords: *ne bis in idem*, principle, imputation, object of the process, criminal prosecutions, litispendencia, *habeas corpus*, criminal investigations

Sumário

Introdução	11
CAPÍTULO 1 - DEFINIÇÃO E TERMINOLOGIA ADOTADAS PARA ANÁLISE DO PRINCÍPIO DO <i>NE BIS IN IDEM</i>	17
1.1 Terminologia adotada: <i>non bis in idem</i> x <i>ne bis in idem</i>	17
2. Natureza da Proibição de incorrer em <i>bis in idem</i>	20
1.2.1 Definição e espécies de normas jurídicas: a distinção entre regras e princípios .	23
1.2.2 <i>Ne bis in idem</i> como mandamento de otimização	25
1.3 Fundamentos do <i>ne bis in idem</i>	26
1.3.1 Direito à Liberdade.....	29
1.3.2 Legalidade Penal	31
1.3.3 Princípio da Proporcionalidade	34
1.3.4 Segurança Jurídica.....	36
1.3.5 Devido Processo Legal	40
1.4 Manifestações do princípio <i>ne bis in idem</i>	42
1.4.1 <i>Ne bis in idem</i> Material: proibição de múltiplas sanções pelo mesmo fato.....	44
1.4.2 <i>Ne bis in idem</i> processual: proibição de múltiplas persecuções pelo mesmo fato	45
1.4.2.1 Proibição de persecuções idênticas e sucessivas	46
1.4.2.2 Proibição de persecuções idênticas e simultâneas	50
CAPÍTULO 2 - O OBJETO DO PROCESSO PENAL	55
2.1 Objeto do processo e <i>ne bis in idem</i>	55
2.2 O objeto do processo e seu conteúdo na teoria geral do processo	56
2.2.1 Objeto do processo composto por afirmação do direito material ou circunstâncias de fato que fundamentam o pedido	58
2.2.2 Afirmação do pedido como conteúdo do objeto do processo.....	59
2.2.3 Pedido e causa de pedir como elementos constitutivos do objeto do processo...	61

2.2.4 A situação substancial como conteúdo do objeto do processo.....	63
2.2.5 A relação jurídica processual e o conceito de lide	65
2.3 Objeto e conteúdo do processo penal.....	67
2.3.1 Teorias sobre o objeto do processo penal.....	69
2.3.2 A lide como objeto do processo penal.....	70
2.3.2.1 A (im)possibilidade da transposição do conceito de lide ao processo penal	74
2.3.3 A Pretensão punitiva como objeto do processo penal	77
2.3.4 A pretensão processual (acusatória) como objeto do processo penal.....	81
CAPÍTULO 3 - IDENTIDADE DE IMPUTAÇÕES E RECONHECIMENTO DO	
BIS IN IDEM.....	86
3.1 Imputação como elemento constitutivo da pretensão acusatória	86
3.2 A imputação penal: um juízo progressivo.....	89
3.2.1 Imputação em sentido amplo.....	91
3.2.2 Imputação em sentido estrito.....	97
3.3 Elementos da imputação	102
3.3.1 Descrição do fato concreto na imputação.....	103
3.3.1.1 Fato histórico, fato penal e fato processual penal	105
3.3.1.2 Identificação do fato imputado	109
3.3.1.3 Definição de fato para fins de identificação de imputações iguais e	
simultâneas.....	113
3.3.1.4 Fato novo e fato diverso.....	118
3.3.2.1 Tipificações única e plural	124
3.3.2.1.1 Concurso de crimes	125
3.3.2.1.2 Conflito aparente de normas	127
3.3.2.2 Tipificação na etapa investigatória	129
3.3.2.3 Tipificação na etapa processual	130
3.3.2.4 Alteração da classificação jurídica no processo penal brasileiro.....	131
3.3.3 Atribuição do fato criminoso a determinado(s) indivíduo(s)	132

3.3.3.1 Sujeito Ativo	133
3.3.3.2 Sujeito Passivo	135
3.4 Cumulação de Imputações	138
3.4.1 Imputações Conexas	139
3.4.2 Imputação Alternativa	141
CAPÍTULO 4 - DUPLA IMPUTAÇÃO E VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO <i>NE BIS IN IDEM</i> NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	145
4.1 Previsão normativa da proibição de incorrer em <i>bis in idem</i>	145
4.2 Imputação na Fase Investigatória.....	148
4.2.1 Inquérito Policial	151
4.2.1.1 Manifestação da imputação através do indiciamento	153
4.2.2.2 Manifestação da imputação através da imposição de medidas cautelares..	158
4.2.2.3 Manifestação da imputação através da utilização de meios de obtenção de prova na fase investigatória	162
4.2.2 Procedimento Investigatório Criminal – PIC	166
4.2.3 Comissões Parlamentares de Inquérito.....	169
4.3 Imputação na fase processual.....	174
4.3.1 Elementos da ação e elementos da imputação no processo penal brasileiro	177
4.3.2 Concurso de delitos	181
4.3.3 Crime permanente e crime habitual.....	188
4.3.4 Coautoria e participação	191
4.3.5 Crime tentado e crime consumado	195
4.3.6 Crime de menor potencial ofensivo.....	198
4.2 Conflito de Jurisdições	199
4.2.1 Jurisdição Federal x Jurisdição Estadual	200
4.2.2 Jurisdição Comum x Jurisdição Especializada.....	203
CAPÍTULO 5 - DUPLA IMPUTAÇÃO E VIOLAÇÃO AO <i>NE BIS IN IDEM</i>: CONTROLE NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	209

5.1 Aplicação do princípio à fase pré-processual.....	209
5.1.1 Delimitação do conceito de imputação e sua manifestação na fase investigatória	218
5.1.2 Controle da dupla imputação na fase investigativa	222
5.1.2.1 Inquérito Policial.....	223
5.1.2.2 Procedimento Investigatório Criminal.....	227
5.1.2.3 Comissões Parlamentares de Inquérito	229
5.2 Aplicação do princípio à fase processual	232
5.2.1 Delimitação do conceito de imputação na ação penal.....	233
5.2.2 Reconhecimento de imputações idênticas na fase processual	236
5.3 Controle da dupla imputação na fase processual	240
5.3.1 Controle no oferecimento de denúncia ou queixa	241
5.3.2 Controle no juízo de admissibilidade da nova imputação	243
5.3.2.1 Exceção de litispendência.....	245
5.3.2.2 Recursos cabíveis contra o reconhecimento	247
5.3.2.3 Recursos cabíveis contra o não reconhecimento	249
5.4 Reconhecimento e controle <i>ex officio</i>	251
5.5 <i>Ne bis in idem</i> x <i>favor rei</i>	254
Conclusão.....	259
Bibliografia.....	264

Introdução

O processo penal é marcado por movimentos pendulares, ora prevalecendo ideias de segurança social, de eficiência repressiva, ora predominando pensamentos de proteção ao acusado, de afirmação e preservação de suas garantias¹. De um lado, na evolução do relacionamento indivíduo-Estado, sentiu-se a necessidade de normas que garantissem os direitos fundamentais do ser humano contra o forte poder estatal intervencionista, por outro lado, foram também cunhados tratados fundados em motivações de ordem repressiva².

O panorama jurídico brasileiro atual, parece estar se inclinando, em um ritmo mais acelerado do que o costumeiro, para o enfraquecimento das garantias processuais penais. Essa inclinação em sentido contrário à proteção e garantia do acusado, ao menos no Brasil, aparenta estar intimamente ligado aos diversos esquemas de corrupção que paulatinamente estão sendo “desvendados” nos últimos anos. A natureza das pessoas envolvidas, a quantia de dinheiro manipulada e a duração dos referidos esquemas tem sido o foco constante da mídia e tem causado repugnância à população em geral.

Essa repugnância tem despertado um sentimento de necessária punição a qualquer custo, à mais grave sanção e no menor tempo possível. Há na verdade, uma mistura entre o medo de ver impunes aqueles que, segundo os fatos revelados na mídia, tem cometido as mais diversas infrações penais e a necessidade de retribuir o dano causado a eles de alguma forma. Contudo, os profissionais do direito, principalmente do direito processual penal, devem manter certa, imparcialidade e racionalidade técnica em relação a essa comoção pública.

O direito processual penal é regido por princípios, regras e garantias que não podem ser derogadas ou mitigadas a depender do acusado, do crime ou da vítima, em cada caso. Trata-se de um conjunto de disposições que devem ser respeitadas para poder conferir legitimidade ao processo, ainda que o acusado tenha cometido o crime mais grave e/ou

¹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 7ª Ed. Rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 23.

² Estes últimos possuem duas intenções diferentes: a) estimular os países a punir condutas criminosas dirigidas aos indivíduos mais vulneráveis, cujos direitos devem, por isso, ser melhor protegidos; b) a reprimirem crimes graves e ofensivos aos interesses dos diversos países. FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 7ª Ed. Rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 23-24.

hediondo possível. Ele deve ser submetido a um processo penal legítimo, conduzido com respeito ao devido processo legal.

É nesse cenário que surge a necessidade inadiável de tratar do princípio *ne bis in idem*. A proibição de punir ou processar múltiplas vezes o mesmo indivíduo pelo mesmo fato é corolário do devido processo legal e não pode, portanto, ser mitigado ou excetuado, ainda que a conduta supostamente praticada pelo indivíduo cause náusea ao juiz, à população, à vítima ou a qualquer outra pessoa³. O trabalho debruça-se especificamente sobre o princípio *ne bis in idem* e analisa sua aplicação na persecução penal estabelecendo a necessidade de aplicar integralmente o princípio de modo a caminhar em direção ao garantismo no processo penal sem, contudo, comprometer sua eficiência.

É abundante a quantidade de escritos sobre o *ne bis in idem* material, isto é, sobre a proibição de múltiplas sanções e, conseqüentemente, há também vasta jurisprudência sobre o assunto. Também no âmbito processual, já há uma considerável quantidade de escritos sobre a coisa julgada. A proibição de múltiplas persecuções sucessivas contra o mesmo indivíduo e pelo mesmo fato já foi objeto de diversas obras, discussões e consta em todos os manuais de processo penal e códigos processuais penais comentados. Contudo, há raras, e em alguns casos nenhuma, referência à proibição de persecuções simultâneas contra o mesmo agente e pelo mesmo fato.

A doutrina tem dedicado seus esforços a discutir sobre limites objetivos e subjetivos da coisa julgada. O *ne bis in idem*, em sua manifestação processual, tem sido tão pouco discutido pela doutrina nacional que a grande maioria de manuais de processo penal disponíveis sequer o menciona entre os princípios que regem o processo penal. Não há um capítulo ou tópico sequer destinado ao tratamento desses princípios e de suas manifestações, apenas a coisa julgada é brevemente abordada no capítulo correspondente à sentença.

³ “The rule has both individual and procedural benefits. It gives effect to the necessity of achieving finality in criminal litigation. It addresses the power of imbalance that exists between prosecution authorities and the accused by limiting the power of the state to prosecute and investing the accused and the prosecution with asymmetric rights of appeal. In particular, the rule recognizes the hardship and distress caused to a person who is subject to repeated prosecutions. The rule also promotes efficient investigation by prosecution authorities (and police) by providing only one opportunity to secure a conviction”. MCMAHON, Marilyn. *Retrials of persons acquitted of indictable offences in England and Australia: exceptions to the rule against double jeopardy*. p. 160. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/263084072_Retrials_of_Persons_Acquitted_of_Indictable_Offence_s_in_England_and_Australia_Exceptions_to_the_Rule_Against_Double_jeopardy Acesso em 12.12.2017.

No que tange às persecuções simultâneas, brevíssima menção é normalmente feita no tópico referente às exceções, especificamente, ao tratar da exceção de litispendência. BADARÓ, por exemplo, explica que ninguém poderá ser processado duas vezes pelo mesmo fato (*ne bis in idem*), assim, não poderá haver dois processos iguais, quer, simultaneamente, quer um após o outro. “No primeiro caso caberá exceção de litispendência; no segundo, a exceção de coisa julgada”.⁴

O presente trabalho se propõe, justamente, a tratar do *ne bis in idem* na sua manifestação processual e sobre a vertente de proibição de persecuções simultâneas. Para tanto, uma breve introdução sobre o *ne bis in idem* é feita no primeiro capítulo, estabelecendo as premissas nas quais está sedimentado o raciocínio e a conclusão. Parte-se inicialmente da definição terminológica e da natureza do *ne bis in idem* para, posteriormente, expor seus fundamentos e, por fim, abordar suas manifestações e as vertentes inseridas na manifestação processual.

O objetivo do primeiro capítulo é, portanto, fornecer uma visão geral do princípio *ne bis in idem* e estabelecer as premissas do trabalho. Uma vez que, a ciência jurídica precisa analisar e expor de modo racional uma forma de se identificar e examinar, em extensão e profundidade, a área normativa ocupada pelo “conteúdo essencial” do princípio *ne bis in idem*.⁵ Mais especificamente sobre o conteúdo essencial da manifestação processual do princípio na sua vertente de persecuções simultâneas.

O segundo capítulo, também é destinado ao estabelecimento das premissas do trabalho. Porém, nele já entramos propriamente no *ne bis in idem* em sua manifestação processual. Mais precisamente, aborda-se a discussão acerca da definição do *bis* no processo penal, a matéria sobre a qual recai a apreciação judicial e a proibição sob análise⁶. Inicialmente são expostas as diversas teorias sobre objeto do processo na teoria geral já que delas se partiu para a construção de uma definição de objeto do processo penal.

⁴ BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. 3ª Ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015. p. 328. LOPES JR. ressalva a inadequação da expressão *litispendência* nesse tópico e explica que “jamais se deve admitir o *bis in idem* (duplicidade) de acusações em relação ao mesmo fato aparentemente criminoso, de modo que a exceção de litispendência conduzirá inexoravelmente à extinção de um dos feitos”. LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 527.

⁵ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 264.

⁶ Sobre esse ponto, MARQUES explica que com a litispendência demarca a estabilização da instancias, uma vez que fica perfeitamente delimitado, através da imputação contida na denúncia, o objeto da acusação. Tratando-se da projeção externa dos elementos da ação, para verificar-se da existência, ou não, do *bis in idem*, é necessária a identidade de ações, surgindo dessa forma, ou a *litispendência* ou a *coisa julgada*. MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Vol. II. 3ª atualização. Campinas: Millennium, 2009. p. 248.

Há, também, no segundo capítulo uma breve referência à concepção de lide no processo. Essa referência se justifica em virtude da transposição da ideia de “lide pendente” e “litispendência”, do processo civil para o penal. É essa litispendência que tem sido considerada como *bis in idem* em persecuções penais simultâneas⁷. Como a análise do trabalho parte da premissa de que o princípio *ne bis in idem* permeia toda a persecução penal e, portanto, não se restringe à fase processual, esse esclarecimento preliminar sobre lide é necessário.

No capítulo terceiro aborda-se o núcleo do trabalho, trata-se da principal figura que norteia o raciocínio desenvolvidos nos capítulos subsequentes, a imputação. Nele estão condensados conceitos imprescindíveis para a elaboração e confirmação do raciocínio de reconhecimento e controle das violações ao *ne bis in idem*, nos moldes propostos pelo trabalho. Explicamos nele que a comparação deve dar-se entre imputações a partir da análise cuidadosa de seus elementos e não entre ações penais.

Os elementos da imputação não podem confundir-se com os elementos da ação. Primeiro porque a imputação é um conceito que antecede a ação, há imputação já na fase de investigação. Segundo porque a comparação dos elementos da ação (partes, pedido e causa de pedir), transferida do processo civil, não se adequa às particularidades do processo penal. Assim, por exemplo, não há que se falar em partes da ação já que haverá violação mesmo que uma persecução seja conduzida pelo Ministério Público e outra pelo querelante.

Além de apresentar os elementos da imputação, nesse capítulo também sinalizamos temas concretos que costuma gerar dúvidas quando da aplicação do princípio, como é o caso do concurso de crimes e da cumulação de imputações. Trata-se apenas de uma breve sinalização já que os pontos são efetivamente abordados e detalhados nos capítulos seguintes, desde o ponto de vista do reconhecimento e do controle da violação ao *ne bis in idem*.

O capítulo quarto trata inicialmente da escassa e precária disciplina normativa do princípio do processo penal brasileiro para, posteriormente, mergulhar no reconhecimento de imputações idênticas e simultâneas, tanto na fase investigatória quanto na processual.

⁷ Nesse sentido, MIRABETE explica que como a lei processual penal não prevê quando se inicia e quando termina a situação de pendência (“a lide pende de julgamento), deve-se aplicar analogicamente o Código de Processo Civil. Da mesma forma, os elementos identificadores da “demanda” provém do processo civil, são eles: o pedido, as partes e a causa de pedir. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 216-217.

Nesse capítulo apresentam-se os diversos veículos de manifestação da imputação na fase de investigação e nas diversas espécies de investigação. Na fase processual o veículo de manifestação da imputação é legalmente definido, porém, a polêmica gira em torno de questões práticas que podem causar dúvida ao reconhecer a violação no caso concreto.

Por fim, o último capítulo analisa o controle da dupla imputação no processo penal e sugere os veículos processuais adequados em cada situação para sanar a violação ao *ne bis in idem*. Se a ausência de previsão normativa expressa no ordenamento jurídico brasileiro já representa uma verdadeira dificuldade para o reconhecimento de situações nas quais ocorre *bis in idem* penal, a questão é ainda mais complicada ao abordar a forma como ser efetuado o controle de tais violações.

O trabalho se propõe a fornecer uma luz sobre o princípio *ne bis in idem* e, especificamente, sobre o reconhecimento e controle de imputações idênticas e simultâneas no processo penal brasileiro. Contudo, é necessário esclarecer que a análise restringiu-se a procurar estabelecer parâmetros de reconhecimento e controle nos casos concretos submetidos ao processo penal brasileiro. Portanto, a análise não engloba questões referentes a persecuções que se desenvolvem simultaneamente perante a jurisdição brasileira e perante outra estrangeira.

A questão do *ne bis in idem* transnacional requer a elaboração de trabalho independente e, necessita do estabelecimento prévio de premissas nacionais. Trata-se de uma análise que abrange a comparação entre dois sistemas jurídicos diferentes e, portanto, sua complexidade demanda trabalho específico⁸. Incluir tal raciocínio neste trabalho seria abordar um tema complexo de maneira simplista.

Pretendemos, neste primeiro momento, estabelecer as diretrizes para reconhecimento e controle dentro do ordenamento jurídico brasileiro já que ainda não há abundante discussão ou previsão normativa sobre o tema e esse é um requisito lógico que antecede a discussão do *ne bis in idem* transnacional, em persecuções penais simultâneas.

O trabalho objetiva analisar o *ne bis in idem* sob o prisma de imputações penais idênticas e simultâneas. Sendo assim, não se abordará a discussão acerca de *bis in idem* se

⁸ O sistema europeu, por exemplo, já começou a se preocupar com essa questão. VERVALE explica que “there is no general rule of international law that imposes an international obligation to comply with the *ne bis in idem*. Its application is conventional and thus depends solely on the content of international treaties”. Desse modo, a difícil tarefa será harmonizar as diversas regulamentações domésticas sobre o assunto. VERVALE, John A. E. *Ne bis in idem: towards a transnational constitutional principle in the EU?* Vol. 4, issue 4, sept., 2013. Disponível em: <http://www.utrechtlawreview.org>. Acesso em: 12.12.2017. p. 211-213.

o mesmo fato é submetido à jurisdição penal e à administrativa sancionadora, simultaneamente pois a ultima não se refere a uma imputação penal.

Da mesma forma, sendo a simultaneidade das persecuções penais o principal critério de análise do trabalho, também a coisa julgada ou qualquer outra espécie de análise sobre persecuções penais sucessivas não será o foco do trabalho. Eventualmente, porém, será a coisa julgada e seus limites para elaboração, explicação ou complementação do raciocínio apresentado já que o estudo das persecuções sucessivas é mais vasto e profundo em relação aos das simultâneas.

CAPÍTULO 1 - DEFINIÇÃO E TERMINOLOGIA ADOTADAS PARA ANÁLISE DO PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM*

1.1 Terminologia adotada: *non bis in idem* x *ne bis in idem*

O debate acerca da proibição de incorrer em *bis in idem* já se inicia na expressão latina utilizada para designá-la. Alguns trabalhos adotam a expressão latina *non bis in idem*⁹ enquanto outros preferem referir-se à proibição como *ne bis in idem*. Ambas expressões são utilizadas para denominar tanto a proibição de dupla sanção quanto a de dupla persecução. Por isso, o ponto de partida do trabalho será a definição da expressão adotada com a sua correspondente fundamentação, lastreada em elementos históricos e linguísticos.

Existe certa controvérsia acerca da origem da proibição, sendo que duas perspectivas se destacam: a primeira considera que a proibição de incorrer em *bis in idem* originou-se do direito grego, especificamente da retórica dos áticos¹⁰; a segunda vertente atribui a origem do *ne bis in idem* ao direito romano, daí a razão para referir-se à proibição

⁹ Jacobo Barja de Quiroga denomina seu trabalho “El Principio del *non bis in idem*” e inicia o trabalho expondo a divergência terminológica e a origem do princípio. BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. *El principio non bis in idem*. Madrid. Dykinson, 2004. Javier Reig também opta pela expressão *non bis in idem* ao expor seus fundamento e natureza. REIG, Javier Boix. La jurisprudencia constitucional sobre el principio non bis in idem. In: *HOMENAJE al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Navarra: Aranzadi, 2005.

¹⁰ A origem grega do princípio atribui-se a uma citação constante de um discurso pronunciado por Demóstenes contra Leptino, no ano 355 a.C. quando o orador afirmou que a lei proibia que um mesmo homem fosse julgado mais de uma vez pelo mesmo assunto. Outra citação também considerada como fonte da proibição deu-se em 353 a.C. em um discurso escrito por Demóstenes no qual constava que o legislador não permitia que uma questão, uma vez decidida, fosse novamente objeto de demanda. BARJA DE QUIROGA escreve que “los rétores latinos tomaron este aforismo de los áticos y que carecía como tal de valor para jurisprudencia clásica, más allá de una simple exigencia de ‘buena fé’”. BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. *El principio non bis in idem*. Madrid. Dykinson, 2004. p. 15. SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria e perspectivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.p.12-14. A proibição, no antigo direito grego, possuía exceções. Era possível uma nova persecução penal quando no primeiro processo haviam sido ouvidas “testemunhas falsas”, por exemplo. RUDSTEIN, David. S. *A Brief History of the Fifth Amendment Guarantee against Double Jeopardy*, 14Wm. & Mary Bill Rts. J. 193 (2005). Disponível em: <http://scholarship.law.wm.edu/wmborj/vol14/iss1/8> Acesso em: 18.02.2016. Mariano Bertelotti explica que “en el juzgamiento contumaz que admitía el procedimiento griego, si el acusado no se presentaba, su culpabilidad se presumía y se dictaba sentencia. Dentro de los diez días posteriores, el acusado tenía la facultad de presentarse y así anular e juicio, debiendo iniciarse uno nuevo, según el procedimiento ordinario. Si bien no parece correcto asegurar que esta variante para revocar la sentencia constituyera una excepción a la esencia del principio en su actual formulación (...) lo cierto es que se juzgaba dos veces por el mismo hecho”. BERTELOTTI, Mariano. El principio *ne bis in idem* desde una perspectiva histórico-comparada. In. *Las garantías penales y procesales: Enfoque histórico-comparado*. Coord. Edmundo S. Hendler. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001. p. 107.

por meio de uma expressão latina. Dentro do direito romano, há três principais origens comumente atribuídas à proibição.

A primeira refere-se ao final do século IV a.c e afirma que Lei das XII Tábuas já continha a expressão *bis de eadem re agere ne liceat* para designar a proibição de apreciar duas vezes o mesmo assunto¹¹. A segunda, atribui a origem do princípio à edição da *Lex Repetundarum*, editada entre os anos 123 e 122 a.c, na qual ficou determinado que a sentença poria fim ao processo, não se admitindo nova ação pelos mesmos fatos. Por fim, a origem da proibição é também relacionada aos escritos de Quintiliano ou, mesmo que com caráter marcadamente ético, a Gaio¹², para quem “não é conforme a boa fé que se reclame duas vezes o mesmo”. Desta última vertente, há também registro no Digesto de Justiniano¹³.

No sistema da *common law*, há registro da primeira “aparição” do princípio em 1201, embora naquela época ainda houvesse divergência no tocante a sua aplicação. Curiosamente, a Magna Carta e o *Bill of Rights* não fizeram referência ao princípio, contudo, ao final do século XVII, as figuras do *autrefois acquit* (previamente absolvido) e do *autrefois convict* (previamente condenado) integraram o sistema da *common law* como objeções¹⁴.

A explicação acerca da origem histórica visa apenas a esclarecer a utilização de expressões latinas para designar a proibição sob estudo. Apesar de haver indícios de origem grega no princípio, foi a partir do direito romano que a expressão passou a ser empregada no âmbito do processo¹⁵. No direito romano, a nomenclatura do princípio sob

¹¹ ROCCO, Arturo. *Opere giuridiche*. Trattado della cosa giudicata come causa di estinzione dell’azione penale: Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1932. v.2. p. 44-45.

¹² SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria e perspectivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p.7-8.

¹³ Especificamente no que tange ao direito processual, o Digesto contém expressa referência ao *ne bis in idem*: *La irrevocabilità della sentenza o del decreto penale preclude un secondo giudizio nei confronti della stessa persona sul medesimo fato*. GIOVENE, Ambra. *Ne bis in idem*. In: *Giudicato. DIGESTO delle Discipline Penalistiche*. V. 5. 4ª Ed. Torino: UTET, 2006. p. 426. Giuridica, 2010. O Digesto prevê ainda exceções à proibição *the Digesto of Justinian explains that this principle means only that the individual cannot be charged by the same accuser, at least if the person who has now come forward as accuser be pursuing his own injury and shows that he had not known that an accusation had previously been brought by another, if there is good reason he is to be allowed to be an accuser*. RUDSTEIN, David. S. *A Brief History of the Fifth Amendment Guarantee against Double Jeopardy*, 14Wm. & Mary Bill Rts. J. 193 (2005). p. 200.

¹⁴ MEZEI, Péter. *Double Jeopardy in a Global Context: a Comparative Analysis of the Right not to be Tried or Punished Twice for the Same Criminal Offense*. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/264397500>. Acesso em 10.04.2017.

¹⁵ Jacobo Barja de Quiroga explica que no direito romano, *el principio non bis idem exigateur no tenia especial relevancia en el ámbito del derecho penal*. BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. *El principio non bis in idem*. Madrid. Dykinson, 2004. p. 15. MUÑOZ complementa a explicação de Barja de Quiroga ao esclarecer que os romanos centravam sua atenção na proibição de dupla reclamação pela mesma coisa, não

estudo decorre dos aforismos *bis de eadem re ne sit actio*¹⁶, *bis de eadem re agere ne liceat*¹⁷, *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*¹⁸ e *nemo debet bis puniri pro uno delicto*¹⁹. Todas essas expressões referem-se a uma negação, a ideia geral contida em todas elas é a de negar a possibilidade de uma dupla persecução ou sanção pelo mesmo fato ou delito contra o mesmo indivíduo.

A controvérsia das expressões latinas está centrada no emprego da partícula negativa, por isso são utilizadas as expressões *ne bis in idem* e *non bis in idem*. Ambas transmitem a ideia de “não duas vezes o mesmo”, contudo, na gramática latina utiliza-se a partícula *ne* para indicar a negação de um verbo imperativo. A partícula *ne* corresponde ao adverbio de negação utilizado como expressão de ordem ou de proibição. Representa, nessa hipótese, a forma negativa do imperativo, proclamada pelo presente subjuntivo²⁰.

A partícula *ne* é empregada com dois valores fundamentais: advérbio de negação e conjunção negativa. Como advérbio de negação expressa a vontade de que não se faça, isto é, constitui uma negação do imperativo. Utilizada como conjunção negativa introduz orações subordinadas completivas, portanto, sua tradução literal seria “que não” seguido do verbo principal²¹.

A partícula *non*, por sua vez, é empregada para negar aquilo que é enunciado como real²² e também como preposição interrogativa negativa (v.g *non dubito quin venturus sis* - não duvido que venhas). Os autores que preferem o emprego da partícula *non*

na generalidade do princípio. Formalizada a reclamação de algo, já não se poderia demandar novamente a respeito do assunto. MUÑOZ, José Clares. *Ne bis in idem y derecho penal. Definición, patologia y contrarios*. Murcia: Editorial DM, 2006. p. 33. SABOYA analisa que talvez devido a essa acepção estritamente processual da tradição romana, a doutrina e a jurisprudência brasileiras, frequentemente confundem – ou limitam – o princípio do *ne bis in idem* ao instituto da coisa julgada. SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria e perspectivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.p.10.

¹⁶ *Dois ações não podem ter o mesmo fundamento*. Tradução Livre.

¹⁷ *Não pode ser permitido sobre o mesmo assunto duas vezes*. Tradução Livre.

¹⁸ *Ninguém pode ser julgado duas vezes pela mesma causa*. Tradução Livre.

¹⁹ *Ninguém pode ser punido duas vezes por um delito*. Tradução Livre.

²⁰ A proibição exprime-se pelo presente do subjuntivo precedido do *ne*, nas primeiras e terceiras pessoas. AGUIAR, Joaquim Luís Mendes de; RIBEIRO, Roberto Gomes. *Gramáticas Latinas*. 3ª Ed. São Paulo, 1925. Disponível em <http://www.ime.usp.br/~ueda/br.ispell/latim.html>. Acesso em: 02.05.2016.

²¹ RUEDA, Mercedes. *El tratamiento de la negación en las gramáticas latinas*. Revista Contexto, n.29-30, 1997. p. 111. Disponível em <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/98054.pdf>. Acesso em 02.05.2016.

²² Mercedes Rueda esclarece que *non* deriva de *ne* (*neoinom* > *noenum* > *non*) e “se utiliza para negar lo que es enunciado como real y, por tanto, va en indicativo, lo que no impide que, a veces, aparezca delante del subjuntivo. También se emplea para negar el infinitivo y el participio. RUEDA, Mercedes. *El tratamiento de la negación en las gramáticas latinas*. p. 113. No mesmo sentido, Mariano Bertelotti esclarece que apesar de a doutrina e jurisprudência argentinas majoritárias utilizarem a partícula “non”, o correto ao enunciar a proibição em textos jurídicos deve ser expressada pela partícula “ne”. BERTELOTTI, Mariano. *El principio ne bis in idem desde una perspectiva histórico-comparada*. In. Las garantías penales y procesales: Enfoque histórico-comparado. Coord. Edmundo S. Hendler. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001. p. 106.

esclarecem que embora nos textos seja corretamente utilizada a partícula *ne*, ao tirá-la do contexto deve-se usar uma simples negação, portanto, *non*.

Entendemos que a partícula *ne* deve ser utilizada ao empregar a expressão latina para designar a proibição de apreciar duas vezes o mesmo fato pois se trata de uma proibição geral que não está restrita a uma situação particular. É uma negação que deve anteceder o verbo imperativo “submeter”. Assim, é uma negação aplicada de maneira geral no ordenamento jurídico de modo a evitar que um indivíduo possa ser submetido a dupla sanção ou duplo processo pelo mesmo motivo. Por meio da expressão *ne bis in idem* traduz-se uma intenção de não fazer. Não se deve apreciar mais de uma vez determinado fato.

2. Natureza da Proibição de incorrer em *bis in idem*

Uma vez estabelecida a expressão latina que será utilizada para designar a proibição sob análise, é necessário definir sua natureza jurídica a fim de estabelecer sua aplicação, limites e consequências. A definição da natureza jurídica da proibição de incorrer em *bis in idem* torna-se imprescindível para estabelecer seu tratamento e aplicação às diversas fases da persecução penal, especificamente o reconhecimento de situações de *bis in idem* e seu controle, o que será tratado nos capítulos finais.

Antes de apresentar as teses veiculadas por diversos autores acerca da natureza jurídica do *ne bis in idem*, é necessário esclarecer que o presente trabalho debruça-se sobre a proibição de processar o mesmo indivíduo, mais de uma vez, pelo mesmo fato. E, mais especificamente, pretende-se a análise de hipóteses específicas de persecuções penais simultâneas que violam o *ne bis in idem*. A ressalva é feita, pois ao abordar temas como direitos fundamentais, princípios constitucionais e direitos humanos internacionalmente protegidos, alguns autores costumam tratar *ne bis in idem* e coisa julgada como expressões sinônimas²³. Além disso, cumpre também ressaltar que a análise será restrita ao processo

²³ Rogério Schiatti resume com maestria a diferença existente no foco da coisa julgada e do *ne bis in idem*: “Deveras, o foco da *res judicata* vai muito além da mera proteção individual daquele que foi alcançado pelos efeitos imutáveis do julgado, atingindo valores abstratos como a segurança e a estabilidade das relações jurídicas e a própria credibilidade do Estado. A seu turno, a proibição de novo julgamento não é assegurada tão somente pela *exceptio rei judicati*, mas por qualquer instrumento processual idôneo a demonstrar a litispendência ou o anterior trânsito em julgado de uma causa penal”. CRUZ, Rogério Schiatti Machado. *A proibição de dupla persecução penal (ne bis in idem): limites no direito brasileiro*. Tese de Doutorado.

penal brasileiro, ou seja, a duas ou mais persecuções penais contra o mesmo indivíduo fundadas no mesmo fato, em trâmite no ordenamento jurídico brasileiro.

Os direitos fundamentais são aqueles direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente que constituem o fundamento do próprio Estado e que, por isso, são reconhecidos pela Constituição Federal²⁴. A expressão “direitos fundamentais” ressalta a natureza especial que esses direitos possuem como elementos básicos e estruturantes do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito. Assim, os direitos fundamentais são todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância, integradas ao texto constitucional e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos.

Contudo, é necessário incluir no conceito também aquelas posições jurídicas que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal²⁵. Essa necessidade de incluir também o que não está positivado não é uma particularidade apenas da Constituição Brasileira. STONE explica que também na Constituição dos Estados Unidos há necessidade de “make visible our invisible Constitution” uma vez que a maioria dos

Orientador: Professor Doutor Antônio Magalhães Gomes Filho. São Paulo: Faculdade de direito da Universidade de São Paulo, 2007. p. 35.

²⁴ Ao abordar o sistema de direitos fundamentais, CANOTILHO argumenta que é indispensável uma “base antropológica constitucionalmente estruturante do Estado de direito e que a densificação do sentido constitucional dos direitos, liberdades e garantias é mais fácil do que a determinação do sentido específico do enunciado “dignidade humana” pois através da análise dos direitos fundamentais, constitucionalmente consagrados deduz-se que a raiz atropológica se reconduz ao homem como pessoa, como cidadão, como trabalhador e como administrado”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª Ed. 9ª Reimp. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 248.

²⁵ Ao tratar da “fundamentalidade” formal e material dos direitos fundamentais na Constituição de 1988, Ingo Sarlet destaca que “somente a análise do seu conteúdo permite a verificação de sua fundamentalidade material, isto é, da circunstancia de conterem ou não, decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade (...) uma conceituação meramente formal, no sentido de serem direitos fundamentais aqueles que como tais foram reconhecidos na Constituição, revela sua insuficiência também para o caso brasileiro, uma vez que nossa Carta Magna, como já referido, admite expressamente a existência de outros direitos fundamentais que não são integrantes do catálogo (...) seja com assento na Constituição, seja fora desta”. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6ª Ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006. p.89-90. No mesmo sentido, Saboya esclarece que “o princípio do ne bis in idem, no direito brasileiro possui status de norma fundamental, seja em face da incorporação dos tratados de direitos humanos com essa natureza, seja diante de sua natureza materialmente constitucional, por preencher o catálogo de direitos fundamentais previstos no texto constitucional (...)”. SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria e perspectivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 221.

princípios fundamentais além de não estar contida no texto constitucional não é facilmente obtida através de interpretações usuais de diplomas legais²⁶.

Pois bem. A proibição de incorrer em *ne bis in idem* não está expressamente prevista no texto constitucional brasileiro²⁷. Contudo, diversos tratados internacionais de direitos humanos, assinados e ratificados pelo Estado Brasileiro, expressam a impossibilidade de processar e punir mais de uma vez o mesmo indivíduo pelo mesmo fato. Assim, com fundamento no art. 5º, § 2º da Constituição Federal brasileira, neste trabalho, a proibição será equiparada aos direitos fundamentais positivados no texto constitucional²⁸.

Para mergulhar no conteúdo, âmbito de incidência e limites desse direito fundamental, é necessário estabelecer as bases sobre as quais serão lançados esses conceitos. Conforme salientado por Robert Alexy, entre o conceito de norma de direito fundamental e o conceito de direito fundamental há estreitas conexões pois sempre que alguém tem um direito fundamental, há uma norma que garante esse direito. O conceito de norma de direito fundamental, porém, é mais amplo que o próprio conceito de direito fundamental²⁹.

²⁶ Na nota do editor de livro elaborado por TRIBE, STONE explica que “much of what we mean by the Constitution cannot be found in the visible text. Indeed, the text of the Constitution is silent on many of the most fundamental questions of constitutional law”. “Like the ‘dark matter’ that hold our universe together, the invisible Constitution gives essential form, substance, and direction to what we can see”. STONE, Geoffrey R. Editor’s Note. In TRIBE, Laurence H. *The Invisible Constitution*. New York: Oxford University Press, 2008.

²⁷ A Constituição Federal faz referência apenas à garantia da coisa julgada no art. 5, XXXVI: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

²⁸ Art. 5º, § 2º da Constituição Federal: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. O § 3º do mesmo artigo constitucional prevê, desde de 2004, que os tratados internacionais de direitos humanos aprovados pelo Congresso Nacional nos mesmos moldes de aprovação de Emendas Constitucionais terão hierarquia constitucional. Aqueles tratados que, embora assinados e ratificados pelo Estado brasileiro, não forem submetidos a esse procedimento, terão hierarquia supralegal ou infraconstitucional. Após a promulgação da EC nº 45/2004, foi ratificada a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu protocolo facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, através do Decreto nº 6.949/09. Opinamos que tal disposição ignora a existência e proteção de um núcleo rígido de direitos humanos já internacionalmente reconhecidos e que independem de reconhecimento estatal para ser respeitados. Assim, os direitos contidos nesse núcleo rígido independeriam de aprovação nacional para ser válidos, respeitados e promovidos internamente. No mesmo sentido, Alberto Sánchez explica que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades públicas deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados o acuerdos internacionales sobre las mismas materias, porque estos ordenamientos internacionales traen varios elementos para determinar el contenido de las normas constitucionales e infra constitucionales sobre derechos fundamentales”. SÁNCHEZ, Alberto Suárez. *El Debido Proceso Penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998. p.49.

²⁹ “Sempre que alguém tem um direito fundamental, há uma norma que garante esse direito. Se a recíproca é verdadeira, isso já é duvidoso. Ela não é verdadeira quando há normas de direitos fundamentais que não

Sendo uma norma jurídica o principal assunto deste capítulo, e tendo em vista que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, assim como, a sua delimitação podem variar conforme a espécie de norma e a teoria adotada, segue uma breve explicação da teoria normativa adotada.³⁰

1.2.1 Definição e espécies de normas jurídicas: a distinção entre regras e princípios

As normas jurídicas podem ser regras ou princípios, a distinção entre regras e princípios constitui a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a definição da possibilidade e dos limites da racionalização no âmbito dos direitos fundamentais.³¹

A principal diferença entre regras e princípios é a estrutura dos direitos que essas normas garantem. As regras garantem direitos ou deveres definitivos, isto é, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível e exceções de aplicação³². Os princípios, por outro lado, garantem os direitos apenas *prima facie*, ou seja, os direitos ou deveres serão realizados na maior medida possível. ALEXY apresenta a definição de princípios como mandamentos de otimização, normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das circunstâncias fáticas e jurídicas existentes. Os princípios podem então ser realizados em diversos graus, a ideia regulativa é a realização máxima, mas esse grau de realização somente pode ocorrer se as condições fáticas e

outorgam direitos subjetivos”. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 4ª Ed. 2ª Tir. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 50.

³⁰ Cabe ressaltar que o enfoque do presente trabalho não é a apresentação de teorias normativas ou acerca da distinção de princípios e regras, embora uma breve apresentação do assunto seja necessária para estabelecer as premissas sob as quais se funda o raciocínio desenvolvido ao longo do trabalho. Para obter uma leitura profunda sobre o assunto consultar, entre outros, ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* e MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodik*;

³¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 4ª Ed. 2ª Tir. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 85.

³² Dworkin defende que o enunciado das regras deve conter também suas exceções, seria impreciso e incompleto enunciar de forma simples as regras já que, em tese, todas as exceções podem ser listada: (...) *an accurate statement of the rule would take this exception into account, and any that did not would be incomplete. If the list of exceptions is very large, it would be too clumsy to repeat them each time the rule is cited; there is, however, no reason in theory why they could not all be added on, and the more that are, the more accurate is the statement of the rule.* DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1977. p. 25.

jurídicas forem ideais. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.³³

A aplicação de duas ou mais normas sujas consequências jurídicas se mostrem, pelo menos para aquele caso, total ou parcialmente incompatíveis, é denominado conflito de normas³⁴. As regras e os princípios possuem uma importante distinção qualitativa o que acarreta também que a solução de eventual conflito ou colisão seja diferente para cada espécie normativa.

Explicando melhor, sendo as regras uma espécie normativa de aplicação imediata e total, também denominada “tudo ou nada”, quando há conflito entre regras, apenas uma delas deverá ser aplicada na sua total extensão. Um conflito entre regras somente pode ser solucionado introduzindo-se, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou através da declaração de invalidade de uma das regras³⁵.

Os princípios, por outro lado, são direitos *prima facie*, aplicados na maior medida possível e portanto, a solução dada na hipótese de colisão entre princípios é diversa. Quando dois princípios preveem consequências jurídicas incompatíveis para um mesmo ato, fato ou posição jurídica, é necessário sopesar, com base na situação concreta, qual e em que medida um dos princípios terá que ceder, sem que isso signifique a decretação de invalidade do outro ou a imposição de uma regra geral de exceção de aplicação. Mesmo após a solução da colisão entre princípios, ambos continuam tão validos como antes e não é possível formular, em abstrato, uma relação de precedência entre eles. Essa relação será sempre condicionada à situação concreta.³⁶

³³Alexy defende que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa e não de grau, em oposição ao que foi defendido por José Afonso da Silva e Celso Antônio Bandeira de Melo. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. p. 90- 91; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 25ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 92.

³⁴SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais*. p. 47.

³⁵Conforme Alexy, constatada a aplicabilidade de duas regras com consequências jurídicas concretas contraditórias entre si, e se essa contradição não pode ser eliminada por meio da introdução de uma cláusula de exceção, então, pelo menos, uma das regras deve ser declarada inválida. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. p. 92.

³⁶ Por fim, há também casos de colisão entre uma regra e um princípio. Quando um princípio entra colisão com uma regra é necessário fazer também um sopesamento, contudo, nesse caso, o sopesamento é feito entre o princípio em colisão e o princípio no qual a regra se baseia. Contudo, Virgílio Afonso da Silva observa que essa solução é problemática pois dá a entender que o aplicador do direito está livre, em qualquer caso e em qualquer situação, para afastar a aplicação de uma regra por entender que há um princípio mais importante que justifica esse afastamento o que teria como consequência um alto grau de insegurança jurídica. Virgílio explica que a relação entre regras e princípios não é uma relação de colisão, mas de restrição, o que há é o produto de um sopesamento, feito pelo legislador, entre dois princípios que garantem direitos fundamentais, e cujo resultado é uma regra de direito ordinário que deve ser aplicada por subsunção. Se for possível falar em

1.2.2 *Ne bis in idem* como mandamento de otimização

Apoiados nas definições e explicações apresentadas anteriormente, parece-nos mais adequado e coerente, tratar o *ne bis in idem* como um princípio e não como uma regra. A proibição de processar e/ou julgar mais de uma vez, a mesma pessoa pelo mesmo fato deve ser entendido como um mandamento de otimização e, como tal, aplica-se observando as condições fáticas e jurídicas, e não como um direito definitivo sujeito a uma declaração de invalidade quando em situação de conflito com outra norma jurídica.

O *ne bis in idem* é um princípio que permeia o processo penal e não pode, sob nenhuma justificativa, ser sujeito à invalidade ou conter uma cláusula de exceção sobre situações nas quais não haveria a mais mínima incidência da proibição. A aplicação do princípio na maior medida possível não o fragiliza ou diminui sua importância, ao contrário, sendo um mandamento de otimização, em caso de conflito normativo, haverá sempre a necessidade de um sopesamento, em cada caso concreto, entre os princípios colidentes. Não há possibilidade de invalidação do princípio.

BADARÓ resume, com excelência, o conceito de princípio que será adotado ao longo do trabalho: “Princípio é o mandamento nuclear de um sistema. O princípio é a regra fundante que, normalmente, está fora do próprio sistema por ele regido”³⁷. Essa definição é complementada pela importância fundamental dos princípios para o sistema, é por meio deles que a interpretação e a aplicação do direito devem ser orientadas³⁸. Ao considerar a proibição de incorrer em *bis in idem* como um princípio, considera-se também que sua amplitude e seu raio de atuação são maiores se comparados às regras. Dessa forma, a proibição irradia-se por todo o ordenamento jurídico, abarcando desde a gênese legislativa, passando pela interpretação, até chegar ao momento da aplicação³⁹.

algum sopesamento, portanto, é apenas nesse processo de surgimento, mas não no processo de aplicação. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais*. p. 52.

³⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3ª Ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 33.

³⁸ DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 71.

³⁹ O tratamento do *ne bis in idem* como princípio é uma posição majoritária na doutrina, sendo inclusive parte do título de várias obras de modo a antecipar o tratamento que será dado ao *ne bis in idem* ao longo dos trabalhos, nesse sentido: BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. *El principio non bis in idem*. Madrid: Dykinson, 2004. VILLALBA, Francisco Javier de León. *Acumulación de sanciones penales y administrativas: sentido y alcance del principio ne bis in idem*. Barcelona: Bosch, 1998; MUÑOZ, José Lorente. *La nueva configuración del principio non bis in idem: las sanciones administrativas como límite a la intervención de la jurisdicción penal*. Madrid: Ecoiuris, 2001; VAN BOCKEL, Willem Bastiann. *The ne*

A aplicação do *ne bis in idem* deve obedecer, portanto, à metodologia aplicada aos princípios. Se dois princípios colidem, um dos princípios terá que ceder, sob determinadas condições, porém, isso não significa que o princípio cedente deverá ser considerado inválido ou que uma cláusula de exceção deva ser introduzida, pois sob outras condições a questão de precedência pode ser resolvida de forma oposta. Há situações, mesmo no âmbito do processo penal, em que duas normas levam, se isoladamente consideradas, a resultados contraditórios entre si. Nenhuma delas é inválida e nem tem precedência absoluta sobre a outra, o que vale depende da forma como será decidida a precedência no caso concreto.⁴⁰

1.3 Fundamentos do *ne bis in idem*

O presente trabalho adotou a premissa de que o *ne bis in idem* é um direito fundamental expressado através de uma norma jurídica da espécie princípio. Portanto, ao analisar o *ne bis in idem*, devemos considerar seu âmbito de atuação e as possíveis fundamentações constitucionais que justifiquem uma intervenção estatal de modo a restringir a incidência desse direito fundamental. Para tanto, é necessário entender qual é o fundamento desse princípio. Sobre o tema, diversas são as hipóteses apresentadas⁴¹.

Assim como a terminologia latina para designar esse princípio, também o seu fundamento é amplamente discutido na doutrina. A origem e as diferenças de cada sistema

bis in idem principle in EU law. A conceptual and jurisprudential analysis. Amsterdam: Ipskamp Drukkers, 2009.

⁴⁰ ALEXY concretiza o exemplo de sopesamento em caso de colisão entre princípios, ao analisar a decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão no “caso Lebach”. Nessa decisão estava em questão a liberdade de informar por meio de radiodifusão (exibição de um programa chamado “O assassinato de soldados em Lebach”) e proteção à personalidade de um dos condenados como cúmplice nesse crime. O documentário retrataria a história de um crime no qual quatro soldados da guarda de sentinela foram mortos enquanto dormiam. Um dos condenados como cúmplice nesse crime, na época prevista para a exibição do documentário, estava perto de ser libertado da prisão e, portanto, entendia que a exibição do documentário comprometeria sua ressocialização e violaria direitos fundamentais previstos na constituição alemã. O Tribunal reconheceu uma situação de tensão entre princípios cujo valor abstrato está no mesmo nível e, após a realização de um sopesamento entre os princípios colidentes, concluiu, para aquele caso concreto e sob aquelas condições fáticas e jurídicas, que “uma notícia repetida (T₁), não revestida de interesse atual pela informação (T₂), sobre um grave crime (T₃), e que põe em risco a ressocialização do autor (T₄), é proibida do ponto de vista dos direitos fundamentais”. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. p. 101-103.

⁴¹ Ao tratar dos fundamentos do *ne bis in idem*, cada autor define uma abordagem particular, Keity Saboa, por exemplo, dedica algumas linhas de seu trabalho a fazer uma diferenciação entre fundamento, sentido e função. Para o autor, “sentido” é a acepção de um conceito, sua tradução, constituição ou significado. “Fundamento” diz respeito à *ratio*, base ou motivo. Por fim, “função” é utilizada naquele trabalho como a utilidade ou o desempenho de uma ação ou atividade que é peculiar a determinada pessoa, órgão ou instituto. SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria e perspectivas*. p. 20-21.

jurídico têm um papel importante na definição do fundamento, portanto, cabe uma breve explicação acerca das principais diferenças entre *common law* e *civil law* antes de proceder à exposição dos fundamentos.

Para o sistema jurídico da *common law*, o princípio *ne bis in idem* foi conceituado como a proibição de pluralidade de consequências jurídicas pelos mesmos fatos e, portanto, teria como fundamento autêntico a contenção ou limitação de resposta punitiva por parte do Estado frente ao cidadão infrator. Acima de tudo, o *double jeopardy*, como é denominado o *bis in idem* nos sistemas de *common law*, representa um freio em relação aos abusos que o Estado possa cometer contra os cidadãos⁴².

RUDSTEIN enumera três proibições que a garantia impõe ao estado: i) impede o Estado de processar a mesma pessoa, novamente, por uma ofensa pela qual ela já foi processada e julgada; ii) proíbe o Estado de processar uma pessoa pela mesma ofensa pela qual ela já foi condenada e; iii) impede o Estado de impor múltiplas sanções a uma pessoa pela mesma ofensa em persecuções sucessivas.⁴³

Já no sistema jurídico da *civil law*, prevaleceu por muito tempo a posição de que tal postulado seria decorrência da coisa julgada, com seu caráter processual acentuado, e seu fundamento seria a segurança jurídica, por meio da certeza, estabilidade e da presunção de veracidade das relações jurídicas já decididas.

VAN BOCKEL aprofunda a ideia da diferenciação entre tradições de *common law* e *civil law* ao reforçar que, tradicionalmente na chamada *continental law*, a distinção é feita entre a função do princípio como direito individual e como garantia de legalidade das decisões judiciais. Isto é, como direito fundamental individual o princípio protege o indivíduo de possíveis abusos estatais no exercício do *ius puniendi*, ao passo que, como garantia legal o princípio protege não apenas o indivíduo mas também a autoridade que o julgou e, portanto, protege a autoridade da própria sentença emitida pela autoridade

⁴² “Double jeopardy doctrine means a defendant cannot be tried twice for the same offense or administered multiple punishments for the same offense. It essentially limits the government one bite of the apple – one conviction or acquittal, no *do-overs*”. WEAVER, Russell L.; BURKOFF, John M.; HANCOCK, Catherine; HOEFFEL, Janet C.; SINGER, Stephen; FRIEDLAND, Steven I. *Principles of Criminal Procedure*. 5ª Ed. Saint Paul: West Academic, 2016. p. 463.

⁴³ “First, it bars the government from prosecuting a person a second time for the same offense after he has already been tried and acquitted. Second, it prohibits the government from prosecuting a person a second time for the same offense after he has already been convicted. Third, it forbids the government from imposing multiple punishments upon a person for the same offense in successive proceedings”. RUDSTEIN, David. S. *A Brief History of the Fifth Amendment Guarantee against Double Jeopardy*, 14Wm. & Mary Bill Rts. J. 193 (2005). p. 193-194. Disponível em: <http://scholarship.law.wm.edu/wmboj>. Acesso em: 18.02.2016.

judicial. Já nos países de tradição *common law*, o princípio é visto essencialmente como um direito individual⁴⁴.

Apesar das diferenças apontadas acima, ainda dentro dos ordenamentos jurídicos de *civil law*, como é o caso do Brasil, o fundamento no *ne bis in idem* é um ponto controverso. A fim de respaldar a escolha feita é necessário apresentar os principais fundamentos acolhidos pela doutrina com suas respectivas explicações e justificativas. A ordem escolhida para a apresentação desses fundamentos guarda intensa relação com seus objetivos imediato e mediato.

O *ne bis in idem*, no processo penal, é primeiramente visto como uma norma fundamental focada na proteção do direito de liberdade do indivíduo. Seu fundamento imediato e, o mais invocado entre os estudiosos do assunto, é a proteção à liberdade do indivíduo. Também aliado a essa noção de liberdade, apresenta-se o princípio da legalidade penal. A liberdade do indivíduo, como direito fundamental que é, apenas poderá ser restringida nos termos da lei, mais especificamente, da lei penal.

Assim a legalidade penal estaria intimamente ligada à liberdade do indivíduo, estabelecendo parâmetros e requisitos para a constrição dessa. Um dos parâmetros a ser observado é a proporcionalidade, portanto, surge também, o princípio da proporcionalidade como fundamento para o *ne bis in idem* pois a restrição à liberdade, ou qualquer outra sanção imposta ao indivíduo, deve ser proporcional à conduta por ele praticada, impor-lhe diversas sanções em virtude da prática da mesma conduta atentaria diretamente ao respeito a essa proporcionalidade.

Para garantir tal proporcionalidade, é necessário que o indivíduo conheça, de antemão, o teor, a quantidade e a qualidade das consequências que podem lhe ser impostas em decorrência da sua conduta. Deve o indivíduo ter assegurado que há um limite para a imposição de sanções pelo seu comportamento de modo que, havendo sido submetido a uma persecução penal, ele não poderá ser submetido novamente pela mesma conduta. A segurança jurídica surge, é fato, preliminarmente também como uma garantia ao indivíduo,

⁴⁴ VAN BOCKEL, Willem Bastiann. *The ne bis in idem principle in EU law. A conceptual and jurisprudential analysis*. Amsterdam: Ipskamp Drukkers, 2009. p. 28. Ainda com relação a essa diferenciação entre os sistemas, Rogério Schietti esclarece que a distinção apresentada não traduz a ideia de que nos países de *civil law* a proibição de dupla persecução penal não sirva como garantia protetora do indivíduo em face do Estado, mas a própria formação do direito inglês e do direito norte-americano foi caracterizada por marcantes embates entre súditos e monarcas, isto é, entre a fragilidade do indivíduo e a fortaleza do poder real. CRUZ, Rogério Schietti Machado. *A proibição de dupla persecução penal (ne bis in idem): limites no direito brasileiro*. Tese de Doutorado. Orientador: Professor Doutor Antônio Magalhães Gomes Filho. São Paulo: Faculdade de direito da Universidade de São Paulo, 2007. p. 14.

contudo, ela também permite legitimar a persecução penal, assegurando que apenas uma vez poderá o indivíduo ser processado e julgado.

Por fim, invoca-se o devido processo legal, um conjunto de diretrizes que estabelece os limites do poder-dever punitivo estatal garantindo ao indivíduo que ele será submetido a uma persecução penal nos moldes previamente estabelecidos. Respeitado seu direito à liberdade, o princípio da legalidade penal, da proporcionalidade e garantida sua segurança jurídica. E mais, o devido processo concede legitimidade à atividade estatal, ao fim de um processo, a sanção imposta será legítima pois foram observados todos os parâmetros necessários. Do mesmo modo, se ao final do processo a sentença for absolutória, estará legitimada a resolução final pois o processo obedeceu a todos os requisitos e parâmetros que lhe dão legitimidade.

1.3.1 Direito à Liberdade

O direito à liberdade do indivíduo é frequentemente acionado como fundamento do *ne bis in idem* e está, geralmente, aliado aos fundamentos anteriormente mencionados. Isso porque, a liberdade do indivíduo é um direito fundamental e, pelo direito penal, vulnerável. Assim, o *ne bis in idem* garante que a liberdade do indivíduo não seja ameaçada mais de uma vez pela mesma conduta.

Esse fundamento está frequentemente aliado aos anteriores pois a segurança jurídica proporciona ao indivíduo a certeza de que sua liberdade não será novamente ameaçada por um fato que já foi apreciado e decidido pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, MAIA argumenta que o *ne bis in idem* é um instituto híbrido pois no inevitável embate dialético entre a liberdade e a segurança, que perpassa o processo de elaboração das normas jurídicas, ao mesmo tempo que garante a liberdade do indivíduo, limitando o exercício da violência legítima monopolizada pelo Estado contra ele, impede também seu duplo sancionamento⁴⁵. Assim também, o direito à liberdade só poderá ser restringido nos termos pré-estabelecidos em lei, sendo assegurada uma restrição proporcional à conduta delituosa cometida⁴⁶.

⁴⁵ MAIA, Rodolfo Tigre. *O princípio do ne bis in idem e a Constituição Brasileira de 1988*. p. 28.

⁴⁶ Nesse sentido também, o Supremo Tribunal Federal decidiu que “(A) incorporação do princípio do *ne bis in idem* ao ordenamento jurídico pátrio, ainda que sem o caráter de preceito constitucional, vem, na realidade, complementar o rol dos direitos e garantias individuais já previstos pela Constituição Federal, cuja

Ao se referir à manifestação material do princípio, isto é, à proibição de dupla sanção, MANAZANO argumenta que essa proibição deriva dos princípios básicos do Estado de Direito e, especificamente, no reconhecimento fundamental da dignidade humana e na liberdade. Nesse contexto, explica a autora, a segurança jurídica constitui uma garantia material pois é instrumento de proteção da dignidade e da liberdade do acusado já que permite a ele assegurar-se do alcance e limites da pretensão punitiva do Estado⁴⁷.

Com efeito, a proibição busca resguardar o direito à liberdade do indivíduo frente a um excesso no exercício do poder-dever punitivo do Estado. Contudo, esse resguardo da liberdade frente a um excesso do Estado no exercício do poder punitivo é um dos grandes pilares do processo penal.

A proibição de incorrer em *bis in idem* é, certamente, fundamentada pela necessária proteção do direito à liberdade, contudo, não se pode reduzir seu fundamento a esse direito uma vez que todo o processo penal está orientado a esse propósito.⁴⁸ O resguardo da liberdade do indivíduo é inerente ao processo penal, não se limita à fundamentação do princípio *ne bis in idem*. Trata-se de um direito completamente protegido por um devido processo legal.⁴⁹ Aliás, o próprio texto constitucional determina que *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*⁵⁰.

interpretação sistemática leva à conclusão de que a Lei Maior **impõe a prevalência do direito à liberdade em detrimento do dever de acusar**". STF, HC 80.263/SP. Plenário. Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 20.02.2003. E que "(A) adoção do princípio do *ne bis in idem* pelo ordenamento jurídico penal complementa os direitos e as garantias individuais previstos pela Constituição da República, cuja interpretação sistemática leva à **conclusão de que o direito à liberdade, com apoio em coisa julgada material, prevalece sobre o dever estatal de acusar**". STF, HC 86.606/MS. Primeira Turma. Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 22.05.2007.

⁴⁷ MANZANO, Mercedes Pérez. *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. p. 71-72.

⁴⁸ Como bem explica Jorge de Figueiredo Dias, o direito penal substantivo cumpre uma função específica de proteção dos bens fundamentais de uma comunidade através da prevenção de lesões que sejam de reocar no futuro e da punição de lesões que já ocorreram. Por tratar-se de condutas tão graves, a punição atinge, na maioria dos casos, o direito à liberdade do indivíduo. O direito processual penal funciona como a regulamentação jurídica da realização do direito penal substantivo. Porém, longe de servir apenas para o exercício de direitos assegurados pelo direito penal, visa à comprovação da realização da conduta criminosa pelo indivíduo. O processo penal, é pois, o necessário pressuposto de realização e complemento do direito penal, assim, é necessário observar as normas processuais penais para proceder à restrição da liberdade do indivíduo. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. 1ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 25-56.

⁴⁹ Nesse sentido, Tucci considera o direito à liberdade um dos escopos do processo penal pois é através dele que se dá a afirmação do *ius libertatis*, obedecidas as garantias do devido processo penal. TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal – Jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 169 e p. 208.

⁵⁰ Constituição Federal brasileira, art. 5, LIV.

1.3.2 Legalidade Penal

O direito penal ergue-se sob o postulado da defesa da liberdade do homem, como meio constritor às ações do Estado que faziam incidir sobre a liberdade, a vida e o corpo humano um sem-número de sacrifícios segundo o talante do déspota plantonista na ocasião⁵¹. O princípio da legalidade penal refere-se à obrigação de previsão legal de toda conduta humana que se pretenda incriminada. Assim, utiliza-se para definir o princípio tradicional expressão latina: *nullum crime, nulla poena sine praevia lege poenale*. O princípio não diz respeito exclusivo à previsão expressa do crime (fato típico), mas também da pena e é indispensável que a lei exista previamente ao fato, quer quando estatua o crime, quer quando comine a pena⁵².

O princípio da legalidade é também, frequentemente, reconhecido como fundamento jurídico do *ne bis in idem*. FERRAJOLI conceitua o princípio da legalidade penal (*nulla poena, nullum crimen sine lege*) como uma norma de reconhecimento de todas as prescrições penais legalmente vigentes ou positivamente existentes e, somente elas, tem para o jurista o valor de uma regra metacientífica. Trata-se, portanto, de uma norma que identifica o direito vigente como objeto exaustivo e exclusivo da ciência penal, estabelecendo que “somente as leis (e não também a moral ou outras fontes externas) dizem o que é delito e que as leis somente dizem o que é delito (e não também o que é pecado)”⁵³.

Os doutrinadores partidários da fundamentação do *ne bis in idem* na legalidade penal defendem que a exigência de taxativa e anterior determinação normativa visa ao reconhecimento antecipado do conteúdo de eventual reação punitiva face à hipotética prática de um fato delituoso. Assim, tratando-se de uma conduta anteriormente tipificada

⁵¹ “Os castigos eram impostos sem observância de um procedimento formal de defesa e as noções de igualdade e proporcionalidade da sanção não eram sequer cogitadas à época, fatos por si só bastantes justificadores da eleição de um sistema novo onde se viesse a privilegiar alguns valores fundamentais do homem”. LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da legalidade penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 26.

⁵² LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da legalidade penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 36.

⁵³ “Efetivamente, só adotando-se uma noção exclusivamente formal do delito e abandonando-se todo moralismo ou naturalismo jurídico será possível interpretar e criticar o sistema substancial dos delitos previstos num determinado ordenamento pelo que efetivamente é: o catálogo (...) dos interesses e dos bens jurídicos protegidos por esse ordenamento”. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. SICA, Ana Paula Zomer; CHOUKR, Fauzi Hassan; TAVARES, Juarez; GOMES, Luiz Flávio. 3ª Ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 344.

como “lei de efeitos seguros”, a anterioridade da previsão perderia sua utilidade se pudesse novamente ser objeto de punição⁵⁴.

NUCCI explica que processar alguém duas vezes com base no mesmo fato, impingindo-lhe dupla punição seria ofensa direta ao princípio da legalidade penal “pois a aplicação de uma sanção penal exclui, como decorrência lógica, a possibilidade de novamente sancionar o agente pelo mesmo fato”⁵⁵.

VAN BOCKEL também aborda o princípio da legalidade, contudo, o autor associa esse fundamento à vertente material da proibição, isto é, à impossibilidade de impor múltiplas sanções ao mesmo indivíduo pelo mesmo fato.⁵⁶ Do ponto de vista material, não se pode negar que a proibição se conecta também à tipicidade das infrações uma vez que o fato só pode ser considerado típico se subsumido a uma das normas que descrevem infrações penais.

Ao aplicar apenas uma das normas tipificadoras, a outra é automaticamente excluída já que a incidência de dupla tipificação acarretaria também a incidência de dupla punição, pois a cada norma corresponde uma sanção. Essa dupla tipificação, com sua consequente dupla sanção, constituiria violação ao *ne bis in idem*.

Em matéria processual, processar alguém duas vezes com base no mesmo fato, impungindo-lhe dupla punição seria ofensa direta ao princípio da legalidade pois a aplicação de uma sanção exclui, como decorrência lógica, a possibilidade de novamente sancionar o agente pelo mesmo fato já que o tipo penal é um só. MAIA acrescenta ainda que essa exigência de definição prévia da sanção penal conforta não só a modalidade de pena infligida (privativa de liberdade, restritiva de direitos ou pecuniária) e a forma de sua efetivação como também, abarca os limites precisos que balizam sua quantificação. É que em razão da demanda incontornável da univocidade da pena previamente estabelecida e quantificada resultará como inaceitável a infligção de uma nova pena além daquela já

⁵⁴ SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria e perspectivas*. p. 26.

⁵⁵ “Afinal, o tipo penal é um só, não existindo possibilidade de se duplicar a sanção”. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 13ªEd. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 56.

⁵⁶ “there is a connection between the *ne bis in idem* principle and the principle of legality. The underlying logic is that the requirement that a previously laid down provision of criminal law must exist on which a prosecution must be based “would be merely an illusion if a person could be troubled continually with various aspects of the same offence”. VAN BOCKEL, Willem Bastiann. *The ne bis in idem principle in EU law. A conceptual and jurisprudential analysis*. Amsterdam: Ipskamp Drukkers, 2009. p. 30.

aplicada, pela simples e suficiente razão de não ter sido esse segundo sancionamento previsto anteriormente.⁵⁷

Por fim, SÁNCHEZ apresenta um interessante raciocínio sobre o princípio da legalidade como forma principal de concretização da segurança jurídica. Segundo o autor a segurança jurídica fica assegurada através da previsão antecipada da conduta que constitui crime, a correspondente sanção e a forma em que será levada a cabo a persecução penal. Dessa forma, a segurança jurídica “incide en la positividad del derecho al ajustar las figuras comportamentales a fórmulas caracterizadas por lo absoluto, lo invariable, lo rígido y lo totalmente comprensivo”.⁵⁸

Com efeito, o princípio da legalidade parece constituir uma fundamentação coerente para a manifestação material do princípio, isto é, para a proibição de sancionar mais de uma vez o mesmo sujeito pelo mesmo fato. O conteúdo material do *ne bis in idem* e o princípio da legalidade relacionam-se na medida em que para cada ação ou omissão lesiva de um bem jurídico é prevista uma determinada sanção. Ao impor ao mesmo fato novamente uma sanção, é como se a segunda sanção não estivesse legalmente prevista, daí a lesão ao princípio da legalidade⁵⁹.

Contudo, se mesmo ao tratar da vertente material do *ne bis in idem* a legalidade não bastaria como seu fundamento, no que se refere à vertente processual e, mais especificamente, com relação à proibição de persecuções penais idênticas e simultâneas, a legalidade penal constituiu, por si só, um fundamento fraco e questionável. Tratando-se de persecuções penais simultâneas, cada persecução, independentemente, obedece ao princípio da legalidade tendo sido submetido à apreciação judicial apenas aquilo que corresponde a uma normal penal previamente estabelecida.

⁵⁷ MAIA, Rodolfo Tigre. *O princípio do ne bis in idem e a Constituição Brasileira de 1988*. Boletim Científico. ESMPU, Brasília, a.4 – n. 16. jul/set. 2005.

⁵⁸“(…) el ciudadano debe saber con exactitud y sin que tenga cabida la doble interpretación o la analogía cuáles modelos de comportamiento son penalmente perseguidos, cuáles consecuencias se señalan para tales conductas, cómo ha de operar el juzgamiento y de qué manera ha de ejecutarse la consecuencia correspondiente”. SÁNCHEZ, Alberto Suárez. *El Debido Proceso Penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998. p.173.

⁵⁹ Nas palavras de REIG: “(…) el fundamento del principio *non bis in idem* habrá que relacionarlo con el contenido material del principio de legalidad, por cuanto la prohibición de sanción de acciones u omisiones no previstas en la legislación vigente al momento de su realización comporta que tales conductas sólo pueden castigarse por dichas únicas sanciones y no más”. REIG, Javier Boix. *La jurisprudencia constitucional sobre el principio non bis in idem*. In: Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo. Navarra: Aranzadi, 2005. p. 128.

1.3.3 Princípio da Proporcionalidade

À legalidade penal é, costumeiramente, acrescida a ideia de proporcionalidade. Isso porque para cada conduta tipificada há uma correspondente sanção também estipulada previamente em lei⁶⁰. Essa sanção é a que corresponde, proporcionalmente, à conduta tutelada pelo direito penal, sendo que qualquer excesso violará o princípio da proporcionalidade e da legalidade, uma vez que o excesso não fora previamente estabelecido em lei.

FERRAJOLI explica que o fato de que entre pena e delito não exista nenhuma relação natural não exime a primeira de ser adequada ao segundo em alguma medida. Ao contrário, precisamente o caráter convencional e legal do nexu retributivo que liga a sanção ao ilícito penal exige que a eleição da qualidade e da quantidade de uma seja realizada pelo legislador e pelo juiz em relação à natureza e à gravidade do outro. Desse modo, o princípio da proporcionalidade é “um corolário dos princípios de legalidade e de retributividade, que tem nestes seu fundamento lógico e axiológico”⁶¹.

De acordo com essa perspectiva, o princípio da proporcionalidade seria um fundamento no *ne bis in idem* pois a proibição de uma dupla carga aflitiva ao impor mais de uma sanção pelo mesmo conteúdo do injusto configura um excesso punitivo desproporcional⁶². JAPIASSÚ argumenta que o fundamento do *ne bis in idem* reside na necessidade de limitação ao poder punitivo estatal, considerando o caráter repressivo do

⁶⁰ FERRAJOLI aprofunda a questão ao ponderar que não existem critérios naturais para a elaboração dessa correlação entre conduta e sanção, apenas critérios pragmáticos baseados em valorações ético-políticas ou de oportunidade para estabelecer a qualidade e a quantidade da pena adequada a cada delito. “Disso resulta que o problema da justificação do tipo e da medida da pena aplicáveis em cada caso, da mesma forma que o dos limites máximos da pena, independentemente do delito cometido, é um problema moral e político, quer dizer, exclusivamente de legitimação externa”. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. SICA, Ana Paula Zomer; CHOUKR, Fauzi Hassan; TAVARES, Juarez; GOMES, Luiz Flávio. 3ª Ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 366-367.

⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. SICA, Ana Paula Zomer; CHOUKR, Fauzi Hassan; TAVARES, Juarez; GOMES, Luiz Flávio. 3ª Ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 366.

⁶² “A ligação entre o *ne bis in idem* (nas angulações consideradas) com os demais valores constitucionais expressos se dá necessariamente pela mediação integradora do princípio da proporcionalidade. O sopesamento da presença dos seus subprincípios (da adequação ou idoneidade, da exigibilidade ou necessidade, e da proporcionalidade, em sentido estrito), por sua vez, permite constatar a efetiva observância desse parâmetro”. MAIA, Rodolfo Tigre. *O princípio do ne bis in idem e a Constituição Brasileira de 1988*. p. 70.

Direito Penal, assim como na ideia de que a cada indivíduo deve ser aplicada uma sanção correspondente e suficiente para os seus atos.⁶³

O princípio da proporcionalidade como fundamento da proibição de incorrer em *bis in idem* expressa-se através de situações nas quais certos elementos de um tipo penal também estão contidos em outro tipo penal ou quando um tipo penal coincide com uma agravante⁶⁴. Nestes casos, é necessário resolver o impasse levando em conta a proibição de processar e/ou punir o indivíduo pelo mesmo fato mas sob dois tipos penais distintos. A dupla punição sob a mesma circunstância fática viola o limite do razoável, isto é, seria desproporcional impor ao indivíduo duas penas distintas e cumulativas com fundamento no mesmo fato concreto.

Contudo, ao fundamentar o *ne bis in idem* no princípio da proporcionalidade, há uma confusão entre fundamento e consequência. Isto é, a proibição de sancionar ou processar múltiplas vezes o mesmo indivíduo pelo mesmo fato contribui para evitar que seja imposta a ele uma sanção desproporcional ao seu comportamento.

O raciocínio aqui é oposto ao defendido pelos autores anteriormente citados. A preservação da proporcionalidade na sanção imposta ao acusado deriva da proibição de incorrer em *bis in idem*, a relação causa e consequência fica invertida ao considerar o princípio da proporcionalidade como fundamento do *ne bis in idem*.

Por fim, mas não menos importante, considerar este princípio como fundamento transmite a ideia de que é possível optar pela não aplicação do *ne bis in idem* a um caso concreto quando se entender que há proporcionalidade na imposição da sanção frente à infração cometida. É o caso de uma persecução na qual o réu foi condenado por um delito sem a agravante mas o órgão acusatório tem convicção de que a condenação deveria englobar a agravante. Aliás, só seria a punição efetivamente proporcional à conduta delituosa – pela perspectiva retributiva acima exposta – se à condenação do delito simples fosse acrescida a sanção decorrente da agravante.

E mais, tal fundamento pode causar a incorreta impressão de que tal opção cabe ao operador do direito, de forma que tal proibição não seria um direito do acusado, mas uma opção dada ao operador e que ele poderia aplicar quando entendesse haver “excesso de sanção”. Caso o operador entendesse que, apesar de haver múltiplas persecuções penais

⁶³ JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. *O princípio do ne bis in idem no direito penal internacional*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano IV, nº 4 e Ano V, nº 5, 2003/2004. p. 95.

⁶⁴ BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. *El principio non bis in idem*. Madrid: Dykinson, 2004.

instauradas contra o mesmo indivíduo, fossem duas delas proporcionais à conduta praticada, poderia ele afastar o *ne bis in idem* em “prol da proporcionalidade” retributiva.

1.3.4 Segurança Jurídica

A segurança jurídica é, sem dúvida, o fundamento mais comumente reconhecido para a proibição de incorrer em *bis in idem*, o que em parte se deve à conexão efetuada entre *ne bis in idem* e coisa julgada no direito continental⁶⁵. SILVA, nos seus comentários à Constituição Federal, afirma que mediante a coisa julgada tutela-se a estabilidade dos casos já julgados, para que o titular do direito aí reconhecido tenha a certeza jurídica de que ele ingressou definitivamente no seu patrimônio⁶⁶. “A coisa julgada é, em certo sentido, um ato jurídico perfeito; assim, já estaria contemplada na proteção deste. Mas o constituinte a destacou como um instituto de enorme relevância na teoria da segurança jurídica”⁶⁷.

Nesse contexto, o fundamento da proibição seria a necessidade de assegurar ao indivíduo que o processo desenvolvido e a punição a ele imposta pelo Estado são legais e definitivos, não havendo possibilidade de posterior alteração ou imposição de nova sanção. Em outras palavras, o *ne bis in idem* corresponderia à garantia que o processado tem de não ser submetido aos incômodos de processos contínuos sobre o mesmo assunto e à certeza de que o Estado não voltará a incomodá-lo por algo que já foi submetido a julgamento⁶⁸.

BARJA DE QUIROGA esclarece que uma das possíveis fundamentações do princípio é a segurança jurídica que não admite, em um Estado de Direito, a ameaça permanente de diferentes sanções (simultâneas ou sucessivas) pelo mesmo fato ao mesmo sujeito, pois tal possibilidade submeteria o cidadão a um tratamento desumano⁶⁹. No

⁶⁵ LEONE explica que o fundamento da coisa julgada (imutabilidade da decisão judicial) está na exigência da certeza do direito no caso concreto, em complemento à certeza do direito em seu aspecto abstrato que é manifestada através da lei. LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal. Vol. III*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1963. p. 822.

⁶⁶ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 137.

⁶⁷ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 137.

⁶⁸ SÁNCHEZ, Alberto Suárez. *El Debido Proceso Penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998. p.49.

⁶⁹ A segunda fundamentação apresentada pelo autor espanhol é o princípio da culpabilidade, segundo ele, quando se trata de concurso de infrações, há violação ao princípio da culpabilidade o que acarreta uma impossibilidade de imposição de dupla sanção. Diz Barja de Quiroga: “Como nadie puede ser castigado más allá del límite de su culpabilidad, el principio *non bis in idem* es el instrumento encargado de conseguir que,

mesmo sentido, BELING explica que o *ne bis in idem* nasce da consideração “de que la autoridad de la jurisprudencia y, con ella, la del orden jurídico, y no menos la certidumbre del derecho, serían perjudicadas si siempre fuera posible abrir otro procedimiento”⁷⁰.

A segurança jurídica, para configurar fundamento do *ne bis in idem*, deve ser entendida como uma limitação ao poder punitivo estatal, considerando o caráter repressivo do Direito Penal, assim como a ideia de que a cada indivíduo será aplicada apenas a sanção correspondente e suficiente para os seus atos⁷¹.

Assim, a segurança jurídica cumpre dupla função: fundamentadora e garantista. Fundamentadora porque serve de “marco ineludible para la elaboración de una legalidad positiva, que contenga tanto los derechos fundamentales y demás garantías como los compromisos de los hombres para asegurar un total orden constitucional”. Garantista porque assegura a concretização desses direitos e deve estar presente no momento da positivação do direito e no momento de sua aplicação já que o abandono da segurança jurídica em qualquer dessas instancias dá lugar ao erro e à insegurança⁷².

MANZANO apresenta uma justificativa tríplice para adotar a segurança jurídica como fundamento do *ne bis in idem*. Segundo a autora, a segurança jurídica deriva da autoridade da coisa julgada e contribui para a fundamentação do direito através da sua preservação, da garantia da estabilidade e permanência da solução jurídica do caso concreto e como instrumento de garantia de liberdade para os cidadãos.⁷³

Além da argumentação jurídica já exposta, não se pode perder de vista que o princípio do *ne bis in idem* representa também um incentivo à correta e justa aplicação da lei sob a concepção de que a autoridade sancionadora terá apenas uma oportunidade para processar e punir aquele indivíduo por aquele fato concreto⁷⁴.

en los casos de duplicidad sancionatoria, dicha máxima del principio de culpabilidad se cumpla”. Por outro lado, quando se trata de concurso de normas, há uma proibição de dupla persecução pena e não de dupla sanção. BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. *El principio non bis in idem*. Madrid: Dykinson, 2004. p. 20, 46-48.

⁷⁰ BELING, Ernest. *Derecho Procesal Penal*. Trad. de Ricardo C. Nuñez e Roberto Goldschmidt. Córdoba: Imprenta de la Universidad, 1943. p. 106.

⁷¹ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O princípio do ne bis in idem no direito penal internacional*. Revista da Faculdade de Direito de Campos. Ano IV, n. 4 e 5, 2003/2004. p. 95.

⁷² SÁNCHEZ, Alberto Suárez. *El Debido Proceso Penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998. p.172.

⁷³ MANZANO, Mercedes Pérez. *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. p. 70-71

⁷⁴ Van Bockel destaca esse ponto de vista: *The ne bis in idem rule is sometimes considered as a sanction against the authorities for any negligence during the first trial. The principle creates an incentive for efficient law enforcement; the authorities only get one full chance of “settling society’s score” in respect of certain*

BETTIOL aborda o *ne bis in idem* como um princípio derivado do princípio da imutabilidade da decisão penal. Assim, dada a identidade do fato, ninguém pode ser julgado novamente por esse fato e reassumir, quanto a ele, novamente a qualidade de arguido⁷⁵. A proibição consubstanciar-se-ia então no “apanágio de segurança jurídica de todos, estabilizando a manifestação inicial do *jus puniendi* estatal e impedindo sua renovação permanente”⁷⁶.

Contudo, embora a segurança jurídica seja uma característica essencial do Estado Democrático de Direito, parece-nos que não constitui um verdadeiro fundamento da proibição de incorrer em *bis in idem*. Ao contrário, a proibição de múltipla sanção ou persecução penal tem como consequência a garantia da segurança jurídica.

A estabilidade e a segurança das relações jurídicas decorrem da proibição de uma nova análise sobre um fato já apreciado e decidido, se o mesmo sujeito não pode ser novamente sancionado ou processado por um fato já analisado, consequentemente, garante-lhe a estabilidade da sua situação jurídica.

É essa também a conclusão de SÁNCHEZ que afirma ser necessário o respeito à coisa julgada para garantir a segurança jurídica, já que a primeira está orientada a dar efetividade às decisões judiciais ao evitar um reexame de uma matéria cujo mérito já foi analisado⁷⁷.

FIGUEIREDO DIAS, ao tratar do fim do processo, critica a teoria segundo a qual o fim do processo, seja ele civil ou penal, é a “obtenção de uma sentença com força de caso julgado”. O autor explica que restringir o fim do processo à força do caso julgado conduziria a uma “terminante acentuação do valor da segurança jurídica, em completo

conduct. If the authorities have “missed their chance”, the defendant should benefit from this. VAN BOCKEL, Willem Bastiann. *The ne bis in idem principle in EU law. A conceptual and jurisprudential analysis.* Amsterdam: Ipskamp Drukkers, 2009. p. 30.

⁷⁵ Bettiol contextualiza a questão explicando que o processo penal tende, por vocação natural, para uma sentença e é nessa sentença que o comando normativo torna-se concreto e específico, no sentido de que a uma pessoa, autora de um fato previsto pela lei como crime, deve ser aplicada uma pena. Assim, uma vez apreciado o fato e decretada uma sentença, ela se torna imutável de modo a transmitir segurança jurídica ao indivíduo de que não será novamente submetido a julgamento ou punição por aquele fato. BETTIOL, Giuseppe. *Instituições de direito e de processo penal.* Tradução de Manuel da Costa Andrade. Coimbra: Coimbra Editora LDA, 1974. p. 307–310.

⁷⁶ MAIA, Rodolfo Tigre. *O princípio do ne bis in idem e a Constituição Brasileira de 1988.* Boletim Científico. ESMPU, Brasília, a.4 – n. 16. jul/set. 2005. p. 28.

⁷⁷ SÁNCHEZ, Alberto Suárez. *El Debido Proceso Penal.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998. p.179.

detrimento de outro valor que com ele necessariamente conflituava no processo: o da justiça”.⁷⁸

Contudo, a fundamentação do princípio na segurança jurídica parece confundir-se com a sua projeção de coisa julgada. Não nos parece que exista uma situação de incompatibilidade entre a segurança jurídica e a justiça, tomando aqui por justo aquele processo cujo trâmite obedece os requisitos do devido processo penal.

Vale ressaltar que TOURINHO ainda menciona um “fundamento político”, embora refira-se especificamente à coisa julgada. O autor explica que há um “interesse público – a paz social – em que os litígios tenham fim”, seria profundamente desastroso não pudessem os litigantes, num determinado instante, ter certeza de que a pugna terminou. Do contrário, ficariam eles sempre preocupados com a possibilidade de a mesma causa ser reexaminada ou renovada, levando aos seus espíritos a intranquilidade e a insegurança de seus direitos.

Por outro lado, “a exigência da certeza do direito sobre o qual se litiga está a impor que, em determinado momento, cesse a controvérsia”. Assim, o fundamento político descansaria sobre a necessidade de paz social, com a conseqüente manutenção e segurança jurídicas.⁷⁹

Ao defender a segurança jurídica como fundamento da proibição de incorrer em *bis in idem* limita-se o princípio apenas à coisa julgada⁸⁰. Nesse sentido, NUCCI explica que se reconhece a imutabilidade de uma decisão “para que a insegurança na solução de determinado conflito não se perpetue”⁸¹. Por isso, é necessário compreender que a projeção do princípio *ne bis in idem* manifesta-se também no âmbito de persecuções simultâneas, nas quais ainda não há uma decisão.

⁷⁸ Ao apresentar esse raciocínio, o professor português argumenta que a teoria de Goldschmidt não só se opera uma cisão entre o direito material e o processual, mas também se impede a obtenção de qualquer critério de valoração das normas e problemas processuais. O juiz possuiria, através da força de caso julgado cabida às suas decisões, poder e legitimidade bastante para impor uma espécie de segundo ordenamento que, pairando sobre o direito material, nunca poderia ser falso, injusto ou inválido. DIAS, Jorge Figueiredo de. *Direito Processual Penal*. V. 1. 1ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1974. p. 41-42.

⁷⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. Vol. 4. 31ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 388.

⁸⁰ GRECO FILHO ao tratar da coisa julgada explica que a imutabilidade da sentença, além de ter um fundamento lógico e social, de exigência de estabilidade das relações jurídicas, também tem um sentido de garantia individual de modo que aquele que detém a seu favor uma decisão judicial irrecorrível e, portanto, imutável tem o direito de não voltar a ser demandado quanto àquele objeto, inexistindo possibilidade de nova atuação jurisdicional. GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 121-122.

⁸¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. p. 308.

A proibição de instaurar duas persecuções simultâneas pelo mesmo fato e contra o mesmo sujeito não está fundamentada na segurança jurídica que será atingida após a tomada de decisão em um dos processos. Aliás, não é possível aguardar o fim de um dos processos para então reconhecer que há uma violação ao princípio.

1.3.5 Devido Processo Legal

Por fim, a proibição de incorrer em *bis in idem* funda-se no devido processo legal e, ao mesmo tempo, dele é parte essencial já que mais além de instrumento de consecução do direito material, o processo consubstancia-se em forma de legitimação da atuação do Estado. Consequentemente, a solução imposta às partes assume um caráter legítimo na medida em que é observado o devido processo legal. Este deve ser entendido como um “princípio síntese” que engloba os demais princípios e garantias assegurados constitucionalmente⁸².

Um procedimento judicial por meio do qual se legitima o exercício do *ius puniendi* estatal e, portanto, deve-se desenvolver respeitando as garantias das partes e os princípios do processo justo. As diretrizes englobadas na noção de “devido processo legal” não poderiam desrespeitar a proibição de incorrer em *bis in idem*. Tal violação já seria suficiente para descaracterizar como “devido” o processo em trâmite⁸³. É por isso que VERVALE explica que “the *ne bis in idem* principle also mainly became a principle by which to offer judicial protection for the citizen against the *ius puniendi* of the state and, as such, it forms part of the principles of due process and a fair trial”⁸⁴.

É esse caráter legitimador do devido processo legal que impõe o respeito aos princípios norteadores do “processo justo”. O princípio do devido processo legal possui um

⁸² Gustavo Badaró explica que é possível dividir o devido processo legal em dois aspectos, o devido processo legal substantivo e o devido processo legal em sua faceta processual. Por meio do primeiro, a expressão representa um requisito de “razoabilidade” e “racionalidade” dos atos estatais. Na sua faceta processual, o princípio engloba todos os demais princípios sob os quais deve-se desenvolver o procedimento, imparcialidade judicial, exercício de contraditório e ampla defesa, motivação das decisões judiciais, etc. BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. p. 78-79.

⁸³ “Com efeito, delinea-se, certamente, repugnante ao direito a configuração, em processo penal, do *bis in idem*, qual seja uma dupla condenação da mesma pessoa em decorrência de uma só, única, prática criminosa”. TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal – Jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 89.

⁸⁴ “in other words, it was converted into a fundamental right protecting against cumulative criminal punishment”. VERVALE, John A. E. *Ne bis in idem: towards a transnational constitutional principle in the EU?* Vol. 4, issue 4, sept., 2013. Disponível em: <http://www.utrechtlawreview.org>. Acesso em: 12.12.2017. p. 213.

âmbito de proteção alargado que exige o *fair trial* de todo o aparato jurisdicional (sujeitos, instituições e órgãos públicos e privados) que exercem direta ou indiretamente, funções qualificadas constitucionalmente, como essenciais à Justiça⁸⁵. Nesse sentido, explica MCMAHON que “a court exercising its discretion on this matter is guided not only by the purpose of preventing the accused from being ‘twice vexed’ but also by the goal of preventing the administration of justice being brought into disrepute”⁸⁶.

São múltiplos os fundamentos designados ao *ne bis in idem* que se apresentam revestidos de princípio de proteção judicial para o cidadão em face do *ius puniendi* do Estado e essa contenção estatal, por sua vez, é parte estruturante do devido processo legal.⁸⁷ O devido processo legal como um pressuposto fundamental do Estado Democrático de Direito contem em seu núcleo diretrizes que permitem aos indivíduos conhecer como deve ser desenvolvido um processo justo. A proibição de incorrer em *bis in idem* é parte essencial do devido processo legal, é uma peça fundamental da engrenagem do devido processo legal.

É certo que os demais fundamentos apresentados acima se relacionam ao *ne bis in idem* em certa maneira, contudo, entendemos que essa relação se dá porque eles também estão contidos no núcleo do devido processo legal. A obediência aos princípios da legalidade, culpabilidade e proporcionalidade, constituem pressupostos de um processo justo, além de ser necessária a observância dos requisitos de um *due process of law* para a restrição do direito à liberdade.

⁸⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 685-686. O devido processo legal deve ser visto como “cláusula de segurança” para o sistema de garantias processuais penais previstas na Constituição Federal pois é nele que se buscará eventual princípio do qual o sistema jurídico sinta falta para sua melhor realização e que não esteja expressa e individualmente normatizado. *O processo, em sua expressão instrumental, representa o elemento concretizador das garantias individuais outorgadas ao acusado pelo sistema positivo*. FRANCO, Alberto Silva. STOCO, Rui (Coord). *Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial*. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. Alguns autores, ao tratar do devido processo no âmbito penal, utilizam a expressão “devido processo penal”. Scarance esclarece que o devido processo penal abrange as mesmas garantias de outros processos, vistas em face do processo penal. FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. No mesmo sentido: BERTOLINO, Pedro J. *El debido proceso penal*. 2ª Ed. Buenos Aires: Platense, 2011. TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal – Jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*.

⁸⁶ MCMAHON, Marilyn. *Retrials of persons acquitted of indictable offences in England and Australia: exceptions to the rule against double jeopardy*. p. 161. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/263084072_Retrials_of_Persons_Acquitted_of_Indictable_Offences_in_England_and_Australia_Exceptions_to_the_Rule_Against_Double_Jeopardy Acesso em 12.12.2017.

⁸⁷ VERVAELE, John A. E. *El principio ne bis in idem en Europa. El tribunal de Justicia y los derechos fundamentales en el espacio judicial europeo*. Tradução de Isidoro Blanco Cordero. Revista Eletrônica IUSTEL, Revista General de Derecho Europeo, nº 5. Espanha, 2004. p. 294.

A própria ideia de coibir o excesso estatal para proteção do indivíduo é pressuposto do devido processo legal e, conseqüentemente, fundamenta o *ne bis in idem*. A segurança jurídica, a seu turno, é consequência direta da obediência aos pressupostos do devido processo legal e não uma *ratio* apenas da existência da proibição de incorrer em *ne bis in idem*.

1.4 Manifestações do princípio *ne bis in idem*

Uma vez definidos a expressão, a natureza e o fundamento do princípio sob análise, passamos à apresentação de suas manifestações, especificamente no âmbito do direito penal e processual penal⁸⁸. A expressão “manifestação” parece-nos a mais correta pois preserva a noção de um princípio uno (*ne bis in idem*) passível de manifestação sob duas óticas diversas, mas não excludentes.

A proibição contida na máxima *ne bis in idem* concretiza-se de duas maneiras: a proibição de sancionar novamente o mesmo indivíduo pelo mesmo fato sob o qual já foi imposta uma pena anterior e a proibição de processar novamente o mesmo indivíduo por um fato já apreciado pelo judiciário. À primeira denomina-se manifestação material do princípio por ter sua aplicabilidade voltada ao âmbito do direito penal e, à segunda denomina-se manifestação processual por ter sua aplicabilidade voltada ao âmbito do direito processual penal⁸⁹,

Antes de proceder à distinção dos aspectos material e processual do *ne bis in idem*, é necessário explicar que a proibição recai sobre os fatos e não sobre sua qualificação

⁸⁸ Embora referindo-se ao *double jeopardy* norte-americano, os autores explicam que sob esse princípio básico “a defendant has both federal and state constitutional protections against **being placed in jeopardy twice for the same offense**. This protection often arises in three contexts: (a) a second prosecution of the same offense following an acquittal; (b) a second prosecution of the same offense after a conviction in the first proceeding; and (c) multiple punishments for the same offense”. WEAVER, Russell L.; BURKOFF, John M.; HANCOCK, Catherine; HOEFFEL, Janet C.; SINGER, Stephen; FRIEDLAND, Steven I. *Principles of Criminal Procedure*. 5ª Ed. Saint Paul: West Academic, 2016. p. 451.

⁸⁹ Jorge Sánchez optou pela designação *prohibición substantiva* (para a manifestação material) e *prohibición adjetiva* (para a manifestação processual) e denominou-as de “incidências”. SÁNCHEZ, Jorge Enrique Nuñez. *El principio ne bis in idem: aproximación desde una perspectiva limitadora del poder punitivo*. Capítulo Criminológico Vol. 37, nº 4, Out. – Dez. 2009, p. 217. Não nos parece a terminologia adequada para designar esses fenômenos trata-los como se fossem “principal” (manifestação material) e “acessório” (manifestação processual). Há muito, entende-se que o direito processual penal é autônomo em relação ao direito substantivo. O processo penal possui uma autonomia teleológica que se torna nítida quando contrapostos os pressupostos funcionais para o nascimento da pretensão jurídico-substantiva e os da pretensão jurídico-processual. Para a primeira exige-se o efetivo cometimento de um crime, ao passo que para a última uma mera suspeita da infração basta. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. 1ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 33.

jurídica, exclusivamente. Essa tem sido uma antiga discussão doutrinária, tanto no direito material quanto no processual, contudo, tendo os diplomas internacionais de direitos humanos como norte, entende-se que a proteção é aplicada a nova persecução ou sanção pelos mesmos fatos⁹⁰.

A distinção entre os aspectos material e processual do *ne bis in idem* reside nos efeitos e no momento em que se opera essa regra. Sob a ótica da proibição de dupla persecução penal, a proibição impede a formação, a continuação ou a sobreveniência da relação jurídica processual, enquanto que a proibição da dupla punição impede tão somente que alguém seja, efetivamente, punido em duplicidade, ou que tenha o mesmo fato, elemento ou circunstância considerados mais de uma vez para definir-se a sanção criminal⁹¹.

As bases fundadas nos itens anteriores quanto à terminologia, natureza e fundamento são comuns a ambas manifestações, faz-se apenas uma distinção com relação ao âmbito e à forma de incidência do *ne bis in idem*. Sob uma ótica material, a proibição impede que o indivíduo seja, efetivamente, punido novamente⁹², ao passo que, sob a ótica processual, o princípio impede a formação, continuação ou sobreveniência de uma relação jurídica processual com o mesmo indivíduo e fundada em um mesmo fato que já tenha sido objeto de outra relação processual, finda ou pendente⁹³.

Em suma, no processo penal há violação ao *bis in idem* se o acusado é submetido a dois processos simultâneos sobre o mesmo objeto ou a processo posterior por fato idêntico ao já apurado anteriormente.

⁹⁰ Art. 8, n. 4 da CADH: “O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”.

⁹¹ STJ, HC n. 229.650/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Rogerio Schiatti Cruz, j. 08/11/2016.

⁹² MAIER refere-se a essa manifestação como tendo um alcance mais restrito já que se refere apenas à reação penal material, à consequência da perpetração de um fato punível chama pena ou sanção. MAIER, Julio B. J., Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple (*ne bis in idem*). In. *El proceso penal contemporáneo*. Coord. Julio Maier. Lima: Palestra Editores, 2008. p. 414.

⁹³ O Tribunal Europeu de Direitos estabeleceu, no caso Sergey Zolotukhin v. Russia, que a proibição contida no Protocolo n. 7 da Convenção Europeia de Direitos Humanos abrange 3 garantias distintas e não necessariamente cumulativas: i) não estar sujeito a julgamento; ii) não ser processado; iii) não ser punido pela mesma ofensa. “The Court reiterated that Article 4 of Protocol No. 7 contained three distinct guarantees and provided that no one shall be (i) liable to be tried, (ii) tried or (iii) punished for the same offence”. Disponível em: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["CASE OF SERGEY ZOLOTUKHIN v. RUSSIA"\],"sort":\["kpdata Descending"\],"documentcollectionid2":\["JUDGMENTS"\],"itemid":\["001-91222"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{) Acesso em: 10.04.2017.

1.4.1 *Ne bis in idem* Material: proibição de múltiplas sanções pelo mesmo fato

A manifestação material do princípio *ne bis in idem* remete à proibição de dupla sanção sobre o mesmo sujeito, pelo mesmo fato. Assim, a manifestação material impede que seja reiteradamente sancionada a mesma conduta ao proibir uma inadmissível reiteração no exercício do *ius puniendi* do Estado⁹⁴. MAIER explica que o princípio é aludido através de duas fórmulas de extensão distinta, a mais restrita, denominada extensão “meramente material” se refere apenas à reação penal material, à consequência da perpetração de um fato punível, isto é, à pena⁹⁵.

O conteúdo material do *ne bis in idem* exige a concorrência da denominada tríplice identidade entre sujeito, fato e fundamento. Especificamente o fato, no âmbito penal, deve ter sua identidade física submetida à análise do tipo penal em seu conjunto e não de seus elementos individualmente considerados⁹⁶.

A proibição material não costuma gerar graves discussões quando há uma sobreposição desta com a incidência processual pois nesses casos há uma violação já caracterizada com a instauração de uma nova persecução penal e anterior à imposição de uma dupla sanção. Isso porque as manifestações devem necessariamente se complementar. A proibição material, por si só, evitaria uma dupla imposição de sanção, contudo, não abrangeria a possibilidade de uma nova persecução em caso de prévia absolvição, por exemplo.

A polêmica em torno da manifestação material concentra-se nos casos em que a prática de um único fato pode subsumir-se a mais de uma norma sancionadora, como é o caso de fatos concretos tipificados tanto na lei penal quanto na administrativa. Isso ocorre porque a autoridade sancionadora penal e administrativa integram o *ius puniendi* estatal

⁹⁴ MOSTAZO, Antonio Jiménez. RODRÍGUEZ, Pedro Alvarado. *Ne bis in idem, un principio constitucional de creación jurisprudencial (III). Formulación Constitucional*. Anuario de la Facultad de Derecho, vol. XXIII, 2005, 349-363. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1390191>. Acesso em: 14.03.2016

⁹⁵ MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal: Fundamentos*. Tomo I. 2ª Ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004. p. 598.

⁹⁶ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro, volume I: parte geral, arts. 1º a 120*. 12ª Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 186-187.

geral, independentemente de se considerar a distinção entre ilícitos penais e administrativos como qualitativa ou meramente quantitativa⁹⁷.

Outro ponto de discussão na doutrina dentro do âmbito da manifestação material do *ne bis in idem* são os casos apontados pela doutrina como reavaliação das circunstâncias de aplicação da pena⁹⁸. A “reavaliação das circunstâncias de aplicação da pena” consistiria na renovação do juízo de valoração dos elementos inerentes ao próprio tipo penal, representados por aquelas circunstâncias que, por si mesmas, constituam o delito ou sejam essenciais para sua configuração.

Ao incluir-se determinada circunstância no processo de incriminação de uma conduta, esse elemento apreende ou absorve o desvalor integral que ela representa na figura típica subsuntiva, exaurindo qualquer possibilidade de o magistrado considerá-la na determinação da pena em concreto.⁹⁹

1.4.2 *Ne bis in idem* processual: proibição de múltiplas persecuções pelo mesmo fato

Sob a ótica processual, o princípio impede a formação, continuação ou sobreveniência de uma nova persecução penal contra o mesmo indivíduo e fundada em um mesmo fato já objeto de outra persecução, finda ou pendente. Nas palavras de MAIER, a manifestação processual do princípio “cubre el riesgo de una persecución penal renovada, cuando ha fenecido una anterior o aún está en trámite”¹⁰⁰.

O autor argentino complementa a definição explicando que “la fórmula extiende su influencia al mismo trámite procesual, declarando inadmisibile tanto el regreso sobre una persecución penal ya agotada cuanto la persecución penal simultanea ante distintas

⁹⁷ Miguel Reale Júnior explica que, assim como a maioria da doutrina, seu entendimento é de que não há diferença estrutural mas apenas normativa entre os ilícitos penal e administrativo, o que torna ainda mais patente a aplicação ao campo do ilícito administrativo dos princípios constitucionais de proteção do indivíduo perante o Estado punitivo. REALE JÚNIOR, Miguel. *Ílícito administrativo e o ius puniendi geral*. In: PRADO, Luiz Regis (coord). *Direito Penal contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 93.

⁹⁸ SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: História, Teoria e Perspectiva*. p. 232.

⁹⁹ SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: História, Teoria e Perspectiva*. p. 233.

¹⁰⁰ MAIER, Julio B. J. *Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple (ne bis in idem)*. In: *Doctrina Penal: Teoría y práctica en las ciencias penales*. Buenos Aires, v. 9, 33/36, p. 415-461, 1986. p. 419.

autoridades”¹⁰¹. Essa extensão do princípio, tanto a perseguições findas quanto a perseguições pendente, traduz-se, atualmente, em duas projeções distintas: a coisa julgada e a litispendência.

O principal efeito dessa proibição é impedir, absolutamente, toda possibilidade de estabelecer o recurso de revisão em desfavor do imputado absolvido ou do condenado por um delito mais leve, para tanto, a fórmula estende sua influência ao tramite processual, declarando inadmissível tanto o retorno sobre uma perseguição penal já esgotada quanto a instauração de uma perseguição penal simultânea¹⁰². Esse retorno é vedado não apenas em função de uma nova decisão diferente da primeira mas também em relação à impossibilidade de instaurar nova perseguição¹⁰³.

1.4.2.1 Proibição de perseguições idênticas e sucessivas

A coisa julgada, embora geralmente tratada como um sinônimo do princípio *ne bis in idem*, é apenas uma de suas projeções processuais. Trata-se de uma garantia processual expressamente inserida no art. 5º, XXXVI da Constituição Federal, sendo “manifestação do princípio de segurança jurídica, enunciado no *caput* do dispositivo”¹⁰⁴. Nessa projeção, o princípio impede a instauração de perseguições penais sucessivas contra o mesmo indivíduo pelo mesmo fato.

¹⁰¹ MAIER, Julio B. J. *Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple (ne bis in ídem)*. In: *Doctrina Penal: Teoría y práctica en las ciencias penales*. Buenos Aires, v. 9, 33/36, p. 415-461, 1986. p. 419. No mesmo sentido, Péter Mezei explica que “The prohibition on applying procedures twice prevents the possibility of establishing the accused party’s criminal liability one more time for the same act, regardless of whether the accused was acquitted or convicted in the first procedure, or if the procedure was terminated for some formal reason.22 Consequently, the prosecuting authority cannot use ‘tactics’, so for example cannot withhold certain sources of evidence for later procedures”. MEZEI, Péter. *Double Jeopardy in a Global Context: a Comparative Analysis of the Right not to be Tried or Punished Twice for the Same Criminal Offense*. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/264397500>. Acesso em 10.04.2017.

¹⁰² MAIER explica que a manifestação material tem um alcance restrito já que proibir uma dupla punição sobre o mesmo objeto não impediria nova perseguição para condenar o acusado já absolvido, por exemplo. Assim, a manifestação processual cobriria justamente essas situações não abarcadas pela manifestação material. MAIER, Julio B. J., *Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple (ne bis in ídem)*. In: *El proceso penal contemporáneo. Coord. Julio Maier*. Lima: Palestra Editores, 2008. p. 415.

¹⁰³ LEONE trata da manifestação processual do *ne bis in idem* como um efeito da coisa julgada mas explica que essa proibição “se sustancia en la improponibilidad de una nueva acción sobre el mismo objeto, no sólo en función de una diversa decisión, sino hasta de una decisión idéntica”. LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal. Vol. III*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963. p.339.

¹⁰⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Coisa Julgada Penal*. In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de (Org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Dias de Figueiredo Dias - volume III*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 859. Aury Lopes Jr. ao tratar do tema explica que a coisa julgada “é uma garantia individual, prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição, estabelecida para assegurar o *ne bis in idem*, ou seja, a garantia de que ninguém será julgado novamente pelo mesmo fato”. LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1122.

A partir do momento em que o “litígio” é resolvido definitivamente, sem possibilidade jurídica de ser novamente submetido ao crivo judicial-penal, a decisão torna-se imutável e, desde então, deve dizer-se que a coisa (causa) está julgada (*res iudicata est*)¹⁰⁵. É por isso que a vertente do *ne bis in idem* referente às persecuções penais idênticas e sucessivas é, comumente denominada coisa julgada. A coisa julgada é a própria matéria discutida, depois que o juiz se pronuncia na decisão¹⁰⁶.

Trata-se, portanto, não de um efeito da sentença, mas “uma qualidade, um modo de ser e de manifestar-se dos seus efeitos, quaisquer que sejam, vários e diversos, consoante as diferentes categorias das sentenças”¹⁰⁷. A impossibilidade de um novo julgamento da mesma pretensão processual é denominada efeito negativo da coisa julgada. BADARÓ considera esse efeito negativo uma continuação da imutabilidade do objeto do processo pois enquanto o processo está em curso, tal imutabilidade é assegurada pela correlação entre acusação e sentença, após a decisão final, “é o *ne bis in idem* que assegura que não se volte a discutir o objeto do processo”¹⁰⁸.

Contudo, é necessário esclarecer que não é imprescindível a imposição de uma pena para que exista violação ao *ne bis in idem*, mesmo tratando-se de persecuções penais sucessivas. O princípio estabelece a proibição de múltiplo julgamento pelo mesmo fato, a proibição se mantém ainda que a decisão tenha sido absolutória, basta que a matéria e sua possível autoria tenham sido analisadas sob a ótica do devido processo legal, desde que tenha sido realizada uma análise do *meritum causae*.

Esse esclarecimento é necessário pois a coisa julgada pode ser material ou formal. A primeira refere-se à imutabilidade da sentença no próprio processo e a segunda à imutabilidade dos efeitos da sentença. Toda sentença proferida faz coisa julgada formal já que toda sentença, independentemente da análise ou não do mérito, transita em julgado. A dimensão formal refere-se apenas à impossibilidade de se impugnar a sentença e de sua

¹⁰⁵ Coisa julgada é, portanto, “cosa sobre la cual ha recaído la decisión del juez, expresa, por tanto, una entidad pasada, fija, firme en el tiempo, a la cual corresponde en clave de actualidad la cosa que debe ser juzgada”. LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal. Vol. III*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1963. p. 320.

¹⁰⁶ TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal. Vol. I*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 462.

¹⁰⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença: e outros escritos sobre a coisa julgada*. Tradução de Alfredo Buzaid. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 6 Deve-se porém distinguir a autoridade da coisa julgada (imutabilidade) da eficácia natural da sentença (aptidão de produzir efeitos). BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3ª Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 546.

¹⁰⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença*. 3ª Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 133.

revisão por parte do julgador. A coisa julgada material, por outro lado, restringe-se às sentenças de mérito e projeta seus efeitos para fora do processo, são esses efeitos “que atingem a situação da vida (relação material), que se tornam imutáveis”¹⁰⁹. A dimensão formal é pressuposto da material¹¹⁰.

Ao tratar de manifestação do *ne bis in idem*, a conexão deve ser feita em relação à coisa julgada material uma vez que esta pressupõe análise do objeto do processo e prolação de sentença final sobre o mérito. Formada a coisa julgada material, o objeto do processo não poderá voltar a ser discutido em outro processo pois o princípio sob estudo refere-se à valoração jurídica do comportamento de alguém, a ação ou a omissão que a ele foi atribuída visando à imposição de uma sanção penal, essa imputação não poderá ser novamente analisada¹¹¹. A análise da imputação é pressuposto da sentença de mérito que, por sua vez, é a que faz coisa julgada material.

Trata-se, portanto, da qualidade de imutabilidade do comando que emerge da sentença em relação ao fato principal, seja o comando absolutório ou condenatório.¹¹² Há violação ao princípio *ne bis in idem*, em sua vertente processual e manifestada pela coisa julgada, quando após o trânsito em julgado de decisão de mérito da ação penal, nova acusação é formulada versando sobre os mesmos fatos e o mesmo sujeito.

BELING expõe o seguinte raciocínio que permite dimensionar o que uma violação ao *ne bis in idem* pode causar em um determinado processo. Diz o autor que o efeito da *res iudicata* “no puede encontrarse en el hecho de la consumación de la *pretensión punitiva*; la cosa juzgada sólo consume el *derecho de acción penal*”. Assim, um novo procedimento

¹⁰⁹ Além das sentenças penais condenatórias e absolutórias, no processo penal também faz coisa julgada material a sentença que julgar extinta a punibilidade, a que rejeitar a denúncia contra o funcionário público, por atipicidade do fato, ou pode considerar inexistente o crime ou improcedente a ação e a que homologar transação penal. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3ª Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 548.

¹¹⁰ BELING explica que a força da coisa julgada formal está relacionada à inimpugnabilidade de uma decisão dentro do processo, ou seja, “corresponde a las decisiones que no pueden ser impugnadas por las partes mediante um remédio ordinário, ni modificadas normalmente ‘ex officio’ por el tribunal”. A força da coisa julgada material à produção de efeitos fora do processo. “Ella consiste, en el proceso penal, en la inadmisibilidad de otro procedimiento sobre el objeto del proceso terminado por la decisión, ni siquiera bajo nuevos aspectos”. BELING, Ernest. *Derecho Procesal Penal*. Trad. de Ricardo C. Nuñez e Roberto Goldschmidt. Córdoba: Imprenta de la Universidad, 1943. p. 105.

¹¹¹ MAIER, Julio B. J. Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple. In. *El proceso penal contemporáneo*. Lima: Palestra, 2008. p. 441.

¹¹² RANGEL, Paulo. *A coisa julgada no processo penal brasileiro como instrumento de garantia*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 162-163.

penal iniciado, apesar da existência de coisa julgada deve ser extinto sem resolução do mérito e não ser decreta a absolvição do acusado¹¹³.

No processo penal, a coisa julgada apenas produz plenamente seus efeitos quando a sentença for absolutória ou declaratória de extinção da punibilidade, pois nesses casos não se admite revisão criminal contra o réu, ainda que surjam provas cabais da autoria e materialidade¹¹⁴. Isso porque “las garantías sólo juegan en favor, no en contra, de quien sufre el poder penal del Estado, y revisar la condena para lograr la absolución o una sanción más benigna no significa perseguirlo penalmente”¹¹⁵.

Por essa razão, há quem faça a distinção entre coisa julgada e coisa soberanamente julgada¹¹⁶. A primeira refere-se às sentenças, transitadas em julgado, sujeitos à revisão criminal, sentenças condenatórias que podem ser revisadas para absolver o acusado ou diminuir a pena imposta. A segunda designa as sentenças que não podem ser revistas¹¹⁷.

GRINOVER distingue entre imutabilidade e estabilidade, a primeira seria a qualidade da sentença não mais sujeita à desconstituição enquanto a segunda designaria a qualidade da sentença sujeita à desconstituição. Para o processo penal, a “qualidade da sentença absolutória passada em julgado é realmente a imutabilidade; enquanto, na sentença condenatória, tratar-se-ia de mera estabilidade¹¹⁸”.

O texto da Convenção Americana de Direitos Humanos, faz expressa referência à proibição de novo julgamento em *caso de absolvição*¹¹⁹. Contudo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já esclareceu que, como todo direito fundamental, não se trata de

¹¹³ O autor entende ser a pretensão punitiva e suas circunstancias adjacentes o objeto do processo, portanto, ele pretende explicar que o início de um novo processo, após o transito em julgado de decisão de mérito versando sobre a mesma pretensão, afetaria a admissibilidade de um novo processo, daí referir-se ele ao direito de ação penal. BELING, Ernest. *Derecho Procesal Penal*. Trad. de Ricardo C. Nuñez e Roberto Goldschmidt. Córdoba: Imprenta de la Universidad, 1943. p. 106.

¹¹⁴ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 531.

¹¹⁵ MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal: Fundamentos*. Tomo I. 2ª Ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004. p. 602.

¹¹⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. Vol. 4. 31ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 357.

¹¹⁷ Art. 621 do CPP: “A revisão dos processos findos será admitida: I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena”.

¹¹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Coisa Julgada Penal*. p. 862

¹¹⁹ Art. 8, n. 4 da CADH: “O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”.

uma proibição absoluta e, há casos em que poderá ocorrer sua relativização¹²⁰. Foi o que a CIDH denominou “coisa julgada fraudulenta” ou “aparente”¹²¹.

No mesmo sentido, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional já prevê em seu art. 20 a possibilidade de realização de um novo julgamento caso o primeiro, independentemente do resultado, tenha sido marcado por fraude ou incompatibilidade com a intenção de submeter a pessoa à ação da justiça¹²².

1.4.2.2 Proibição de perseguições idênticas e simultâneas

A proibição, nesse caso, recai sobre perseguições penais que embora idênticas, são simultâneas, forçando o mesmo acusado a se defender, simultaneamente, múltiplas vezes pelo mesmo fato a ele imputado. MAIER explica que sem essa dimensão do *ne bis in idem* não haveria uma verdadeira proteção do indivíduo pois, o que se pretende é proteger a qualquer imputado do risco de uma nova perseguição penal, simultânea ou sucessiva, pela mesma realidade histórica atribuída¹²³.

A expressão “litispêndência” significa “lide pendente” e é comumente tratada como sinônimo da vertente da proibição de múltiplas perseguições idênticas e simultâneas. Trata-

¹²⁰ “A diferencia de la fórmula utilizada por otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos (por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, artículo 14.7, que se refiere al mismo ‘delito’), la Convención Americana utiliza la expresión ‘los mismos hechos’, que es un término más amplio en beneficio de la víctima “. Caso Loayza Tamoyo v. Peru. Sentencia de Fondo n. 66. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf Acesso em: 20.06.2017

¹²¹ Caso *Almonacid Arellano v. Chile*. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf. Acesso em: 20.06.2017. Na mesma linha, os ordenamentos jurídicos da Inglaterra e da Austrália preveem exceções para nas quais é admitido um *retrial*. “There are two grounds on which the prosecution can apply to have a person’s acquittal quashed and a new trial ordered: where the acquittal was ‘tainted’, and where ‘fresh and compelling evidence’ exists. The accused may also be charged with an ‘administration of justice offence’ arising from the original trial. MCMAHON, Marilyn. *Retrials of persons acquitted of indictable offences in England and Australia: exceptions to the rule against double jeopardy*. p. 159. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/263084072_Retrials_of_Persons_Acquitted_of_Indictable_Offences_in_England_and_Australia_Exceptions_to_the_Rule_Against_Double_jeopardy Acesso em 12.12.2017.

¹²² Estatuto de Roma. Art. 20, n. 3: “O Tribunal não poderá julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal, por atos também punidos pelos artigos 6º, 7º ou 8º, a menos que o processo nesse outro tribunal: a) Tenha tido por objetivo subtrair o acusado à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal; ou b) Não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, ou tenha sido conduzido de uma maneira que, no caso concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à ação da justiça”.

¹²³ Essa seria a “única interpretación compatible si se quiere garantizar, sin hipocresías, un verdadero Estado de derecho y si se quiere evitar sinrazones en la aplicación práctica del principio”. MAIER, Julio B. J., Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple (*ne bis in idem*). In. *El proceso penal contemporáneo*. Coord. Julio Maier. Lima: Palestra Editores, 2008. p. 417.

se de uma terminologia do processo civil que foi incorporada ao processo penal para designar a situação processual em que se encontra a causa posta ao julgamento do juiz¹²⁴. Por ser uma figura jurídica transposta a partir do processo civil¹²⁵, a referência à “lide” na nomenclatura foi também alvo de discussão sobre a possibilidade de existência de lide no processo penal que será brevemente apresentada no capítulo seguinte. Há, porém, autores que preferem referir-se à situação como *causa pendente* caracterizando como irrelevante o conceito de lide no processo penal¹²⁶.

A construção da litispendência, no processo penal, empresta do processo civil não só a terminologia mas também o mecanismo de identificação e correção dessa situação especial. É assim que, quando alguém propõe contra outrem, no mesmo juízo ou em juízo diverso, novamente a mesma causa, pode o réu arguir litispendência, isto é, alegar que aquela causa já pende de julgamento e não pode ser objeto de dois processos.

No processo penal, tem-se a “litispendência” nas situações em que um acusado esteja respondendo a dois processos distintos, mas relacionados à mesma imputação. Assim, ocorrida tal situação, conclui-se pela ofensa ao princípio *ne bis in idem*¹²⁷.

Tanto no processo civil quanto no processo penal, a situação é enfrentada através da “exceção de litispendência”. Assim, a litispendência guarda relação com a ideia de que ninguém pode ser processado quando está pendente de julgamento um litígio com as mesmas partes, sobre os mesmos fatos, e com a mesma pretensão. Essa proibição é expressada por antiga máxima latina, o *ne bis in idem*, atualmente compreendida, no âmbito criminal, como a proibição de dupla punição e de dupla persecução penal pelo mesmo fato criminoso¹²⁸.

O procedimento da exceção de litispendência está descrito nos artigos 95 a 111 do Código de Processo Penal e constitui meio de defesa processual oposto em um segundo

¹²⁴ “Enquanto um litígio pende de julgamento do juiz, diz-se que há litispendência. Essa é, portanto, a *situação processual* em que se encontra a causa proposta ao julgamento do juiz (...) há litispendência sempre uma coisa (*res*) é pedida a um juiz, ainda que sobre ela não haja litígio. TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal. Vol. I*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 458.

¹²⁵ A expressão “litispendência” é inadequada para o processo penal, na medida em que “resulta de uma transmissão mecânica de categorias do processo civil”. Isso porque, não existe lide no processo penal de modo que a noção de ‘lides’ pendentes, como definição de litispendência não serve às particularidades do processo penal. LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 137.

¹²⁶ TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 86.

¹²⁷ STJ, Rec. Em HC n. 68.070/PR, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, j. 26/04/2016.

¹²⁸ STJ, HC n. 229.650/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 08/11/2016. “é cediços que há litispendência quando tramitam duas ações penais contra o mesmo réu, com igual objeto, ou seja, tratando do mesmo fato criminoso”. STJ, HC n. 362.616/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 01/12/2016.

processo, enquanto ainda pende o julgamento de um primeiro processo, com o mesmo objeto do segundo. Contudo a exceção não suspende a marcha do processo em que foi oposta¹²⁹.

A “*causa já pendente* é da ação que primeiro foi proposta”, respeitada a prevenção do juízo por decisões tomadas durante a fase investigatória.¹³⁰ Caso seja acolhida a exceção de litispendência, será cabível o recurso em sentido estrito¹³¹, e como tal recurso não tem efeito suspensivo, o processo que foi extinto em primeiro grau não terá seguimento enquanto o recurso não for julgado. Por outro lado, caso o juiz não acolha a exceção, não há recurso específico previsto em lei, a doutrina entende ser possível interpor *habeas corpus*.¹³² Por tratar-se de matéria de ordem pública, a “litispendência” pode também ser reconhecida de ofício¹³³.

No processo civil, aplica-se a teoria do *tres eadem – eadem res, eadem causa petendi, eadem personae* -, isto é, são consideradas idênticas as ações que possuem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido¹³⁴ e a situação de pendência é induzida pela citação válida¹³⁵.

No processo penal não há dispositivo legal disciplinando tal situação e a doutrina diverge quanto à necessidade de identidade dos três elementos para caracterizar duas ações

¹²⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3ª Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 329-331.

¹³⁰ “Em face da prevenção que a pré-litispendência criou, (...)“a propositura da ação tem efeito *ex tunc*, pois que retroage, para fins de verificação da jurisdição (...)”. MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Vol. II. 3ª atualização. Campinas: Millennium, 2009. p. 261. No mesmo sentido, LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 527.

¹³¹ Art. 581, III do CPP.

¹³² BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3ª Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 331. Outra “opção” dada à defesa, e que tem se tornado a regra na prática forense, é aguardar o provimento jurisdicional e rediscutir a matéria em sede de apelação ou ainda, posteriormente apresentar exceção de coisa julgada. Sendo que em ambos os casos houve violação, caso a decisão final reconheça a litispendência ou a coisa julgada, houve, ainda por certo período de tempo, violação ao *ne bis in idem* já que o acusado foi submetido a dois processos idênticos (simultânea ou sucessivamente).

¹³³ Nesse sentido STJ, HC nº 345.683/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 13.09.2016; TRF 4, RVCr 165/PR, Rel. Maria de Fátima Freitas Labarrère, j. 16.12.2004.

¹³⁴ Art. art. 37, §2º do Novo Código de Processo Civil. Contudo, Arruda Alvim esclarece que a teoria das três identidades não é a única solução desenvolvida para a questão da identidade de ações. Há duas correntes básicas. A corrente italiana que se filia ao critério das três identidades e a corrente alemã que se orienta pela identidade da própria relação jurídica. ALVIM, Arruda. *Ensaio sobre a Litispendência no direito processual civil*. Vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 58.

¹³⁵ Art. 240 do Novo Código de Processo Civil. TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. Vol. I. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 460; NUVOLONE, Pietro. *Contributo ala teoria della sentenza istrutória penal*. Padova: Cedam, 1969. p. 67. Em sentido contrário, NUCCI afirma que a situação de litispendência está caracterizada a partir do ajuizamento da segunda demanda, sendo prescindível a citação do réu já que o Código de Processo Penal silenciou a esse respeito. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 11ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 304.

penais idênticas¹³⁶. Isso porque, sendo o órgão acusador sempre o mesmo no processo penal, não importando se é ele público ou privado, os elementos identificadores da ação seriam o acusado e a causa de pedir. Ou seja, há identidade de demandas, no processo penal, quando ambas tiverem o mesmo acusado e for imputado o mesmo fato naturalístico¹³⁷. Há, por outro lado, quem entenda que no processo penal também é necessária a identidade tripla¹³⁸.

É por isso que um dos efeitos da vertente de proibição de persecuções idênticas e simultâneas, e talvez o mais importante para este trabalho, é o de impedir o desenrolar e a existência de um segundo processo para o julgamento de idêntica acusação. Resulta, pois, da situação de litispendência, o direito processual de arguir o *bis in idem*¹³⁹. Assim como a mesma lide¹⁴⁰ não pode ser decidida mais de uma vez, também não pode pender simultaneamente mais de uma relação processual sobre o mesmo objeto entre as mesmas pessoas. Essa situação de pendência pode dar-se tanto perante juízes diferentes como perante o mesmo juiz.

Ao tratar de *ne bis in idem*, embora alguns autores façam referência também à litispendência, a maioria dos estudos está voltada à análise da coisa julgada. Sobre a litispendência há apenas uma breve explicação concentrada na exceção de litispendência, detalhando a definição de partes legitimadas, o momento da arguição e o procedimento

¹³⁶ DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 353. NUVOLONE, Pietro. *Contributo alla teoria della sentenza istrutória penal*. Padova: Cedam, 1969. p. 68.

¹³⁷ BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. p. 328. “Leva-se em consideração para verificar a hipótese de litispendência, se o acusado nas duas ou mais ações é o mesmo e se a imputação coincide, pouco importando quem incorpore a acusação”. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 13ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 300. No mesmo sentido: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. Vol. 2. 34ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 699-700. MELLADO, José María Asencio. *Sistema Acusatorio y Derecho de Defensa en el Proceso Penal*. p. 99. Na jurisprudência: STJ, HC 345683/RS, 5ª Turma. Rel. Min. Jorge Mussi, j. 13/09/2016. STJ, RHC 68799/MA, 5ª Turma. Rel. Min. Jorge Mussi, j. 09/08/2016.

¹³⁸ Na doutrina: MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto processuale penale italiano*. Vol. IV. 6ª Ed. Torino: Editrice Torinese, 1972. p. 586-587. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 14ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 217. Na jurisprudência: STJ, RHC 37.895-RS, 5ª Turma. Rel. Min. Laurita Vaz, j. 27/03/2014. STJ, HC 320.626/SP, 6ª Turma. Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 22.06.2015.

¹³⁹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Vol. II. 3ª atualização. Campinas: Millennium, 2009. p. 260. LIEBMAN também explica que a expressão “litispendência” é usada para indicar “o problema que surge quando a mesma ação é proposta em dois processos distintos, o que é uma situação anormal, não devendo haver sobre determinado objeto mais de um processo (*ne bis in idem*)”. LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manual de Direito Processual Civil*. Tradução e notas de Cândido R. Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 77.

¹⁴⁰ O conceito de “lide” não pode ser transferido do processo civil ao processo penal, por uma questão de incompatibilidade com a matéria tutelada pelo processo penal. Embora a expressão “litispendência” tenha sido emprestada para designar a existência de duas ações penais idênticas e simultâneas, “Lide” não é uma expressão e um conceito bem recebido no processo penal. Tal explicação será apresentada no item 2.3.2.1 ao tratar da (im)possibilidade de aplicação dos conceitos de processo civil ao processo penal.

empregado na exceção. Entendemos que é necessária uma análise aprofundada sobre essa manifestação do princípio *ne bis in idem*, principalmente porque sua construção está assentada em conceitos, definições e nomenclaturas do processo civil, embora seja parte essencial do devido processo penal.

A análise da ocorrência de *bis in idem* não só levar em consideração a incompatibilidade do emprego da expressão “lide” no processo penal mas também o fato de que mesmo antes do oferecimento da denúncia ou queixa, e conseqüentemente da instauração de uma ação penal, já há uma imputação e com base nela podem ser restringidos direitos do imputado. Não seria coerente com os preceitos do processo penal, permitir múltiplas investigações sobre o mesmo fato e contra o mesmo acusado, simultaneamente, e proibir a instauração de ações penais nas mesmas circunstâncias.

A litispendência, entendida como um processo *em ato*, refere-se a que a tutela jurisdicional somente deve ser proporcionada pelo Estado uma única vez. Conseqüentemente, importa saber quando um objeto litigioso (*Streitgegenstand*) é igual a outro, para, estabelecida essa identidade eliminar-se um dos processos que correm simultaneamente.¹⁴¹

No processo penal, os elementos indicativos dessa *identidade* devem respeitar suas particularidades e por isso deve-se estruturar essa análise a partir de conceitos mais propícios ao âmbito processual penal, tais como *acusação* e *imputação*. Para entender a adequação dessas expressões e as suas características diferenciadoras, será percorrida a trajetória da definição do objeto no processo penal, passando, necessariamente, pelas concepções civilistas e seus legados ao âmbito penal.

¹⁴¹ ALVIM, Arruda. *Ensaio sobre a Litispendência no direito processual civil. Vol. II.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 56-57.

CAPÍTULO 2 - O OBJETO DO PROCESSO PENAL

2.1 Objeto do processo e *ne bis in idem*

O objeto do processo, seja civil ou penal, é a matéria sobre a qual versa o poder de discussão das partes e de decisão do juiz¹⁴², ou seja, sobre a qual recai o complexo de elementos que integram o processo¹⁴³. Essa matéria é a principal divergência entre os processos civil e penal, e por isso, em cada um dos ramos o objeto merece um tratamento específico e adequado a suas particularidades.

Para nosso estudo é importante esclarecer qual é a matéria a ser analisada em cada persecução e como deve dar-se, no processo penal, a identificação e o controle de duas persecuções simultâneas sobre fatos e sujeitos idênticos. A delimitação do objeto do processo penal viabiliza o princípio *ne bis in idem* ao impedir que, nas situações de litispendência ou de caso julgado, seja repetido o julgamento de fatos anteriormente apreciados¹⁴⁴.

Além disso, é a partir da elucidação sobre as diversas teorias concebidas sobre o objeto do processo penal que será explicada a definição da identidade de “imputações” e não de “processos”. É a partir da delimitação do objeto do processo penal que será delineado o foco sobre o qual recairá a análise comparativa para verificação de possíveis violações ao princípio *ne bis in idem*. Para poder identificar quando há múltiplas persecuções penais idênticas é necessário refletir sobre o conteúdo de tais persecuções e essa reflexão parte da já conhecida discussão sobre o objeto do processo penal.

O que se busca neste tópico é delimitar o objeto de cognição judicial para então explicar como se dá a violação do princípio *ne bis in idem* quando há imputações idênticas.

¹⁴² BADARÓ, Gustavo. *Correlação entre acusação e sentença*. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 43. A palavra “objeto” resulta do encontro da preposição latina *ob* (diante, defronte, à vista) com o verbo *jacio* (lançar, tirar, arremessar), dando o verbo composto *objicio*. A expressão *objicio* significa “pôr diante de”, portanto a expressão “objeto” serve para designar *algo que se põe diante* de uma pessoa, ou como alvo de alguma atividade sua. DINAMARCO, Cândido Rangel. *O conceito de mérito em processo civil*. In Fundamentos do Processo Civil Moderno. Vol. I. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 305.

¹⁴³ Aury Lopes Jr. explica que o objeto do processo não se confunde com a causa ou princípio, nem com o seu fim. “Por isso, não é objeto do processo o fundamento a que deve sua existência (instrumentalidade constitucional) nem a função ou fim a que, ainda que de forma imediata, está chamado a realizar (a satisfação jurídica da pretensão ou resistência).” LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 133.

¹⁴⁴ FERREIRA, Manuel Marques. *Da alteração dos factos objecto do processo penal*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Coimbra. Vol. 1, n. 2, p. 221-239, abr./jun., 1991, p. 221.

Principalmente porque há, ainda, divergências em textos internacionais sobre a proibição de um novo julgamento pelo mesmo *fato* ou pelo mesmo *delito*¹⁴⁵. Isso leva a uma confusão entre o objeto do processo e seu conteúdo, discussão que tem sido muito explorada no âmbito da correlação entre acusação e sentença; porém, no âmbito do *ne bis in idem*, tem sido relegada¹⁴⁶.

O raciocínio desenvolvido passa pela noção de objeto do processo na teoria geral do processo, pela tão discutida lide penal para então atingir, no capítulo seguinte, a imputação penal e seus elementos identificadores. Ao final, o que se busca é explicar qual é a matéria sobre a qual recai a apreciação judicial e, conseqüentemente, a proibição de um novo julgamento contra o mesmo sujeito.

A breve apresentação das diversas concepções de objeto do processo na teoria geral do processo visa a esclarecer como surgiram e qual é a definição de critérios posteriormente transpostos ao processo penal na tentativa de definir seu objeto. São exemplos dessa transposição a ideia de conflito de interesses, causa de pedir e pretensão que serão posteriormente abordados em tópicos próprios.

2.2 O objeto do processo e seu conteúdo na teoria geral do processo

A teoria geral do processo foi desenvolvida de modo a adequar-se às particularidades do processo civil. Os conceitos lógico-jurídicos contidos nessa teoria geral foram pensados e desenhados tendo como referência uma relação entre dois particulares na qual surge um conflito sobre questões igualmente privadas¹⁴⁷. Com a discussão em torno do objeto do

¹⁴⁵ A Convenção Americana de Direitos Humanos utiliza a expressão “fato” ao passo que o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos utiliza a palavra “delito”.

¹⁴⁶ BADARÓ tem razão ao explicar que “a noção de objeto do processo aparece como denominador comum de um grupo de quatro problemas: modificação da demanda, litispendência e limites objetivos da coisa julgada e cumulação de demanda”. BADARÓ, Gustavo. *Correlação entre acusação e sentença*. 3ª Ed. Rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 43.

¹⁴⁷ Aury Lopes Jr. exemplifica a errônea transmissão mecânica dos conceitos de processo civil ao âmbito das prisões cautelares penais. O erro consistiria em transmitir, cegamente, os requisitos *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, próprios das medidas cautelares civis, como parâmetro para a decretação de uma prisão cautelar. “No processo penal, o requisito para a decretação de uma medida coercitiva não é a probabilidade de existência do direito de acusação alegado. O que legitima a decretação de uma medida cautelar não é um direito, senão a necessidade da segregação diante da prática de um fato aparentemente punível. Logo, o correto é afirmar-se que o requisito para a decretação de uma prisão cautelar é a existência do *fumus commissi delicti*, ou seja, a probabilidade da ocorrência de um delito e nunca de um direito”. Da mesma forma, o perigo não é gerado pelo tempo, mas sim pela permanência, em liberdade, do imputado. “Na realidade o que existe é um *periculum libertatis*, ou seja, o perigo que decorre da situação de liberdade em que se encontra o sujeito passivo”. O autor ainda esclarece que o *periculum libertatis* não é requisito de

processo não foi diferente. A questão surgiu no âmbito do processo civil e a partir daí foi construída e, posteriormente, tentou-se encaixar as definições civis ao processo penal, sem muito sucesso¹⁴⁸. Contudo, por ter sido o início das discussões envolvendo o objeto do processo e devido às insistentes tentativas de encaixar tais definições em uma “teoria geral do processo”, é necessário apresentar, ainda que brevemente, essa definição e sua influência na construção do conceito de objeto do processo penal¹⁴⁹.

DINAMARCO apresenta o objeto do processo como “o mérito da causa” sendo que este reside em algo trazido de fora, que dá motivo à formação do processo e que dependerá de um pronunciamento do juiz¹⁵⁰. Contudo, o mesmo autor admite que essa manobra terminológica não proporciona uma resposta sobre o conteúdo do objeto do processo ou o conteúdo do mérito da causa, apenas modifica o foco da pergunta.

Existem várias correntes doutrinárias que se esforçaram em construir uma resposta para a pergunta: qual é o conteúdo do objeto do processo? Uma breve explicação de cada uma delas será apresentada apenas para ilustrar o caminho percorrido até a adoção dos conceitos a serem utilizados neste trabalho, as teorias sobre o objeto do processo penal antecederam tais conceitos¹⁵¹.

A seguir, adotando a linha proposta por BADARÓ - reunir as correntes ideológicas conforme seu denominador comum¹⁵² - apresentamos os principais pensamentos doutrinários em torno do objeto do processo na teoria geral.

medidas cautelares, mas sim o seu fundamento. LOPES JR., Aury. Desconstruindo a teoria da pretensão punitiva de Binding enquanto objeto do processo penal. In *Ensaio em homenagem ao Professor Alberto Rufino Rodrigues de Sousa*. Ney Fayet Júnior (Org.). Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003. p. 141, nota 13.

¹⁴⁸ Jacinto Coutinho ao tratar do conceito de lide, descreve de maneira visual essa situação: “O processo penal (...) acaba por receber uma vestimenta (sistemática) costurada para um senhor mais rico, alto, velho e obeso. Entrou, desse modo, mas não serviu”. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A Lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Editora Juruá, 1989. p.118. Também Aury Lopes Jr. ressalta que é necessário respeitar as categorias próprias do processo penal e sua complexa fenomenologia e superar a noção de teoria geral do processo. LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 158.

¹⁴⁹ Da mesma forma procede CAPELA ao tratar da correlação entre a acusação e a sentença pois explica que “individualizar uma acusação de outra e visualizar os componentes desta que devem permanecer, em regra, intangíveis durante todo o processo, no sentido de não se desvirtuar a regra da congruência, principia-se o estudo do objeto processual através de uma análise do processo civil, mesmo que superficial, para, posteriormente, realizar um cotejo com o processo penal”. CAPELA, Fábio. *Correlação entre acusação e sentença*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 61.

¹⁵⁰ DINAMARCO, Cândido Range. *O conceito de mérito em processo civil*. In Fundamentos do Processo Civil Moderno. Vol. I. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 306.

¹⁵¹ Uma explicação mais extensa e profunda sobre tais correntes pode ser encontrada na obra de Gustavo Badaró. BADARÓ, Gustavo. *Correlação entre acusação e sentença*. 3ª Ed. Rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

¹⁵² BADARÓ, Gustavo. *Correlação entre acusação e sentença*. 3ª Ed. Rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 43.

2.2.1 Objeto do processo composto por afirmação do direito material ou circunstâncias de fato que fundamentam o pedido

Essa corrente ideológica relaciona o objeto do processo a elementos fáticos ou jurídicos ligados à situação material debatida¹⁵³. O principal expositor desse entendimento é Friedrich Lent, para quem o objeto do processo não é constituído por um simples fato ou acontecimento, mas por um direito ou relação jurídica, não sendo necessário que tal direito ou relação jurídica exista verdadeiramente, bastaria apenas sua afirmação¹⁵⁴. Contudo, LENT reconhece as fragilidades dessa teoria já que, seguindo seu raciocínio, a alteração do tipo de provimento pleiteado seria suficiente para que se produza uma alteração do objeto do processo, ainda que permaneça inalterado o direito que o fundamenta¹⁵⁵.

BETTI, também filiado ao entendimento segundo o qual o conteúdo do objeto do processo envolve necessariamente a afirmação de uma situação material, hipotética, afirma que a efetiva ocorrência da razão narrada pelo autor levaria à procedência da demanda, portanto, nas demandas julgadas improcedentes haveria um processo sem objeto¹⁵⁶.

Isso porque a razão de qualquer coisa estaria diretamente relacionada à aspiração dessa mesma coisa, de modo que o objeto do processo apenas ganha relevância jurídica na medida em que se afirma que uma situação concreta corresponde efetivamente a uma situação juridicamente prevista. Assim, a razão que se faz valer em juízo não é se não a afirmação de uma hipótese concreta feita pela parte que apresenta o pedido de provimento em juízo.¹⁵⁷

¹⁵³ BADARÓ, Gustavo. *Correlação entre acusação...*, p. 46-47.

¹⁵⁴ Lent explica que “L’oggetto della lite può dunque essere definito come l’accertamento, chiesto in giudizio, di un effecto giuridico (...)La decisione è senza dubbio emanata con diretto riferimento alla richiesta: e ciò significa, a mio parere, che essa verte sull’affermazione di diritto dell’attore, cioè sull’effetto giuridico da lui fatto valere. Il giudice può pronunciarsi sul merito di una domanda soltanto dopo aver chiarito se il diritto sostanziale, su cui essa si fonda, esista o non esista”. LENT, Friedrich. *Diritto processuale civile tedesco. Parte Prima*. Traduzione di Edoardo F. Ricci. Napoli: Morano Editore, 1962. p. 151.

¹⁵⁵ LENT, Friedrich. *Diritto processuale civile tedesco. Parte Prima*. Traduzione di Edoardo F. Ricci. Napoli: Morano Editore, 1962. p. 151.

¹⁵⁶ Explica o autor que o direito da parte deduzido em juízo só se faz valer pela afirmação hipotética trazida de modo que “(L)a ragione è qualcosa di strettamente correlativo alla *aspirazione* (che ciascuna delle parti contendente persegue) *ad aver ragione, e cioè ad ottenere dal giudice una decisione favorevole*”. BETTI, Emilio. Ragione e azione. *In Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1932. p. 216.

¹⁵⁷ “quell’affermazione o quel profilo, *sotto la cui specie* il rapporto o lo stato giuridico controverso viene dalla parte *introdotto nel processo – dedotto in giudizio*, secondo la incisiva espressione romana – e diviene propriamente litigioso: viene cioè sottoposto alla cognizione dell’organo giurisdizionale e forma *oggetto* della discussione processuale (oggetto del processo, come anche si dice), del provvedimento di merito”. BETTI, Emilio. Ragione e azione. *In Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1932. p. 217.

A situação material afirmada, hipotética, deve ser abstratamente idônea a justificar o provimento jurisdicional requerido. Se há a efetiva ocorrência da razão do autor levaria à procedência da demanda, para dar início ao processo é suficiente apenas a afirmação abstrata da ocorrência de determinada situação. Essa afirmação abstrata é a que constituirá o objeto do processo.

Ou seja, identifica-se e individualiza-se uma ação com dados da relação substancial já que para esta corrente importa apenas a afirmação da situação material¹⁵⁸. BELING afirma que o objeto do processo, em sentido abstrato, é tudo o que possa interessar ao processo penal desenvolvido perante os tribunais ordinários, para tudo o que existe a jurisdição penal ordinária ou para o que é admitida a via processual penal ordinária¹⁵⁹. Assim, o objeto de um processo em particular (“*objeto de la instrucción*”) é a pretensão punitiva que o autor faz valer perante o juiz e as suas pretensões acessórias¹⁶⁰.

O ponto fundamental e comum às correntes descritas neste tópico é a importância dada aos elementos diretamente vinculados ao direito substantivo pleiteado, “em todas elas se dá importância a elementos diretamente relacionados com o direito material invocado”¹⁶¹. O objeto do processo relaciona-se intimamente à afirmação hipotética de situação concreta, não é constituído apenas por elementos processuais.

Assim, o objeto do processo estaria, por esta lógica, intimamente ligado à causa de pedir, pois é ela que revela o nexos existente entre o direito material e o processo. É na causa de pedir que se entrelaçam a situação material hipotética e sua correspondência jurídica e é com base na afirmação contida na causa de pedir que se fundamenta o pedido.

2.2.2 Afirmação do pedido como conteúdo do objeto do processo

Contraposto à corrente anterior, há um conjunto de autores que entendem ser criticável a íntima ligação entre o objeto do processo e a causa de pedir. É que essa

¹⁵⁸ BEDAQUE, José dos Santos. *Direito e Processo*. 6ª Ed. Rev. e Ampl. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 124.

¹⁵⁹ Partindo de uma disposição legal, o autor conclui que a definição exposta é para “*todas las causas penales para las cuales no se haya constituido una competencia de autoridades o tribunales administrativo*”. BELING, Ernest. *Derecho Procesal Penal*. Trad. de Ricardo C. Nuñez e Roberto Goldschmidt. Córdoba: Imprenta de la Universidad, 1943. p. 23.

¹⁶⁰ BELING, Ernest. *Derecho Procesal Penal*. Trad. de Ricardo C. Nuñez e Roberto Goldschmidt. Córdoba: Imprenta de la Universidad, 1943. p. 24.

¹⁶¹ BADARÓ, Gustavo. *Correlação entre acusação e sentença*. p. 49.

conexão poderia levar a resultados insatisfatórios em casos nos quais são invocados mais de um fato ou acontecimento material, pretendendo-se obter deles um mesmo resultado.¹⁶²

Segundo essa corrente, o que permite identificar o objeto do processo não é o fato material “judicializado” e sim o fim a que tende o autor. Ou seja, o pedido do autor para o juiz no sentido de que profira uma sentença conforme requerido, independentemente do fato histórico da vida que o fundamente. Porém, embora seja certo que o fato constitutivo serve para identificar o pedido, ele não integra o objeto do processo.¹⁶³

O principal expositor dessa corrente é ROSENBERG para quem o objeto litigioso é determinado pela petição dirigida à obtenção de declaração, suscetível de autoridade de coisa julgada, de uma consequência jurídica¹⁶⁴. De acordo com essa definição, o estado das coisas serviria para caracterizar o objeto litigioso unicamente como meio para a determinação da consequência em lei prevista¹⁶⁵.

Assim, o objeto litigioso seria determinado pelo estado das coisas mais a petição, ou em alguns casos, apenas pela petição¹⁶⁶. Ainda conforme tal raciocínio, haveria litispêndência quando em uma nova demanda “se plantee la misma pretensión procesal que en una demanda ya pendiente”.¹⁶⁷

¹⁶² SCHWAB explica que a teoria é questionável, pois levaria à coexistência de dois objetos litigiosos, duas pretensões processuais fundadas num mesmo estado das coisas. SCHWAB, Karl Heinz. *El Objeto Litigioso en el proceso civil*. Traducción de Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1968. p. 46.

¹⁶³ SCHWAB explica que essa ressalva não figurava nas primeiras edições do tratado pois naquela época a opinião de Rosenberg era de que todas as demandas eram sempre identificadas pela solicitação feita. SCHWAB, Karl Heinz. *El Objeto Litigioso en el proceso civil*. p. 40.

¹⁶⁴ O autor aproxima o *objeto litigioso* da *pretensão processual*, porém, ao explica-lo identifica-o como o pedido. “Pero casi siempre objeto litigioso significa lo mismo que la *pretensión*; es decir, en el caso de las demandas de prestación, la *afirmación* de que el actor tiene un derecho a la prestación pedida por una relación del derecho de obligaciones afirmada o por declarar (...) el actor no puede limitarse a someter al juez un conjunto de hechos, y dejar a discreción suya las consecuencias jurídicas que quiera sacar de ellos y reconocerle (...) el actor tiene a su cargo la indicación del objeto y fundamento de la pretensión planteada y la presentación de una pretensión determinada; es decir, debe pretender una consecuencia jurídica determinada”. ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil. Tomo II*. Trad. Angela Romera Vera. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955. p. 27-30.

¹⁶⁵ “Pero la *presentación* de la afirmación de derecho se realiza sólo en forma relevante mediante la petición, por la cual el actor hace conocer a qué se dirige lo solicitado en la demanda. En tanto la petición necesite fundamentos, se le darán éstos mediante *alegación de hechos*; es decir, de las llamadas circunstancias concretas o del *relato histórico* (...) que sirva de base para la demanda”. ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil. Tomo II*. Trad. Angela Romera Vera. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955. p. 31.

¹⁶⁶ Seria o caso dos processos de execução nos quais não há mais uma discussão acerca da possibilidade de conceder ao autor o pedido mas há um “título executivo” que dispensa qualquer discussão, restringindo o objeto litigioso ao requerimento de cumprimento do conteúdo daquele título.

¹⁶⁷ SCHWAB, Karl Heinz. *El Objeto Litigioso en el proceso civil*. Traducción de Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1968. p. 39-40.

Nessa linha também, SCHWAB explica que o objeto da lide deve ser o pleito (*Begehren*) da decisão jurisdicional descrita no pedido de modo que o pedido (*Antrag*) constitui o objeto litigioso enquanto a causa de pedir resta totalmente estranha à individuação daquele. É exclusivamente o pedido do autor que fixa o conteúdo e a extensão da lide, sendo que a causa de pedir (*Sachverhalt*) não guarda relevância alguma, por não constituir um elemento componente da pretensão processual¹⁶⁸.

Por fim, LIEBMAN afirma que o elemento que delimita em concreto o mérito da causa não é o conflito existente entre as partes fora do processo e sim “o pedido feito ao juiz em relação àquele conflito”, é o pedido a manifestação da vontade dirigida à autoridade judiciária requerendo dela uma atividade de determinado conteúdo¹⁶⁹. A identidade entre ações recairia, portanto, no conteúdo da prestação jurisdicional requerida em juízo.

2.2.3 Pedido e causa de pedir como elementos constitutivos do objeto do processo

Ao criticar a corrente anterior, HABSHEID explica que a *causa petendi* não auxilia apenas na individuação do processo, mas também permite ao réu defender-se não só das alegações de direito do autor, como também dos fatos em que ele fundamenta seu pedido¹⁷⁰. Para ele, o objeto do processo é composto de duas partes: (i) a pretensão do

¹⁶⁸ “La solicitud ocupa pues el lugar clave en el litigio. Las partes litigan sobre el fundamento de esa solicitud. Si la solicitudes son varias, habrá pluralidad de objetos litigioso (...) la excepción de litispendencia estará fundada si el actor, estando pendiente un proceso, presenta la misma solicitud en un proceso nuevo o si el demandado peticiona absolutamente lo contrario. La resolución del tribunal recae sobre la solicitud del actor”. SCHWAB, Karl Heinz. *El Objeto Litigioso en el proceso civil*. Traducción de Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1968. p. 243. CRUZ E TUCCI explica que tal posição foi guerreada por não manter a necessária coerência e unidade conceptual, visto que, para determina o objeto da decisão, atingido pela coisa julgada, Schwab recorre à *causa petendi*. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. 3ª Ed. Rev., Atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 105.

¹⁶⁹ “Todo o desenvolvimento do processo consiste em dar a tal pedido o devido seguimento, de conformidade com a lei, e o órgão público se desincumbe de sua função ao proferir os atos com que atende ao mencionado pedido”. LIEBMAN, Enrico Tulio. *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*. Com notas da Dra. Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 114-118.

¹⁷⁰ O pensamento de HABSHEID foi sintetizado por CRESCI SOBRINHO “o *objeto litigioso* (Streitgegenstand), no processo civil, a afirmação de direito do autor. Este pede uma consequência jurídica (claro, sua aplicação) com base em determinado fato histórico da vida. O *objeto litigioso* constrói-se, assim, pela *afirmação jurídica* (objeto da pretensão = Gegenstand des Anspruches) e pelo *fato histórico da vida* (base da pretensão = Grund des Anspruches) e a determinação do objeto litigioso é um ato dispositivo do autor”. CRESCI SOBRINHO, Elício de. *Objeto litigioso de Lent a Habscheid e Jauernig*. In Revista Brasileira de Direito Processual. V. 19. Ano V. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 56.

autor, evidenciada nas suas conclusões, e que compreende tanto o direito substancial quanto o direito processual; e (ii) o estado de fato, em que se funda a pretensão¹⁷¹.

No mesmo sentido, CHIOVENDA entende ser o objeto da demanda composto pelo pedido e pela causa de pedir, uma vez que os fatos servem de fundamentação para a individualização da demanda.¹⁷² O autor espanhol Jaime Guasp Delgado afirma que o objeto do processo é a pretensão processual, isto é, a declaração de vontade mediante a qual o autor reclama ao réu, perante o juiz, um bem da vida, formulando em torno desse bem um pedido fundado em acontecimentos de fato, que sejam expressamente indicados.¹⁷³

Na doutrina nacional, CRUZ E TUCCI conclui que para a demarcação do objeto litigioso é necessário considerá-lo como a alegação da *situação substancial* contida na pretensão deduzida. Assim, o objeto do processo seria a circunstância jurídica concreta deduzida em juízo *in status assertionis*, que aflora individualizada pela situação de fato contrária ao modelo traçado pelo direito material. Ainda segundo o autor, no “processo penal de conhecimento” essa *situação substancial* deve ser retratada pela violação de um dever imposto pelas normas penais materiais.¹⁷⁴

Apesar das controvérsias doutrinárias em torno da definição de “causa de pedir”, consubstanciadas nas teorias da individuação e da substanciação¹⁷⁵, é consenso entre os

¹⁷¹ BADARÓ critica a posição de HABSHEID pois explica que os principais problemas ligados ao objeto da demanda referem-se justamente, a sua identificação. Assim, “afirmar que o fato constitutivo ou o direito afirmado não integram o pedido, mas são relevante para a sua identificação, é colocar fora do objeto do processo algo que irá permitir, justamente, que se resolvam os principais problemas ligados ao próprio objeto do processo”. BADARÓ, Gustavo. *Correlação entre acusação...*, p. 51.

¹⁷² “De quanto se assentou resulta que o objeto do processo é a vontade concreta da lei, cuja afirmação e atuação se reclamam, assim como o próprio poder de reclamar a atuação”. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil. Vol. 1*. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 2012. P 88-89.

¹⁷³ Segundo o autor, o processo é definido como uma instituição jurídica destinada a satisfazer uma pretensão, portanto, é essa mesma pretensão que cada um dos sujeitos processuais tenta satisfazer a que determina o verdadeiro objeto processual. Essa pretensão deve ser entendida como uma declaração de vontade que solicita a atuação de um órgão jurisdicional frente a uma pessoa determinada e diversa do autor da declaração. GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil. Tomo I*. 4ª Ed. Madrid: Civitas, 1998. p. 201-206.

¹⁷⁴ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. 3ª Ed. Rev., Atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 133-135.

¹⁷⁵ As teorias da individuação e da substanciação, em breve e simplificada síntese, versam sobre o conteúdo da demanda e seus elementos caracterizadores. Para os adeptos da teoria da individuação é necessário que o autor indique qual a relação jurídica deduzida em juízo, ou o estado jurídico afirmado pelo autor em apoio a sua pretensão. A indicação da relação jurídica é suficiente para isolar e distingui-la das demais relações jurídicas existentes entre as partes, não sendo necessária a alegação do fato em que se funda tal pretensão. A teoria da substanciação considera que a causa de pedir é composta apenas pelo fato ou complexo de fatos aptos a suportar a pretensão do autor, pois são eles os elementos de onde deflui a conclusão. Assim, sendo decisivo apenas o fato em que se funda a pretensão do autor, a mudança dos fatos no curso do processo implicaria mudança da demanda, mesmo que permanecessem inalterados o direito ou a relação jurídica

doutrinadores que o objeto do processo é composto pelo pedido e pela causa de pedir. Esta última sendo entendida, no direito processual civil brasileiro, como o conjunto de fatos constitutivos da pretensão veiculada pelo autor, portanto, a alteração dos atos implicaria em modificação da demanda¹⁷⁶.

GRINOVER, tratando dos limites objetivos da coisa julgada, afirma que o objeto do processo é definido pelo pedido e pela causa de pedir, pois o objeto da sentença modela-se sobre o pedido. Ou seja, o “juiz deve responder ao pedido do autor, numa correlação necessária entre o pedido e a sentença”, assim, o que é objeto do processo torna-se também objeto da sentença, “pelo que se pode falar em objeto da demanda, objeto do processo e objeto da sentença como três aspectos de um mesmo fenômeno”¹⁷⁷.

2.2.4 A situação substancial como conteúdo do objeto do processo

O principal expositor desse entendimento é FAZZALARI que argumenta que o emprego da estrutura do processo consente ordenar em um esquema amplo todos os atos lícitos e/ou devidos condutores de cada um dos protagonistas ao longo do curso do processo, tal série de atos constitui o “conteúdo da sua *legitimação para agir*, a *situação legitimada* de cada um”¹⁷⁸. Assim, nos processos de conhecimento a situação substancial comparece no ato introdutório do processo, sendo declarado pelo autor. Porém, nos processos de execução a situação substancial é introduzida *in limine*, impregnada do escudo do “título executivo”¹⁷⁹.

invocados e o pedido. Ambas as teorias possuem críticas que, assim como seu conteúdo, são apenas diferentes ângulos de um mesmo problema. Adotada a teoria da individuação, a causa de pedir manter-se-á inalterada se a relação jurídica afirmada pelo autor não for modificada, ainda que os fatos constitutivos possam ter sido alterados, o que torna improponível uma nova demanda sobre a mesma relação de direito, ainda que fundada em fatos não alegados na primeira. Assim mesmo, pela teoria da substanciação a decisão com base em determinados fatos alegados pelo autor também impediria que nova demanda, tendo por base tais fatos, fosse proposta ainda que mudados os efeitos jurídicos perseguidos ou a relação jurídica que deriva de tais fatos. O desenvolvimento de cada uma das posições pode ser consultado em CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. 3ª Ed. Rev., Atual. e Ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

¹⁷⁶ CORTEZ, Anderson Mendes. *A modificação dos elementos objetivos da demanda: uma proposta de regramento*. Revista da Academia Brasileira de Direito. Vol. 7, jan/jul 2015. p. 31-67.

¹⁷⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Coisa julgada penal*. p. 863.

¹⁷⁸ FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. 8ª Ed. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 500.

¹⁷⁹ Por tudo isso resulta que os atos processuais podem, sim, ter como efetivo pressuposto a *situação substancial* pregressa. FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. 8ª Ed. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 331-333.

Para FAZZALARI, se o autor da ação deve alegar apenas fatos que possam ser enquadrados em esquema de norma, e por essa subsunção estejam sujeitos a determinadas consequências jurídicas, é lógico que o autor deduza esses fatos da situação jurídica substancial preexistente¹⁸⁰. A situação substancial se apresenta nos processos civis como um dever inobservado e como um direito subjetivo correspondente ao dever que sofreu lesão de modo que o autor deve alegar a *fattispecie* concreta da qual deriva a posição de proeminência a respeito do bem, em outras palavras, o direito subjetivo.¹⁸¹

Esse direito subjetivo sofre uma gradual “concretização” ao longo do desenvolvimento do processo à medida que na petição inicial ele é apresentado como uma afirmação do autor – *in statu assertionis* –, transforma-se em objeto de discussão entre as partes e ao final torna-se uma realidade comprovada ou negada¹⁸². É exatamente esse caráter dinâmico do processo, a grande inovação dessa corrente doutrinária¹⁸³. No processo penal, a concepção que mais se aproxima dessa teoria de objeto do processo é a que concebe o objeto do processo como o fato imputado e o sujeito a quem foi imputado tal fato, pois parte de uma relação concreta, transposta ao mundo jurídico devido a sua relevância penal¹⁸⁴.

¹⁸⁰ “Deve-se esclarecer, entretanto, que a *quaestio* – no significado próprio de “quesito”, de “*res dubia*” – da subsistência dos requisitos deste ou daquele ato do processo, ainda que se coloque para o autor de cada ato processual (como de resto, de qualquer ato jurídico), frequentemente *não* emerge no contraditório, porque é resolvida por aquele autor em sede de verificação prévia, e não é levantada por ninguém; nos casos em que, ao contrário, a *quaestio* é levantada, ela pode ser controvertida ou não: não o é *se* os participantes do processo concordam sobre a solução da dúvida; o é se a solução é disputada”. FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. 8ª Ed. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 125.

¹⁸¹ “Em síntese, deve-se repetir que a justiça civil é correlata ao direito subjetivo: de fato, tal medida é a resposta do Estado à lesão do direito subjetivo; a medida jurisdicional, ao solicitar ao juiz quando tal lesão subsista, realiza a tutela do direito lesado”. FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. 8ª Ed. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 337.

¹⁸² FAZZALARI ressalva que não é correto “teorizar” em torno do objeto do processo já que somente se pode falar dele em referencia “a este ou aquele tipo de processo e à sua descrição”. Contudo, mesmo nos “limites das convenções verbais”, no processo civil, o mérito é elaborado em muitos momentos (demanda contrapostas, alegações, provas), nas quais a *res in iudicium deducta* é encontrada em diversas e progressivas situações. FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. 8ª Ed. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 423.

¹⁸³ BADARÓ explica que FAZZALARI, além de buscar “uma superação da discórdia entre substanciação e individuação, mostra uma nova perspectiva do objeto do processo, deixando de lado a concepção estática da doutrina alemã, para procurar trazer uma visão dinâmica do objeto do processo, na forma da situação substancial”. BADARÓ, Gustavo. *Correlação entre acusação...*, p. 58.

¹⁸⁴ Os autores espanhóis estabelecem “el hecho criminal imputado” e “la persona acusada” como elementos identificadores do objeto processual. AROCA, Juan Montero; COLOMER, Juan Luis Gómez; REDONDO, Alberto Montón; VILAR, Silvia Barona. *Derecho jurisdiccional III*. 18ª Ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2010. p. 107.

2.2.5 A relação jurídica processual e o conceito de lide

Todas as correntes anteriormente apresentadas remetem à ideia de uma necessária relação entre duas partes que é colocada perante o Judiciário para apreciação de um pedido. Trata-se de um vínculo estabelecido entre as pessoas, provocado por um fato regido por norma jurídica e sobre o qual se requer uma prestação jurídica¹⁸⁵.

O processo visa a disciplinar o poder jurisdicional e o desenvolvimento da atividade das partes sujeitas ao poder do juiz. LEITE, ao tratar da terminologia técnica, explica que para indicar o continente não houve dúvida de que a palavra seria processo, porém, para escolher a palavra que iria servir para indicar o conteúdo do processo (*res in judicium deducta*), nada menos que três palavras surgiram para essa finalidade: lide, controvérsia e causa¹⁸⁶.

A noção de “lide” é construída, justamente, para designar o conteúdo do processo, a natureza dessa relação jurídica submetida a juízo¹⁸⁷. A introdução do conceito de lide na ciência processual é fruto da tentativa de se distinguir continente e conteúdo do fenômeno processual¹⁸⁸. A lide é um exemplo específico do que foi dito anteriormente acerca da teoria geral do processo englobar conceitos pensados para uma realidade privatística e que ao serem transpostos ao terreno do processo penal não se adaptam a essa realidade.

Embora CARNELUTTI não tenha sido o primeiro autor a desenvolver o conceito de lide¹⁸⁹, fato é que a noção de lide e sua evolução têm o autor italiano como referência¹⁹⁰.

¹⁸⁵ Hélio Tornaghi ao tratar da relação jurídica explica que há sempre um elemento material e um elemento formal. O primeiro é o vínculo (a relação propriamente dita) e o segundo é a juridicidade (a regulamentação pela norma jurídica). A relação jurídica como tal é criada pela lei, se a relação já existia antes da norma jurídica, embora sem o atributo da juridicidade, a lei cria o vínculo jurídico. TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de Processo Penal. Vol. I. 2ª Ed.* São Paulo: Saraiva, 1977. p. 328.

¹⁸⁶ LEITE, Luciano Marques. O conceito de lide no processo penal – um tema de teoria geral do processo. *In Justicia*. Vol. 70, jul-set., 1970. p. 183.

¹⁸⁷ Lide é uma palavra de uso antigo na nomenclatura jurídica histórica: “Litis nomen omnem actionem significat serve in rem sive in personam sit”, porém, era frequentemente confundida com conceito de ações e, outras, associada a fenômenos tipicamente processuais, “tanto na terminologia antiga como na moderna” (litis aestimatio; litiscontestatio, litispendência, litisconsórcio, lide temerária, ad litem, in limine litis, litis denuntiatio). LEITE, Luciano Marques. O conceito de lide no processo penal – um tema de teoria geral do processo. *In Justicia*. Vol. 70, jul-set., 1970. p. 183.

¹⁸⁸ Para a designação do continente, havia consenso de que a palavra deveria ser *processo*. Já para a designação do conteúdo, a escolha deveria recair dentre três palavras: *lide*, *causa* e *controvérsia*. A escolha recaiu sobre o conceito de lide já que *causa* era usada para significar o próprio processo e *controvérsia* significava apenas a diferença de opiniões ou de sentimentos entre duas pessoas. BADARÓ, Gustavo. *Correlação entre acusação ...*, p. 59-60.

¹⁸⁹ Jacinto Coutinho explica que a “doutrina de CARNELUTTI não é propriamente dele, como parece de início. Foi ele – isso sem dúvida - o grande sistematizador da ideia e de sua aplicação no direito processual italiana e, dali, para o mundo”. Há indícios da expressão no direito antigo tendo sido apanhada por Carnelutti

A ideia inicial de lide foi apresentada como um “conflito de interesses qualificado pela pretensão resistida”.

Por interesse entenda-se a posição favorável à satisfação de uma necessidade e o conflito de interesses deve ser somente aquele regulado pelo direito¹⁹¹. A pretensão é a subordinação do interesse alheio ao próprio, portanto, a pretensão e a resistência devem partir de pessoas diferentes sendo a lide, necessariamente, intersubjetiva¹⁹². A resistência é caracterizada por um contraste real à pretensão, como o não reconhecimento do dever de subordinar o próprio interesse ao alheio.

Porém, não é qualquer conflito que caracteriza a lide, apenas aquele entre interesses regulados pelo direito. O processo exige, portanto, que o autor afirme existente e com um determinado conteúdo, ou então afirme inexistente uma certa relação ou estado jurídico, extraindo-se daí a posição de preeminência jurídica, ou de liberdade de vínculos pretendida em relação ao adversário¹⁹³. Assim, duas pessoas estariam “in lite quando l’una pretende che il diritto tutelii immediatamente il suo interesse in conflitto con un interesse dell’altra e questa contrasta la pretesa, o pur non contrastandola, no vi sodisfa”¹⁹⁴.

Com relação ao objeto do processo, CARNELUTTI, porém, nunca equiparou os conceitos de lide e mérito. Para o autor italiano, mérito seria “o complexo das questões materiais que a lide apresenta” e não a lide propriamente dita.¹⁹⁵ LIEBMAN critica essa construção, pois entende que o conceito de lide pertence ao mundo sociológico e não ao

na raiz de sua concepção, no pensamento alemão. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A Lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Editora Juruá, 1989. p. 19.

¹⁹⁰ “A preferência de Carnelutti, porém, recaiu sobre a palavra ‘lide’ pela razão seguinte: causa, no Código de Processo Civil italiano (...) era usada para indicar o processo” e estava sobrecarregada de significados tanto na linguagem popular quanto na jurídica. E com relação à controvérsia, entendeu-se que “lide” acentua mais o significado de contraste de luta, de oposição, de contenda ou desavença. LEITE, Luciano Marques. O conceito de lide no processo penal – um tema de teoria geral do processo. *In Justicia*. Vol. 70, jul-set., 1970. p. 183.

¹⁹¹ “Interés no significa un juicio, sino una posición del hombre, o más exactamente: la posición favorable a la satisfacción de una necesidad” (...) “surge el conflicto entre dos intereses cuando la situación favorable a la satisfacción de una necesidad excluye la situación favorable a la satisfacción de una necesidad distinta”. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*. Vol. I. p. 11-16.

¹⁹² A resistência pode se caracterizar como um contraste real à pretensão, consistente na lesão efetiva ao interesse feito valer mediante a pretensão ou também como reconhecimento do dever de subordinar o próprio interesse ao alheio. BADARÓ, Gustavo. *Correlação entre...* p. 61.

¹⁹³ DINAMARCO resume o pensamento de BETTI explicando que a “relação jurídica afirmada e cuja existência ou inexistência será objeto da declaração a ser dada afinal pelo juiz constitui a *relação jurídica litigiosa*”. DINAMARCO, Cândido Range. *O conceito de mérito em processo civil*. In Fundamentos do Processo Civil Moderno. Vol. I. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 318.

¹⁹⁴ CALAMANDREI, Piero. Il concetto di “lite” nel pensiero di Francesco Carnelutti. *In Rivista di Diritto Processuale*. Vol. 5, parte 1, 1928. p. 3.

¹⁹⁵ DINAMARCO, Cândido Range. *O conceito de mérito em processo civil*. In Fundamentos do Processo Civil Moderno. Vol. I. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 320.

jurídico; dessa forma, o conflito de interesses existente entre as partes fora do processo é de fato a razão de ser, a causa remota, não o objeto do processo¹⁹⁶.

2.3 Objeto e conteúdo do processo penal

Tendo esclarecido as diversas concepções de objeto, pretensão e mérito na teoria geral do processo, passamos ao processo penal para explicar como, e em que medida, tais conceitos podem ou não ser estendidos ao âmbito penal. MELLADO, por exemplo, afirma que as pretensões penal e civil contêm os mesmos elementos subjetivos – acusador e acusado – e objetivos – fundamentações fática, jurídica e o pedido¹⁹⁷.

Embora possa existir um núcleo comum aos processos civil e penal, inserido na denominada “teoria geral do processo”¹⁹⁸. É fato que a matéria sobre a qual versa cada um dos processos é distinta e, para garantir uma prestação jurisdicional eficaz, é necessário adequar os mecanismos processuais às particularidades de cada ramo processual¹⁹⁹.

Por esse motivo, DOMÍNGUEZ inicia seu estudo sobre a coisa julgada penal explicando que os esquemas de identificação da ação civil são insuficientes para definir a ação penal e qualquer estudo sobre o tema, por mais preliminar que seja, aconselha o

¹⁹⁶ “Do ponto de vista imaginado por *Carnelutti*, nunca haveria, na verdade, processo integral, pois não há conflito de interesses que não apresente, ou possa apresentar, aspectos diferentes daquele que a imaginação do advogado conseguiu em cada caso concreto configurar, ou problemas colaterais, secundários ou consequentes que as partes acharam mais conveniente ignorar”. LIEBMAN, Enrico Tulio. *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*. Com notas da Dra. Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 115-118.

¹⁹⁷ E mesmo admitindo uma básica única entre os processos, o autor esclarece que no processo penal os elementos identificadores são o imputado e o fundamento fático, “en el proceso penal va a regir en toda su extensión el principio *Iuri novit cúria* sin que el título de condena goce de función alguna identificadora”. MELLADO, José María Asencio. *Sistema Acusatorio y Derecho de Defensa en el Proceso Penal*. 1ª Ed. Lince: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, 2008. p. 96.

¹⁹⁸ No processo espanhol, por exemplo, haverá dois objetos dado que o sistema jurídico espanhol permite cumular um processo civil ao processo penal. AROCA, Juan Montero; COLOMER, Juan Luis Gómez; REDONDO, Alberto Montón; VILAR, Silvia Barona. *Derecho jurisdiccional III*. 18ª Ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2010. p. 102.

¹⁹⁹ Jacinto Coutinho afirma que a “teoria geral do processo é engodo, teoria geral é a do processo civil e, a partir dela, as demais”, explica o professor paranaense que “a teoria geral do processo civil, a cavalo na teoria geral do processo, penetra no nosso processo penal e, ao invés de dar-lhe uma teoria geral, o reduz a um primo pobre, uma parcela, uma fatia da teoria geral”. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A Lide e o conteúdo do processo penal...*, p. 118-119. DIAS, de uma forma mais sutil, explica que a comparação entre processos penal e civil pode ser útil para a obtenção de preciosos ensinamentos e sugestões. Porém, eles só têm um ponto em comum a “circunstancia de serem processos inteiramente jurisdicionalizados, em que se trata da comprovação de certos factos e da declaração das consequências jurídicas correspondentes”. Assim, correspondendo “à diferenciação referida dos objetos processuais erguem-se entre o processo civil e o penal, diferenças marcadas na estrutura e nos princípios fundamentais”. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. 1ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 56-57.

abandono dos citados esquemas civilistas²⁰⁰. Além disso, o objeto do processo penal caracteriza-se pela sua imutabilidade e indisponibilidade²⁰¹.

Antes de prosseguir ao estudo das diferentes teorias sobre o objeto do processo penal, é necessário apresentar uma diferença estabelecida por alguns doutrinadores entre objeto e conteúdo do processo penal. JARDIM faz questão de demarcar essa diferença partindo do ponto de vista linguístico para o jurídico. Diz o autor que, segundo definição do dicionário da língua portuguesa, “o objeto há de ser compreendido como o ponto de convergência de uma atividade e o conteúdo deve ser aquilo que se contém nalguma coisa”²⁰².

Aplicada essa distinção ao campo jurídico, e mais precisamente ao processo penal, seria o objeto do processo a manifestação de vontade dirigida à autoridade judiciária requerendo uma atividade determinada e o conteúdo o conjunto de atos processuais através dos quais a relação processual se desenvolve²⁰³.

MARQUES, por outro lado, identifica os dois conceitos afirmando que conteúdo e objeto do processo é a lide que nele deve ficar solucionada e resolvida. Assim, seria o pedido do autor o que fixaria a substância material do processo ou objeto particular de cada relação processual instaurada²⁰⁴. Especificamente com relação ao processo penal, o mesmo autor define como seu conteúdo a “atuação jurisdicional e a atuação dos sujeitos da lide”²⁰⁵.

²⁰⁰ DOMÍNGUEZ, Valentín Cortéz. *La cosa juzgada penal*. Boloni: Publicaciones del Real Colegio de España, 1975. p. 13-14.

²⁰¹ “El objeto del proceso penal se caracteriza también por su *inmutabilidad*, pues no es posible cambiarlo ni eliminarlo, ni la actividad de las partes puede pretenderlo; y por su *indisponibilidad*, tanto desde un punto de vista fáctico, pues el hecho comprende todos los actos preparatorios, accesorios, particulares o posteriores, como el jurídico, pues el proceso considera el hecho desde todos los puntos de vista jurídicos posibles”. AROCA, Juan Montero; COLOMER, Juan Luis Gómez; REDONDO, Alberto Montón; VILAR, Silvia Barona. *Derecho jurisdiccional III*. 18ª Ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2010. p. 103-104.

²⁰² JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 9ª Ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 21.

²⁰³ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 9ª Ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 21

²⁰⁴ “Há, assim, um objeto *imediato* e um objeto *mediato* da ação. O primeiro é a tutela jurisdicional invocada; o segundo é o bem corpóreo ou imaterial que se reclama no pedido”. MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil. Vol. II*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971. p.35.

²⁰⁵ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal. Vol. I*. 3ª atualização. Campinas: Millennium, 2009. p. 11. Cândido Rangel Dinamarco, embora referindo-se ao processo civil, define o objeto do processo como “o conteúdo deste, posto diante do juiz através do ato de iniciativa”. DINAMARCO, Cândido Range. *O conceito de mérito em processo civil*. In Fundamentos do Processo Civil Moderno. Vol. I. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 305.

Embora não seja possível concordar plenamente com nenhuma das posições anteriormente apresentadas, entendemos ser o conteúdo do processo penal algo mais abrangente do que seu objeto. Parece-nos, pois, que o conteúdo engloba não apenas o objeto, mas também as partes e os atos jurisdicionais por elas praticadas.

2.3.1 Teorias sobre o objeto do processo penal

A relevância jurídica da determinação e delimitação do objeto do processo relaciona-se diretamente com a constatação de duas ou mais persecuções penais²⁰⁶. Tratando-se do reconhecimento da existência de múltiplas e idênticas persecuções simultâneas, o principal elemento a ser analisado é o objeto sobre o qual versa a prestação jurisdicional. Interessa-nos, portanto, o conteúdo desse objeto.

As várias teorias desenvolvidas para o objeto do processo civil, pouco contribuem para a definição do objeto penal já que neste as partes não detêm o monopólio sobre a configuração e a proposição do objeto do processo, daí porque a pretensão não tem e nem poderia ter um papel decisivo²⁰⁷. Porém, assim como no processo civil, não há consenso doutrinário acerca do que constitui o objeto do processo penal e tampouco há definição legal do que deve ser entendido como objeto do processo penal²⁰⁸.

FERREIRA explica, embora se referindo especificamente a Portugal, que a fixação do objeto do processo deve corresponder ao êxito de uma investigação esgotante em que se consiga que os fatos descritos coincidam totalmente com o acontecimento real. Contudo, é da própria natureza do conhecimento adquirido através de um processo de investigação que, algumas vezes, surjam fatos novos em relação à acusação e à pronúncia que o não são relativamente à realidade. A relevância constitutiva desses fatos novos está na possibilidade de estabelecer relação entre eles e o conjunto de fatos que caracteriza o

²⁰⁶ “Pero la relevancia jurídica de la determinación del objeto del proceso adquiere sus mayores cotas cuando se ponen en relación dos procesos, puesto que la constatación de si existe *litispendencia* o *cosa juzgada*, y, por tanto, de si el segundo proceso debe ser evitado por darse cualquiera de esos dos presupuestos procesales, únicamente es posible comparando los objetos de ambos procesos”. AROCA, Juan Montero; COLOMER, Juan Luis Gómez; REDONDO, Alberto Montón; VILAR, Silvia Barona. *Derecho jurisdiccional III*. 18ª Ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2010. p. 105.

²⁰⁷ AROCA, Juan Montero; COLOMER, Juan Luis Gómez; REDONDO, Alberto Montón; VILAR, Silvia Barona. *Derecho jurisdiccional III*. 18ª Ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2010. p. 103.

²⁰⁸ O Código de Processo Penal alemão (StPO) define em seu art. 264 o que deve ser entendido como “objeto do julgamento”. De acordo com o diploma germânico, e em uma tradução livre, o objeto do processo é definido pelo fato contido na acusação conforme apresentado depois da instrução. §264 1: “Gegenstand der Urteilsfindung ist die in der Anklage bezeichnete Tat, wie sie sich nach dem Ergebnis der Verhandlung darstellt”. Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/_264.html Acesso em: 20.06.2017.

objeto do processo, de modo a estabelecer até onde pode esse objeto concreto suportar tais alterações sem deixar de ter caráter unitário²⁰⁹.

Como inexistia, à época em Portugal, qualquer norma que concretamente fornecesse um critério definidor do tipo de relação entre “os novos factos e os factos da acusação ou pronúncia”, impunha-se que previamente a jurisprudência e a doutrina resolvessem o problema de identidade do objeto. Essa teria sido a justificação para o aparecimento das diversas teorias explicativas da natureza do objeto do processo²¹⁰.

2.3.2 A lide como objeto do processo penal

A construção de lide ocorrida no âmbito civil sofreu inúmeras transformações na tentativa de adaptá-la ao processo penal. CARNELUTTI, seu principal expositor, alterou o conceito mais de uma vez na tentativa de adequar a “lide carneluttiana” às particularidades do processo penal. É que o pensamento carneluttiano evoluiu de um processo tipicamente contencioso, em que estava presente a lide penal, para um processo voluntário, onde não há lide, mas um mero negócio, sendo que houve uma fase de transição na qual se reconheceu no processo penal uma natureza intermediária entre o processo contencioso e o voluntário.²¹¹

Após inúmeras críticas e alterações, a doutrina ainda se divide quanto à possibilidade de aplicação de um conceito de “lide” ao processo penal²¹². A lide cogitada como objeto do processo penal é aquela vista como conflito de interesses entre o Estado, por meio de seu *jus puniendi*, e o autor do crime que tem ameaçado seu *status libertatis*. A lide é introduzida como elemento essencial a fim de servir de alicerce à edificação de uma teoria unitária do processo, mas a lide que passa ao processo penal não é aquela de

²⁰⁹ FERREIRA, Manuel Marques. *Da alteração dos factos objecto do processo penal*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, Vol. 1, n. 2, p. 221-239, abr/jun. 1991, p. 222.

²¹⁰ FERREIRA, Manuel Marques. *Da alteração dos factos objecto do processo penal*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, Vol. 1, n. 2, p. 221-239, abr/jun. 1991, p. 222-223.

²¹¹ BADARÓ, Gustavo. *Correlação entre acusação ...*, p. 95.

²¹² Entre os autores que admitem a lide no processo penal estão: MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Vol. I. p. 3-4. JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. p. 23. FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*, p. 44. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. p. 8. Em sentido contrário, não admitem qualquer concepção de lide no processo penal: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A Lide e o conteúdo do processo penal*, p. 149. BADARÓ, Gustavo. *Correlação entre acusação ...*, p. 96.

CARNELUTTI, afinal “quando a mesma vem a ser apresentada ao país, o autor já havia mudado de posição”²¹³.

No estágio inicial da construção da “lide”, CARNELUTTI pretendia responder à questão principal do presente capítulo: qual é o objeto do processo? Para responder a essa pergunta, o autor parte da premissa de que há um interesse a respeito de um bem e que tal interesse está sendo disputado na vida em sociedade por haver uma limitada oferta de proveitos. É justamente essa limitada oferta a que é colocada perante o Judiciário para sua apreciação, apenas o fragmento da relação material entre as partes em que consiste a disputa pelo interesse. Assim, surge o conceito de lide como um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida.²¹⁴

Ocorre que a transferência desse conceito de lide para o direito processual penal gerava inúmeras questões que demonstravam a inadequação de uma simples transposição do conceito da seara civil para a penal. E mais, o conceito de lide, tal qual descrito na sua fase inicial, parecia incompatível com os princípios do direito penal, a exemplo do *nulla poena sine iudicio*²¹⁵. Em razão do caráter necessário do processo para a imposição de uma sanção penal, não é possível concluir que o processo penal seja dedicado à justa composição de um conflito de interesses entre as partes. Principalmente porque tal conflito não poderia ser resolvido sem a instauração de um processo; a solução deve, portanto, ser, obrigatoriamente, conferida através de uma prestação jurisdicional.

Ainda que o acusador e o acusado entrassem em consenso de modo a não haver um conflito de interesses entre eles, seja porque o acusador decide não acusar ou porque o acusado decide não resistir, ainda haveria a necessidade de instaurar-se um processo penal, nos casos de ação penal pública incondicionada.

CALAMANDREI já indicava a incompatibilidade da lide carneluttiana com o processo penal, pois este não tem a finalidade de remover o desacordo entre o acusador e o

²¹³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A Lide e o conteúdo do processo penal*, p. 21

²¹⁴ “Una relación jurídica ha de tener un objeto, del mismo modo que ha de tener dos sujetos (...) el objeto jurídico es, pues, un bien *economicamente limitado* (...) precisamente la idea de conflicto y, por consiguiente, de la relación jurídica estriba en que *los sujetos son dos*, mientras que *el objeto es uno solo*”. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil. Vol. I*. Tradução de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Uteha, 1944. p. 37.

²¹⁵ Sobre esse tema, Aury Lopes Jr. Opina pela irrelevância da discussão em torno da existência de uma lide no processo penal, “até porque ela é inexistente”. O autor fundamenta sua afirmação na obrigatoriedade do processo penal, já que a imposição de uma pena, sem sentença, pela simples e voluntária submissão do réu, é impossível no processo penal brasileiro. “O conceito de *lide* deve ser afastado do processo penal, por exigência do princípio da necessidade”. LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 134.

acusado. Por força da indisponibilidade dos interesses em discussão, um eventual consenso entre as partes, não acarreta qualquer consequência à decisão jurisdicional. Por isso afirma o autor que, na construção original de Carnelutti, somente se caracteriza como pretensão insatisfeita aquela que poderia ter sido diretamente atendida pelo devedor²¹⁶.

Em razão das críticas recebidas, CARNELUTTI tentou modificar a construção da lide de modo a adequá-la ao processo penal. Inicialmente, o autor italiano afirmou a inexistência de lide entre o acusador e o imputado sendo que o conflito de interesses relevante se daria entre o acusado e o ofendido. Além disso, é feita uma expansão do conceito de resistência para incluir também o não reconhecimento do dever de subordinar o próprio interesse ao alheio²¹⁷.

Seguindo tal raciocínio, a função do processo penal não seria a composição da lide, mas a verificação de uma pretensão, a pretensão punitiva, e essa verificação deveria ocorrer ainda que a pretensão não encontre resistência²¹⁸.

Porém, essa construção é posteriormente modificada e CARNELUTTI, na sua “fase madura”, conclui que o processo penal é um processo de jurisdição voluntária, sem lide, em que há apenas um interesse em questão. Sendo a pena algo que só interessa ao réu, não haveria, portanto, um conflito de interesses no processo penal, mas apenas o interesse do réu em obter uma sanção²¹⁹. Também, o Ministério Público não apresenta qualquer pretensão, mas somente propõe um negócio com a finalidade de que o juiz possa lhe autorizar²²⁰.

²¹⁶ “Il processo penale, in fatti, non ha lo scopo di rimuovere un disaccordo esistente tra accusatore ed accusato intorno alla’esistenza del reato e alla misura della (...) Il processo penal ha dunque in ogni caso, per raggiungere l’effetto giuridico della punizione del reo, quello stesso carattere di *necessità (nulla poena sine iudicio)* che nel campo civile” CALAMANDREI, Piero. Il concetto di “lite” nel pensiero di Francesco Carnelutti. *In Rivista di Diritto Processuale*. Vol. 5, parte 1, 1928. p. 16-17.

²¹⁷ “He afirmado y espero haber conseguido demostrar que si en el proceso penal no se introduce la parte civil, caso en el cual en el proceso penal se combina un proceso civil (...) no existe conflicto alguno de intereses entre el imputado y el ministerio público”. CARNELUTTI ainda complementa o raciocínio explicando que o ministério público poderia requerer a absolvição do imputado, de modo a demonstrar que não há conflito. CARNELUTTI, Francesco. *Derecho procesal civil y penal*. Vol. I. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971. p. 69.

²¹⁸ BADARÓ, Gustavo. *Correlação entre acusação ...*, p.91.

²¹⁹ Vinicius Vasconcellos faz um resumo das ‘fases’ do pensamento carneluttiano na tentativa de adequá-lo ao processo penal e denomina a última como “o maduro Carnelutti”. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Lide na Justiça Criminal: Sobre a importância do conflito de interesses entre as partes processuais e a sua relevância para a necessidade do processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 119, ano 24, p. 165-199. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar-abr. 2016.

²²⁰ “Pero no todos los procesos son procesos de *partes*. Aquí aflora la diferencia entre proceso *contencioso* y proceso *voluntario*, o en otras palabras, proceso con *litis* y proceso *sin litis*. (...) Cuando no existen naturalmente las dos partes, hay que fabricarlas. El ministerio Público es una parte fabricada”.

BADARÓ discorda dessa posição, pois explica que “pensar que o réu, ciente de sua culpa, tenha interesse na sua condenação é acreditar em uma honestidade humana que não se verifica quando confrontada a pena com o instinto de liberdade que é conatural ao homem”. E mesmo na hipótese de comprovação da imputação, “o réu, sempre, irá querer livrar-se da pena, não cumpri-la, evitar a privação de sua liberdade”.²²¹

De todo o exposto anteriormente, percebeu-se que a principal dificuldade em se transpor o conceito de lide ao processo penal está na essência privatística de seus contornos que foram desenvolvidos a partir de noções de Direito Privado e de relações entre particulares. A partir da tentativa de adequar a “lide” às relações de direito público, foi construída a “lide penal” que seria distinta da “lide no processo penal”.

A lide penal é descrita como o conflito de interesses entre a pretensão punitiva (direito estatal de punir) e a resistência defensiva (direito à liberdade).²²² O contraste imanente e constante entre o direito de punir do Estado e o direito de liberdade do imputado é que constituiria o objeto do processo penal²²³.

Ainda segundo essa construção de “lide penal”, praticado o crime, incidindo o agente com sua conduta no tipo penal, a punibilidade que é abstrata passa a ser concreta. Nasce, nesse momento, a pretensão punitiva, o direito transmuda-se em dever e o Estado passa a exigir a subordinação do interesse do criminoso ao seu.

É para conseguir seu intento de imposição de sanção penal que o Estado recorre à jurisdição, já que a atividade administrativa de punir não é autoexecutável. A esse direito-dever contrapõe-se a pretensão do cidadão autor do crime que não quer ser punido. Por esse conceito, haveria sempre um conflito de interesses que só poderia ser solucionado pela jurisdição que o compõe através do processo²²⁴.

CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el proceso penal*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961. p. 214.

²²¹ BADARÓ, Gustavo. *Correlação entre acusação e sentença*, p.93-94

²²² “Tambien, y sobre todo, en el proceso penal, por consiguiente, hay un conflicto entre dos intereses (...) Esta particular configuración del proceso penal de primera instancia, se explica considerando la altísima importancia de los intereses en conflicto en materia penal: el interés del Estado en el castigo del culpable y el interés del imputado en la tutela de su esfera de libertad”. LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal. Vol. III*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963. p. 179.

²²³ BADARÓ explica que não é possível aceitar essa posição, pois além de desnaturar o conceito carneluttiano de lide, que pressupõe a subjetividade da lide, seu aspecto de contraste de vontades, “não é correto dizer que o Ministério Público tenha sempre interesse na punição. Deve querer, sim, punir o culpado, mas também não se pode negar que o Estado, ainda que acusador, terá interesse na absolvição do inocente”. BADARÓ, Gustavo. *Correlação entre acusação ...*, p. 90-91.

²²⁴ Jacinto Coutinho sintetiza o raciocínio: “A lide reina, em suma, com desenvoltura. Está ao centro, no coração da estrutura. A jurisdição está lá principalmente para resolvê-la; a ação é exercida para portá-la, na

A lide, tal qual construída no processo civil é fato, não se ajusta ao processo penal. Contudo, há, ainda, uma grande discussão sobre a aceitação do conceito da “lide penal” no processo penal. É essa “lide penal” que se cogita possa ser o objeto do processo por representar o conflito de interesses públicos, de alta relevância e indisponíveis, entre o Estado e seu *jus puniendi* e o autor do crime e seus *status libertatis*²²⁵.

2.3.2.1 A (im)possibilidade da transposição do conceito de lide ao processo penal

A lide tal qual definida no processo civil, já vimos, teve de ser adaptada às especialidades do processo penal. Eis que o “conflito de interesses caracterizado por uma pretensão resistida” transformou-se no conflito entre o poder-dever de punir do Estado e o direito à liberdade do réu²²⁶. Contudo, mesmo essa “lide penal” é alvo de críticas por parte da doutrina processual penal. Destacam-se três críticas principais.

A primeira contesta a existência de um conflito entre o Ministério Público e o acusado, pois o primeiro, como órgão de justiça, seria incumbido de velar pela correta aplicação da lei penal, podendo agir em favor do acusado. Além disso, a liberdade do réu é um verdadeiro direito fundamental que não pode ser reduzido à categoria de “direito subjetivo”. Tampouco a lesão ao bem jurídico, caracterizadora do delito, pode gerar um direito subjetivo à punição em razão do princípio da obrigatoriedade do processo penal²²⁷.

Ademais, a preservação da liberdade individual também seria um interesse público já que interessa ao Estado, na mesma medida, a condenação do culpado e a tutela da liberdade do inocente, sendo que o Estado pretende a correta aplicação da lei penal.

medida do conflitante, à jurisdição; e essa por um processo, necessariamente a ajusta. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A Lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Editora Juruá, 1989. p. 122.

²²⁵ Aury Lopes Junior em material publicado em 2003 também se filiava à corrente defensora da existência de uma lide penal por entender haver sempre um conflito de interesses, de um lado o do Estado (poder de punir) e de outro, o do particular (direito de liberdade). Contudo, desde essa publicação o autor já esclarecia não ser a lide o objeto do processo e sim a pretensão processual. LOPES JR., Aury. Desconstruindo a teoria da pretensão punitiva de Binding enquanto objeto do processo penal. In *Ensaio em homenagem ao Professor Alberto Rufino Rodrigues de Sousa*. Ney Fayet Júnior (Org.). Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003. p. 145-146. Posteriormente, o autor esclarece que é irrelevante “a discussão em torno da existência de uma lide no processo penal, até porque ela é inexistente”. LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 133.

²²⁶ MARQUES explica que a “pretensão punitiva encontra, no direito de liberdade, a resistência necessária para qualificar esse conflito como litígio, visto que o Estado não pode fazer prevalecer, de plano, o seu interesse repressivo”. MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Vol. I. p. 3-4

²²⁷ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 137.

A segunda funda-se no princípio *nulla poena sine iudicio* uma vez que o processo penal independe de lide para ser instaurado. Assim, ainda que o “conflito de interesses” fosse resolvido fora do processo ou que não houvesse “resistência à pretensão”, ainda seria obrigatória a instauração de um processo penal para que o Estado possa punir o infrator. O próprio conceito de pretensão – elemento caracterizador da lide – é irrelevante e inadequado para o processo penal uma vez que para este basta a ocorrência (suposta que seja) de infração, por membro da comunidade, à norma penal material²²⁸.

A terceira, também ligada à anterior, ampara-se no fato de que não há resistência à pretensão punitiva do Estado, sendo que o acusado não pode satisfazê-la ainda quando considere justa a sua punição²²⁹. Não é possível conceber o Ministério Público como “credor” de uma pena e tentar aproximá-lo do credor do processo civil²³⁰. TUCCI explica que “o autor da ação penal condenatória não efetiva nenhuma exigência, em face de quem quer que seja”, mas apenas “*requer* a imposição de sanção penal ao processado”²³¹.

Por fim, é também levantado um argumento gramatical para justificar a inexistência de lide no processo penal. Segundo essa posição, o legislador constituinte não acolheu a ideia de lide penal a julgar pela redação art. 5º, LV, da Constituição Federal, o qual se refere “aos litigantes” e aos “acusados em geral” como se fossem espécies diferentes. Caso a ideia de lide penal tivesse sido acolhida, o constituinte não faria tal distinção, mantendo apenas a expressão “em geral” para enfatizar que são assegurados o contraditório e a ampla defesa desde a fase pré-processual²³².

Especificamente sobre esta última crítica, BADARÓ explica que a obrigatoriedade de um processo penal (imposto pelo *nulla poena sine iudicio*) cria um contraditório artificial. No exercício desse contraditório atua uma parte fabricada para tal mister a quem foi conferido o poder-dever de iniciativa do processo penal, o Ministério Público. Assim, a

²²⁸ TUCCI, Rogerio Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 35.

²²⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*, p. 43.

²³⁰ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 134.

²³¹ TUCCI, Rogerio Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 36.

²³² Aury Lopes Jr. levanta esse argumento traduzindo: “litigantes = lide = processo civil” e “acusador = pretensão acusatória = processo penal. LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 134.

própria relação jurídica processual penal é artificial, o que torna absolutamente irrelevante para o processo penal admitir ou não a existência de lide²³³.

JARDIM vai um pouco além e afirma que o conceito de lide é amplo de modo a englobar a exteriorização da posição antagônica de interesses no processo, sendo irrelevante o fim que move as partes. Assim, “poderá ou não haver lide no processo penal, dependendo sempre da reação do réu frente à pretensão do autor”²³⁴.

FERNANDES vincula a possibilidade de admitir ou não a existência de lide no processo penal à visão do autor sobre a finalidade do processo penal e do papel desempenhado pelo juiz e pelo Ministério Público. A negação da lide seria consequência da “aceitação de que o processo penal se destina a apurar a verdade real, para o que colaboram o Ministério Público e o juiz”²³⁵.

Assim, não haveria partes antagônicas já que o Ministério Público seria um órgão imparcial, ao qual incumbe até mesmo colher elementos favoráveis ao indiciado e ao acusado. A conclusão do professor é de que a negação da lide seria reflexo do mito da verdade real, pois só é possível sustentar a existência de lide no processo penal quando nele há partes em posições opostas²³⁶.

Parece-nos que admitir uma “lide penal” não facilita a delimitação do objeto do processo. Quando muito, seria possível concordar com a posição de que admitir ou não a existência de lide no processo não é relevante já que o conflito de interesses poderá ser artificial²³⁷. Também não nos parece que seja possível vincular o entendimento de que a

²³³ “Pontua-se, assim, a *irrelevância do conceito de lide no processo penal*, até porque, no âmbito deste, não há falar em ‘pretensão resistida’ ou em ‘pretensão insatisfeita’ – locuções implicativas da *necessidade* e da *utilidade* do processo civil para a composição de litígio ocorrente acerca de determinado bem da vida. TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 36. Também no sentido da irrelevância BADARÓ, Gustavo. *Correlação entre acusação ...*, p. 96.

²³⁴ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 9ª Ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 23.

²³⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*, p. 43-44.

²³⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*, p. 43-44, nota 73. No mesmo sentido, Vinicius Vasconcellos defende que “sustentar que o acusador tem interesse tanto na condenação do culpado como na absolvição do inocente acarreta inevitável aporia: crer em insustentável imparcialidade do promotor ou confundir as funções legítimas de julgador (Estado-juiz) e membro do Ministério Público (Estado-acusador)”. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Lide na Justiça Criminal: Sobre a importância do conflito de interesses entre as partes processuais e a sua relevância para a necessidade do processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. Vol. 119, ano 24, p. 165-199. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar-abr. 2016, p. 191-192.

²³⁷ A utilização do termo “poderá” é proposital uma vez que BADARÓ considerou como artificial o conflito estabelecido entre Ministério Público e acusado, em razão do princípio da obrigatoriedade do processo penal. Contudo, em se tratando de ação penal privada, ou até mesmo de ação penal pública condicionada à representação do ofendido, poderá haver um real conflito entre o interesse do ofendido em ver o ofensor

finalidade do processo penal é a busca da “verdade real” à negação da existência de lide no processo penal.

Admitir que o Ministério Público não possui uma função estritamente acusatória não pode ser considerado pressuposto da afirmação da busca da “verdade real”. É certo que o Ministério Público, como órgão acusador, será encarregado de apresentar uma tese acusatória ao julgador e produzir as provas correspondentes em juízo. Porém, o órgão acusador deve ser guiado pela legalidade e exercer sua função dentro dos limites do devido processo legal.²³⁸

É por isso que para oferecer uma denúncia é necessário haver justa causa. Se não há indícios de autoria ou prova da materialidade do crime, o Ministério Público não deveria oferecer denúncia, caso em que seu interesse coincide com o do acusado, protegendo seu *status libertatis*.²³⁹

2.3.3 A Pretensão punitiva como objeto do processo penal

Segundo esta corrente, o objeto do processo seria composto por fatos introduzidos ao processo pelas partes e sujeitos a uma verificação ao longo do processo. As partes, por sua vez, praticam atos e apresentam provas para requerer ao juiz a condenação ou a absolvição.

Esse pedido das partes constitui a “pretensão” que será em última instância o objeto do processo, propriamente dito, e que servirá para que cada parte realize uma determinada representação da realidade dos fatos sujeitos à verificação²⁴⁰. A rigor, na fase investigatória

punido e o interesse do acusado em não ver seu direito à liberdade ameaçado ou qualquer outro direito seu restringido.

²³⁸ Como bem explica BARROS, a verdade material há de ser uma verdade judicial processualmente válida, de modo que o “princípio da verdade material significa hoje simplesmente a tendência a uma certeza próxima da verdade judicial”. O fato de se ter de dosar corretamente os limites da busca da verdade material significa que ela não transita por um campo infinitamente aberto e em barreiras legais. BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. 3ª Ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 40-41.

²³⁹ LOPES JR. afirma ainda que a correta interpretação do art. 41 do CPP estabelece “uma obrigação por parte do MP de incluir na denúncia os fatos e circunstâncias que beneficiem o acusado”. Ou seja, a peça acusatória deve conter não só os elementos de cargo mas também os de descargo. LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 149.

²⁴⁰ NAVARRETE, Antonio María Lorca. *Derecho Procesal Penal*. 2ª Ed. Madrid: Tecnos, 1988. p. 154. Seguindo essa linha, Afrânio Jardim considera ser a função do processo penal “resolver, através do direito, reclamação em juízo de uma pessoa frente a outra”. JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 9ª Ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 27.

o objeto seria composto pelo fato supostamente punível, ao passo que na fase judicial o objeto seria a pretensão em ver tal fato declarado como punível²⁴¹.

A pretensão no processo penal não está atrelada a um direito material como ocorre no processo civil. O órgão acusador, nas ações penais públicas incondicionadas, não pleiteia nenhum direito material concreto, mas a execução do poder-dever punitivo do Estado. O acusador através do exercício da pretensão punitiva determina o objeto concreto do processo (fatos) de modo a restringir o objeto que será apreciado pelo Tribunal.²⁴²

Assim, as denominadas “*causas penales*” são os assuntos jurídicos nos quais é possível infligir uma pena estatal²⁴³. ALMEIDA explica que no processo penal o litígio é anterior ao processo, pois “o delinquente resolveu o conflito de interesses em que era parte, fazendo a *sua* utilidade, o *seu* bem, à custa do sacrifício do interesse alheio”; desse modo, não surge para o Estado uma pretensão à pena mas sim uma pretensão à justiça²⁴⁴.

A pretensão punitiva pode ser definida como “uma exigência no sentido de que prevaleça o interesse do autor da ação na punição do réu”, é “fato processual, praticado em juízo através do exercício da ação penal condenatória”²⁴⁵. Ela decorre do direito concreto de punir que surge para o Estado após a prática do delito, é a exigência de que o *ius puniendi* do Estado prevaleça sobre o direito de liberdade do autor da infração penal, com a sujeição deste à pena cabível²⁴⁶.

²⁴¹ NAVARRETE, Antonio María Lorca. *Derecho Procesal Penal*. 2ª Ed. Madrid: Tecnos, 1988. p. 154-155. Parece-nos que nesse ponto o autor confunde as pretensões material e processual por entender que o exercício da pretensão punitiva produz o nascimento do processo e implica exercício de acusação.

²⁴² NAVARRETE acrescenta que “de modo que el Tribunal no puede ocuparse de otro objeto que no sea el que corresponde al contenido de la acusación. Pero, ni la calificación jurídica ni la pena pedida por el acusador vinculan al Tribunal”. NAVARRETE, Antonio María Lorca. *Derecho Procesal Penal*. 2ª Ed. Madrid: Tecnos, 1988. p. 155.

²⁴³ BELING sustenta que “las pretensiones punitivas estatales se conciben así como objeto del proceso penal”. BELING, Ernest. *Derecho Procesal Penal*. Trad. de Ricardo C. Nuñez e Roberto Goldschmidt. Córdoba: Imprenta de la Universidad, 1943. p. 24.

²⁴⁴ “O poder público não litiga com o indiciado. Seria imoral que o Estado se definisse antes de julgar da verdade criminal e, assim, tivesse preferências por qualquer das atuações contrárias da lei antes do ato decisivo de justiça. Imoral seria também se permitisse a intervenção insincera dos indiciados delinquentes que, em qualquer hipótese, pretendessem: sempre a liberdade, a legitimação injusta de seus crimes”. ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 118.

²⁴⁵ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 9ª Ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 34. No mesmo sentido CARNELUTTI conceitua a pretensão penal como “un acto, mediante el cual precisamente se manifiesta la exigencia de la subordinación de un interés a otro interés superior; la pretensión penal es, en particular, exigencia del sometimiento de alguno a la pena”. CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*. Vol I. p.191.

²⁴⁶ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Vol. I. p. 104. Na tentativa de construir um conceito de “pretensão punitiva processual”, Afrânio Jardim faz questão de diferenciar a pretensão punitiva do poder-dever punitivo estatal explicando que são categorias autônomas e distintas e que

A pretensão punitiva entendida como exigência de subordinação do interesse do acusado ao poder-dever punitivo do Estado, aproxima-se da *pretensão carneluttiana*. Eis que há, então, uma “clara identificação entre os conceitos de pretensão como ‘direito de exigir de outrem uma ação ou omissão’ e de ‘exigência de subordinação do interesse alheio ao próprio’”.²⁴⁷ É por isso que alguns doutrinadores costumam designar a pretensão punitiva como pretensão material e, portanto, um conceito preexistente ao processo que já existiria a partir do momento em que foi cometida a infração penal²⁴⁸.

Conceber a pretensão punitiva como objeto do processo penal aproxima-se da corrente civilística que define o pedido como objeto do processo civil. De acordo com essa corrente, é através do pedido que o autor procura fazer valer a sua pretensão (punitiva) sobre o interesse do réu²⁴⁹. O pedido é a manifestação da vontade dirigida à autoridade judiciária requerendo desta uma atividade de determinado conteúdo; no processo penal requer-se a sanção do réu como consequência da conduta delituosa praticada por ele²⁵⁰. Seria, em outras palavras, através do pedido que se faz valer a pretensão punitiva de modo que ela seria o objeto do processo penal.

a pretensão tem caráter processual. O poder-dever de punir é condição indispensável para o acolhimento da pretensão punitiva mas pode existir sem que a pretensão punitiva tenha sido deduzida em juízo. A norma penal incriminadora cria para o seu destinatário o dever genérico de praticar determinada conduta ou de abster-se dela, correlatamente, tem o Estado o poder-dever de exigir dos súditos um comportamento conforme esta norma penal. O poder-dever surge com o cometimento de uma infração penal “punível”, sendo pressupostos do exercício desse poder-dever: a) a prática de uma infração penal; b) punibilidade do sujeito ativo da infração. A pretensão é a exigência de que prevaleça o exercício do poder-dever punitivo sobre a liberdade do acusado. No processo penal, a pretensão punitiva é sempre insatisfeita pois a pena não pode ser aplicada senão através do processo. JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 9ª Ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 33-34.

²⁴⁷ BADARÓ, Gustavo. *Correlação entre acusação ...*, p. 66-67.

²⁴⁸ BADARÓ explica que a diferenciação entre pretensão material e pretensão processual é uma velha discussão entre processualistas tedescos e cita diversos autores, entre os quais: Pietro Nuvolone, Araken de Assis e Giovanni Pugliese. BADARÓ, Gustavo. *Correlação entre acusação ...*, p. 66-67. FERNANDES também explica que a “pretensão punitiva não pode ser o objeto do processo, pois existe antes dele, decorrendo da simples violação da norma penal”. FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 41.

²⁴⁹ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 9ª Ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 65.

²⁵⁰ O pedido seria o objeto do processo pois é ele “a manifestação da vontade dirigida à autoridade judiciária requerendo desta um determinado conteúdo. Todo o desenvolvimento do processo consiste em dar a tal pedido o devido seguimento, de conformidade com a lei, e o órgão público se desincumbe de sua função ao proferir os atos com que atende ao mencionado pedido”. LIEBMAN, Enrico Tulio. *Estudos Sobre o Processo Civil Brasileiro*, com notas de Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 118. No mesmo sentido JARDIM “o pedido do autor funciona como objeto do processo, sendo uma manifestação de vontade dirigida à autoridade judiciária, requerendo uma atividade determinada”. Todo “o desenvolvimento do processo consiste em dar ao pedido o devido seguimento. Através do pedido, procura o autor fazer valer a sua pretensão, sujeitando o réu ao processo”. JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*, p. 146.

Porém, o Ministério Público não pede a adjudicação de um direito próprio, como ocorre no processo civil, até porque esse “direito” de punir não lhe corresponde²⁵¹. Da mesma forma, o Estado realiza esse “poder” de punir não como parte, mas como juiz e esse pode só ser exercido dentro de um processo guiado pelos mandamentos do devido processo penal.

O acusador detém o poder de acusar, não o de punir, daí porque a pretensão que veicula jamais poderia ser a punitiva²⁵². Nesse sentido, CABIEDES argumenta que o titular do direito subjetivo penal – *ius puniendi* – é o Estado e, portanto, a parte acusatória no processo penal não pode ser dona de um direito que não lhe pertence²⁵³.

Além disso, o pedido, no processo penal, é genérico e limita-se a requerer a aplicação da respectiva sanção penal, pelo que não poderia ser utilizado como critério individualizador da demanda. Embora possa apresentar algum grau de especificidade a depender da figura típica analisada, o pedido imediato seria sempre o mesmo, a imposição de uma sanção. Mesmo assim, em relação ao pedido mediato, há ainda vários delitos que apresentam limites mínimos e máximos de pena cominada absolutamente igual²⁵⁴.

Por fim, BETTIOL argumenta que o objeto do processo penal não pode ser considerado como o direito subjetivo de punir uma vez que nos casos em que houver

²⁵¹ CABIEDES explica que o conteúdo da acusação não se identifica com um direito subjetivo tal como acontece no processo civil onde a ação e a demanda nela contida supõem a manifestação processual de um direito subjetivo da parte autora. CABIEDES, Eduardo Gutierrez de. *Estudio de Derecho Procesal*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1974. p. 517.

²⁵² De acordo com Aury Lopes Jr., esse é o principal erro de pensar a pretensão punitiva como objeto do processo penal, como se o fenômeno fosse igual ao do processo civil. LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 155. BETTIOL acrescenta que “(S)e veramente la pretensa intensa come diritto subbiiettivo costituisse l’oggetto della azione penale, si dovrebbe ritenere che i processi penali nei quali il giudice ritiene non fondata l’accusa e dichiara prosciolti l’imputato mancano di un oggetto particolare”. BETTIOL, Giuseppe. *La correlazione fra accusa e sentenza nel processo penale*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1936. p. 16.

²⁵³ O autor ainda explica que nem o Ministério Público como órgão público de acusação exercita o *ius puniendi*, pois seria absurdo que o Estado como órgão acusatório exercitasse perante o Estado como órgão da jurisdição, o mesmo direito. “El único que ejercita el *ius puniendi*, positivamente condenando, o negativamente absolviendo, es el Estado como órgano jurisdiccional. La acusación crea solamente los presupuestos procesales necesarios para el ejercicio por los jueces, de aquél derecho”. CABIEDES, Eduardo Gutierrez de. *Estudio de Derecho Procesal*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1974. p. 517.

²⁵⁴ BADARÓ, Gustavo. *Correlação entre acusação ...*, p. 66-67, nota 142. “No processo penal o pedido é sempre igual. A atuação que se pede será especificamente a condenação do acusado pelo fato narrado e conforme a pena estabelecida no respectivo tipo penal abstrato. Por isso o pedido não constitui um elemento essencial da pretensão”. LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 151.

absolvição o processo terá carecido de objeto. Ao invés disso, o objeto deve ser uma pretensão punitiva hipotética, uma representação unilateral do direito subjetivo²⁵⁵.

2.3.4 A pretensão processual (acusatória) como objeto do processo penal

A pretensão punitiva tratada no tópico anterior não pode ser voluntariamente resolvida, portanto, tal pretensão já nasce insatisfeita²⁵⁶. Em razão do princípio *nulla poena sine iudicio*, é necessária a instauração de um processo penal para verificação da acusação e imposição da sanção penal, se aplicável ao caso. Essa pretensão anterior ao processo irá ingressar nele, sendo a razão ou o motivo do mesmo.

O que existe no processo, porém, é a pretensão processual sendo definida como aquela veiculada em juízo, através do exercício da ação e fundada em elementos que compunham a pretensão material²⁵⁷. Sem a pretensão processual não existiria o processo, porém, ao final do processo ela poderá ser acolhida ou rejeitada, mas nunca será uma pretensão inexistente²⁵⁸.

A pretensão processual, como “declaração petitoria de que existe direito de acusar e que procede a aplicação do poder punitivo estatal”²⁵⁹ é, portanto, a consequência lógica do direito de acionar perante os órgãos jurisdicionais pois a ação como tal só pode gerar a obrigação do Estado de prestar a tutela jurídica através do direito de ação²⁶⁰.

²⁵⁵ “Non la obbiettiva esistenza di un diritto soggettivo, ma l’affermazione di questa esistenza in un caso particolare (...) Ne’l interesse del promovente il proceso tende al riconoscimento di un diritto subbiettivo sostanziale, ma oggetto del processo è la pretesa che dal processo potrà risultare anche infondata”. BETTIOL, Giuseppe. *La correlazione fra accusa e sentenza nel processo penale*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1936. p. 16.

²⁵⁶ BADARÓ argumenta que se foi o próprio Estado que autolimitou o seu poder de punir, determinando que o *ius puniendi* somente se concretizasse após o devido processo penal, não há porque falar em insatisfação se foi o próprio insatisfeito que criou e impôs a insatisfação. BADARÓ, Gustavo. *Correlação entre acusação e sentença*, p. 66-67, nota 131.

²⁵⁷ BADARÓ, Gustavo. *Correlação entre acusação e sentença*, p. 72. Conforme adverte Aury Lopes Jr., não se trata da “pretensão Carneluttiana” pois não é a pretensão processual resultado de um conflito de interesses. Admite-se a expressão “pretensão” na sua acepção de “direito potestativo de acusar (Estado-acusação) decorrente do ataque e um bem jurídico e cujo exercício é imprescindível para que se permita a efetivação do poder de penal (Estado-juiz)”. LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 135.

²⁵⁸ BADARÓ, Gustavo. *Correlação entre acusação e sentença*. p. 72.

²⁵⁹ LOPES JR., Aury. Desconstruindo a teoria da pretensão punitiva de Binding enquanto objeto do processo penal. In *Ensaio em homenagem ao Professor Alberto Rufino Rodrigues de Sousa*. Ney Fayet Júnior (Org.). Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003. p. 146.

²⁶⁰ NAVARRETE, Antonio María Lorca. *Derecho Procesal Penal*. 2ª Ed. Madrid: Tecnos, 1988. p. 155.

Trata-se de uma verdadeira “roupagem jurídica que o processo penal” dá ao conflito social através de uma declaração petítória de que “procede a aplicação do poder punitivo estatal”²⁶¹. TORNAGHI explica que a pretensão, enquanto não manifestada, permanece no foro íntimo do sujeito e é irrelevante para a ordem jurídica; no caso do direito de ação, é preciso que o titular manifeste a pretensão de que os órgãos jurisdicionais se pronunciem²⁶².

Não há uma mera diferenciação terminológica ou temporária entre pretensão punitiva (material) e pretensão processual (acusatória). Embora possa parecer pelo exposto no item anterior que a pretensão punitiva é condição para a procedência da pretensão processual, ambas podem existir de maneira independente. Posto que “para o exercício da ação penal não se exige que exista uma pretensão de ordem material ou uma situação concreta” ao final do processo “pode-se declarar na sentença a inexistência da situação afirmada e, por consequência, da pretensão de direito material”²⁶³.

Há, portanto, no processo penal duas categorias distintas: o acusador que exerce o *ius ut procedatur* (direito de acusar – pretensão acusatória) e o Estado que exerce o poder-dever de punir. Nas ações penais de iniciativa pública, o Estado realizada as duas funções através de dois órgãos distintos, o Ministério Público e juiz, porém eles não se confundem.

A pretensão objeto do processo penal só pode ser a acusatória, “vista como faculdade de solicitar a tutela jurisdicional, afirmando a existência de um delito”²⁶⁴. A pretensão de exigência de submissão do indivíduo à sanção penal, punitiva ou material, orbita em torno do processo dele dependendo para concretizar-se, mas sem constituir seu objeto.

Com efeito, a pretensão punitiva, entendida como sujeição do acusado ao poder-dever estatal, é preexistente ao processo e liga-se à relação jurídica material existente entre acusado e ofendido. Já a pretensão processual, entendida como pleito perante as autoridades judiciárias requerendo um pronunciamento jurídico oficial acerca do retrato material apresentado em juízo, vincula-se à relação jurídica processual estabelecida entre acusado e acusador. Daí falar-se em pretensão acusatória.

²⁶¹ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. p. 136 e 145.

²⁶² TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de Processo Penal*. Vol. I. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 337.

²⁶³ FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 149.

²⁶⁴ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 158.

Ainda que se possa falar em uma relação de “continente e contido” entre as pretensões - a pretensão processual abrangeria a punitiva -, é necessário alertar que a pretensão processual pode conter apenas elementos da pretensão material. É o caso de uma conduta criminosa continuada da qual apenas parte foi objeto de investigação e consequente ação penal. Isso ocorre porque a pretensão punitiva incide sobre o conjunto da conduta criminosa, porém, se apenas parte desse conjunto é apresentado em processo, a pretensão processual apenas versará sobre esse recorte²⁶⁵.

Essa diferenciação entre pretensão punitiva e processual, embora majoritária, não é unânime na doutrina. OLIVEIRA, por exemplo, descarta um conceito de pretensão processual e explica que, na verdade, o que existe são dois estágios diferentes da pretensão punitiva. O primeiro encerra a essência mesma da acusação e compõe “aquele estado de pretensão punitiva que no juízo criminal se exprime como exigência acusatória”; e o segundo é a “execução irrevogável da pena”²⁶⁶.

NUVOLONE, por outro lado, entende não haver qualquer tipo de pretensão em processo penal já que o conceito de pretensão implica como correlativo lógico o de resistência e não há resistência oposta ao interesse objetivo do Estado, nem mesmo o direito à liberdade²⁶⁷.

A pretensão processual é, no processo penal, uma “declaração petitoria de que existe o direito potestativo de acusar e que processe a aplicação do poder punitivo estatal”, por isso é uma *pretensão acusatória*²⁶⁸. Ao contrário do que ocorre no processo civil, no processo penal o juiz deve verificar se a acusação tem verossimilitude e indica um suporte probatório mínimo para admiti-la²⁶⁹. Assim, a pretensão acusatória constitui, pois, o objeto do processo penal.

²⁶⁵ Essa questão concernente a crime continuado ou permanente será posteriormente desenvolvida no capítulo 4. Neste item, fica apenas a referência a título de explicação sobre a possibilidade de a pretensão processual corresponder apenas a parte da pretensão punitiva.

²⁶⁶ A distinção entre os dois momentos é abordada pois a acusação subsistiria apenas no primeiro e nele guardaria sua plena autonomia. Já no segundo momento, “o *ius puniendi* deixa de ser exigível (e exigido) acusatoriamente para ser simplesmente exercido”. OLIVEIRA, Gilberto Callado de. *O conceito de acusação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 63.

²⁶⁷ “L’interesse di libertà, si disse: ma la proposizione è errônea perché quell’interesse è già compreso potenzialmente nell’interesse obbiettivo dello Stato. Nè può essere applicata la distinzione tra pretesa e ragione: prechè la contrapposizione fatto-diritto non ha qui motivo di essere. Lo Stato ha sempre ragione di accertare, per il fatto medesimo che instaura il processo”. NUVOLONE, Pietro. *Contributo alla teoria della sentenza istruttoria penale*. Ristampa. Pádua: Cedam, 1969. p 74.

²⁶⁸ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. p. 145.

²⁶⁹ “Trata-se de um juízo de probabilidade que reveste uma importância fundamental, pois o processo penal, em si mesmo, já é uma pena”. LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. p. 145.

Contudo, entendemos também que essa pretensão nasce atrelada à fase processual da persecução penal, isto é, existe a pretensão de submeter o potencial autor do delito a um procedimento processual o qual será iniciado mediante apresentação de denúncia ou queixa-crime. Por isso falar-se em objeto do “processo” e não objeto da “persecução penal”.

Ao tratar de *ne bis in idem* na sua manifestação processual mediante persecuções penais idênticas e simultâneas, é necessário expandir a análise para além da fase processual. O trabalho pretende focar na proibição de persecuções penais simultâneas de modo que deve englobar ambas etapas da persecução, a investigatória e a processual. Assim, a análise será realizada a partir de um elemento constitutivo da pretensão processual que, porém, é pré-existente ao processo, a imputação.

CABIEDES já sinalizava a questão acerca do conceito de identidade de objeto para diversos fins, questionando se a mesma definição de identidade poderia ser aplicada tanto à litispendência quanto à correlação entre acusação e sentença²⁷⁰. Entendemos que o objeto do processo penal é de fato a pretensão acusatória. Contudo, esta é composta pelo pedido e pela imputação que compreende os fatos, sua qualificação jurídica, o sujeito ao qual é atribuída a conduta delituosa e todas as circunstâncias elementares que cercam tal atribuição²⁷¹.

A comparação entre duas persecuções penais simultâneas, para análise de possível violação ao *ne bis in idem*, não pode limitar-se à comparação das pretensões acusatórias. Isso seria restringir a incidência do princípio apenas à fase processual causando a impressão de que na fase investigatória tal violação deveria ser tolerada.

É necessário, para fins de avaliação de potencial violação ao *ne bis in idem*, destrinchar os componentes da pretensão acusatória e retroceder até a fase de investigação. Tal necessidade funda-se em duas diferenças primordiais entre a correlação e o presente estudo.

²⁷⁰ O autor expõe um problema que antecedente à correlação entre acusação e sentença “saber si la identidad del objeto debe considerarse la misma en todos los supuestos en que la identidad es necesaria, principalmente en los casos de cosa juzgada, litispendencia y correlación entre acusación y sentencia, o si, cabe tomar la identidad en un doble sentido, uno para la litispendencia y a cosa juzgada, otro para la correlación entre acusación y sentencia. CABIEDES, Eduardo Gutierrez de. *Estudio de Derecho Procesal*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1974. p. 520.

²⁷¹ JARDIM explica que o exercício da ação penal condenatória pressupõe a formulação de uma acusação e esta, por sua vez, é composta “basicamente de dois elementos: a imputação e o pedido de condenação”. JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*, p. 146.

Primeiro, a comparação realizada no âmbito da correlação dá-se entre a acusação e a sentença dentro de uma mesma persecução, ao passo que para este trabalho a comparação deve ser realizada entre duas persecuções penais diferentes. A comparação da correlação é intraprocessual e a do *ne bis in idem* é interprocessual.

Segundo, a análise da ocorrência de *bis in idem* na sua vertente simultânea, antecede a acusação formal e, portanto, o próprio processo. É possível a existência de duas persecuções penais idênticas e simultâneas antes mesmo de iniciada a fase processual de modo que a comparação não pode ser entre objetos do processo, mas sim entre imputações. A imputação passará a compor a pretensão acusatória, na fase processual, e é a pretensão acusatória que constituirá o próprio objeto do processo. Porém, a imputação antecede a fase processual da persecução.

CAPÍTULO 3 - IDENTIDADE DE IMPUTAÇÕES E RECONHECIMENTO DO BIS IN IDEM

3.1 Imputação como elemento constitutivo da pretensão acusatória

A palavra “imputação” que deriva do vocábulo latino *imputatio*, significa a atribuição da responsabilidade a alguém pela prática de um ato. Imputação criminal é, portanto, a atribuição a alguém da prática de determinada infração penal.²⁷² A imputação concebida no seu sentido jurídico-penal, como elemento da *accusatio*, é a atribuição de um fato criminoso ao agente (*imputatur agenti*)²⁷³.

CARNELUTTI conceitua imputação como “la formulación de la pretensión penal”, em outras palavras, “la manifestación de una opinión contra una persona cuanto el cumplimiento de una acción contra ésta, o sea su sometimiento al juicio”.²⁷⁴ O objeto da imputação penal é, portanto, o fato punível atribuído a alguém e que sofrerá constante valoração ao longo de toda a persecução penal²⁷⁵.

Há quem considere que a própria imputação constitui o objeto do processo penal já que ela se aproximaria da causa de pedir no processo civil por conter elementos como o fato concreto, qualificado como crime, que se atribui a alguém, com a vantagem de que a expressão “imputação” seria mais usual no campo penal e afastaria concepções processuais civilísticas absolutamente inadequadas para o processo penal²⁷⁶. E mais, seria da valoração do fato realizado ao longo do processo que decorreria a relevância em se falar em “imputação” ao invés de causa de pedir no processo penal. É que no processo civil são expostos fatos que se subsumem a determinadas normas jurídicas e elaborado um pedido. Já no processo penal, a imputação penal não é uma simples adução, mas uma verdadeira

²⁷² FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 100.

²⁷³ OLIVEIRA, Gilberto Callado de. *O conceito de acusação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 29.

²⁷⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal. Vol I*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Bosch y Cia, 1950. p. 192.

²⁷⁵ BADARÓ, Gustavo. *Correlação entre acusação ...*, p. 79.

²⁷⁶ É que “a preferência pela imputação é reforçada pela circunstância de que tal expressão não traz as mesmas divergências e dúvidas que o dissenso entre as teorias da individuação e substanciação sempre despertam em relação à causa de pedir”. Contudo, BADARÓ diverge de FERNANDES por entender que a imputação “é o ato processual por meio do qual se formula a pretensão penal”, ao passo que FERNANDES defende ser a imputação o juízo de atribuição que se utiliza de meios processuais para sua manifestação, no caso da imputação em sentido estrito o meio processual utilizado será a denúncia ou queixa. BADARÓ, Gustavo. *Correlação entre acusação ...*, p. 75-82.

atribuição de um fato criminoso a alguém e o pedido é de verificação do fato para que se passe da suspeita à certeza.²⁷⁷

Aos adeptos dessa corrente, a imputação seria o objeto do processo, uma vez que o pedido seria, no processo penal irrelevante já que é sempre genérico (de condenação), pelo que não traria qualquer utilidade um conceito de pretensão penal caracterizada apenas por um pedido de condenação²⁷⁸. Restaria, portanto, à imputação, a função de individualizar a ação penal e também apresentar o objeto do processo como parâmetro para se delimitar a atividade do magistrado²⁷⁹. Os fatos e sua tipificação penal, por outro lado, são de extrema relevância para o processo penal.

Sobre o pedido, FERNANDES faz uma importante observação esclarecendo que o pedido “não é, nem pode ser, simplesmente de condenação a qualquer pena, mas de condenação à pena a ser fixada com base em circunstâncias concretas do processo”²⁸⁰. Assim, concordamos com o professor ao afirmar que o objeto do processo é a pretensão processual assentada em uma situação substancial ampla que abrange os elementos do fato típico, a sua classificação e todas as suas circunstâncias de ordem material ligadas ao fato e ao agente responsáveis pela individualização da pena.

LOPES JR., por outro lado, explica que a pretensão acusatória possui três elementos: subjetivo, objetivo e modificador da realidade. O primeiro refere-se aos entes que figuram como titulares, o pretendente e aquele contra quem se pretende fazer valer essa pretensão. O segundo trata-se do fato aparentemente punível, é o *fumus commissi delicti*. E o terceiro é o conteúdo petitório, a declaração de vontade que pede a realização da pretensão²⁸¹.

²⁷⁷ BADARÓ, Gustavo. *Correlação entre acusação ...*, p. 82-83.

²⁷⁸ Sobre o pedido, FERNANDES faz uma importante observação esclarecendo que o pedido “não é, nem pode ser, simplesmente de condenação a qualquer pena, mas de condenação à pena a ser fixada com base em circunstâncias concretas do processo”

²⁷⁹ CAPELA defende que, em última análise, será o fato imputado que traduzirá o objeto do processo. CAPELA, Fábio. *Correlação entre acusação e sentença*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 63. Portanto, “no campo penal, o que, verdadeiramente, caracteriza a pretensão é a imputação sendo o objeto do processo o fato-crime imputado a alguém”. BADARÓ, Gustavo. *Correlação entre acusação ...*, p. 84-85.

²⁸⁰ A particularidade está em se exigir, para o oferecimento da denúncia ou queixa, apenas a narração do fato criminoso, ou seja, em se contentar com a apresentação de parte de qualquer situação substancial que fundamenta o pedido. As demais circunstâncias, que servem para determinar a pena e compõem a outra parte de tal situação substancial, podem estar ausentes da narração feita na peça acusatória, só sendo reveladas durante o desenvolvimento do processo, mas nem por isso deixam de constituir objeto do processo e de estar abrangidas na pretensão. FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 46.

²⁸¹ LOPER JR., Aury. *Direito Processual Penal*. p. 145-150.

O mesmo autor esclarece que, no processo penal, o conteúdo do pedido é sempre igual - a condenação do acusado pelo fato narrado conforme a pena estabelecida no respectivo tipo penal abstrato²⁸². De certo modo, LOPES JR. insere também a imputação e o pedido na acusação sem, contudo, referir-se diretamente à imputação. Tal posição aproxima-se mais do nosso estudo que a de BADARÓ, já que este afirma serem sinônimas as expressões *acusação* e *imputação* devido a que ambas representam a formulação da pretensão processual²⁸³.

É certo que, no processo penal, a prestação jurisdicional que se invoca é de natureza condenatória, e seu veículo é a acusação. É através da acusação que se deduz a pretensão punitiva em juízo mediante o pedido de condenação do réu pelo fato delituoso que lhe é atribuído²⁸⁴. Portanto é, em última análise, a imputação desse fato delituoso ao réu, com a pena correspondente a ser aplicada que delimita a área da prestação jurisdicional que se requer²⁸⁵.

A imputação “se presta a delimitar a acusação e, assim, serve para a identificação da ação penal”²⁸⁶, eis a importância do seu estudo mais aprofundado. É através da análise dos componentes da imputação que serão desenvolvidos os critérios para identificação de hipóteses de persecuções penais simultâneas e idênticas e, conseqüente, violação ao *ne bis in idem*. A sanção penal correspondente será logicamente deduzida pelo fato imputado e sua qualificação jurídica (*nulla poena sine lege*).

²⁸² No processo penal vige o princípio da indisponibilidade da pretensão que, junto com a indivisibilidade do fato aparentemente punível, “erige-se em notas definidoras da pretensão”. LOPER JR., Aury. *Direito Processual Penal*. p. 150.

²⁸³ BADARÓ, Gustavo. *Correlação entre acusação e sentença*. p. 99, nota 2.

²⁸⁴ Frederico Marques afirma que a acusação está para o processo penal condenatório assim como o pedido está para o processo civil de conhecimento. MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Vol. I. 3ª atualização. Campinas: Millennium, 2009. p. 149. No mesmo sentido OLIVEIRA, Gilberto Callado de. *O conceito de acusação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 30. FERNANDES vai além e desenha uma estrutura concêntrica composta por três figuras importantes para o processo penal: a ação penal condenatória, a acusação e a imputação. “O círculo maior é o da ação penal condenatória, no qual se insere o da acusação e, neste, está o círculo menor, da imputação”. FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 150.

²⁸⁵ Explica FERNANDES que a melhor corrente é “a que considera como objeto do processo penal a pretensão processual, sem a visão restritiva que a limita à imputação ou ao fato”, não se circunscreve ao fato imputado e à sua qualificação pois engloba também a imposição de uma pena adequada. FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 45. Contudo, é necessário esclarecer que não é o fato imputado o objeto do processo penal, este é apenas o elemento objetivo integrante da pretensão. “O objeto do processo é a acusação como um todo (logo, a pretensão acusatória), da qual o caso penal é elemento integrante (como elemento objetivo)”. LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 147.

²⁸⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 100.

E mais, conforme explicaremos nos tópicos seguintes, a imputação antecede o próprio processo penal. Ela é incorporada à pretensão acusatória com o oferecimento da denúncia ou queixa, mas ela já existe na fase investigatória. Interessa-nos, portanto, especificamente a imputação e seus componentes ao tratar de *ne bis in idem* em persecuções simultâneas, pois é através da identificação e comparação desses elementos que será realizada a análise sobre a identidade de duas persecuções penais e simultâneas.

3.2 A imputação penal: um juízo progressivo

Há um dissenso na doutrina processual penal acerca da natureza jurídica da imputação. Ambas correntes conceituam a imputação penal como “atribuição da responsabilidade pela prática de determinada infração penal a alguém”. Contudo, alguns entendem tratar-se de um “ato” enquanto outros, de um “juízo”.

BADARÓ explica que o espaço deixado pela insuficiência ou inadaptabilidade dos institutos processuais civis deve ser ocupado, no processo penal, pelo conceito de imputação, a qual remete ao “ato processual por meio do qual se formula a pretensão penal”²⁸⁷.

DOMINIONI, ao comentar as divergências acerca do significado da expressão “imputazione”, conceitua a imputação como ato mediante o qual se atribui a uma pessoa um determinado fato integrante de um tipo penal²⁸⁸. Ao distingui-la da acusação, define a imputação como “una proposizione che, dal punto di vista logico, è di questo tenore”, proposição essa que será submetida a análise ao longo da persecução penal²⁸⁹.

Por outro lado, há quem entenda tratar-se a imputação de um “juízo” uma vez que para se atribuir a alguém um fato há necessidade de uma avaliação prévia já que imputar é atribuir e, para isso, é necessário que seja previamente realizado um juízo pelo qual se

²⁸⁷ Como ato, a imputação remete à “afirmação do fato que se atribui ao sujeito”. BADARÓ, Gustavo. *Correlação entre acusação e sentença*. p. 76.

²⁸⁸ O autor inicia o texto comentando a diversidade de significados atrelados à expressão “imputazione” tanto no âmbito legislativo como no âmbito técnico-científico. Além disso, titula o autor expressamente seu tópico sobre os componentes da imputação de “Il contenuto dell’atto di imputazione”. DOMINIONI, Oreste. Imputazione (diritto processuale penal). In *Enciclopedia del diritto*, v. 20, p. 818-838. Milano: Giuffrè, 1970. p. 818.

²⁸⁹ Posteriormente, o autor refere-se à imputação como “giudizio attributivo” como sendo aquele juízo exarado pelo órgão acusador sobre os elementos colhidos na fase investigatória concluindo pela atribuição de um determinado fato penalmente típico a um sujeito e que será externalizado na acusação. DOMINIONI, Oreste. Imputazione (diritto processuale penal). In *Enciclopedia del diritto*, v. 20, p. 818-838. Milano: Giuffrè, 1970. p. 823.

vincule alguém à prática delituosa, como seu provável autor.²⁹⁰ É o que explica CARNELUTTI ao afirmar que a imputação é fluída em comparação à decisão e que aquela se forma progressivamente na cabeça do juiz a semelhança do que ocorre com um vaso de barro sendo fabricado pelo seu artesão²⁹¹. É certo que esse juízo para ser externado precisa de um ato; contudo, a imputação não é em si o “ato pelo qual se manifesta, mas o juízo que esse ato revela”.²⁹²

A imputação considerada como um juízo parece ajustar-se mais ao modelo de processo penal vigente uma vez que já há uma avaliação sobre a atribuição de determinada conduta delituosa a alguém antes mesmo de um “ato” oficializando tal juízo.²⁹³ Considerando a imputação como um “juízo” é possível argumentar que esse juízo nem sempre se externa por ato certo e determinado, podendo na investigação mostrar-se pela maneira como a pessoa suspeita é tratada. Esse tratamento é revelado pelas diligências realizadas, por exemplo.²⁹⁴

CARNELUTTI explica que no processo penal há uma escala de paciência no qual a imputação é o primeiro degrau.

Antes de poder castigar a un hombre, es preciso condenarlo; pero antes de condenarlo, preciso es juzgar si puede ser sometido a debate; y antes de someterlo al juicio acerca de la posibilidad de someterlo a debate, hay todavía

²⁹⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 102.

²⁹¹ “Del contenido de la imputación debe, pues, decirse *que se forma progresivamente* o, en otros términos, que la imputación es fluída en comparación con la decisión (...) se viene formando en la mente del juez como el vaso de arcilla en las manos del que lo construye”. CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal. Vol IV*. p.11.

²⁹² FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 101. CARNELUTTI também se refere a uma “formación progressiva de la imputación” e explica que “la imputación implica un juicio, aun cuando provisória y, em razón de la provisoriedade, presenta diversos grados”. CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal. Vol I*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Bosch y Cia, 1950. p. 12 e 193.

²⁹³ É o caso de uma investigação policial na qual ainda não há indiciamento mas sobre o qual recaem fortes suspeitas de ser o autor do crime e para fundamentar tais suspeitas, a autoridade policial representa requerendo ao juiz o deferimento de busca e apreensão em seu local de trabalho, por exemplo. Ainda não há, nesse estágio um ato formalizando a imputação mas requer-se a medida, justamente, na tentativa de compilar indícios suficientes que respaldem a “imputação formal”.

²⁹⁴ FERNANDES acrescenta nesse ponto também as notícias veiculadas pela imprensa ainda quando não há o formal indiciamento e “a autoridade policial insiste em afirmar que determinada pessoa será ouvida como testemunha, negando-lhe o direito ao silêncio”. FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 102.

*un juicio anterior. Ese juicio es la imputación: el primer peldaño de la escalera*²⁹⁵.

A conclusão mais importante em considerar a imputação como um “juízo”, para o presente trabalho, está em que, vista dessa forma, ela existe desde a fase de investigação, não ficando circunscrita à fase processual nem tendo apenas o oferecimento de denúncia ou queixa como marco inicial. Isto é, há, sem dúvida, manifestação da imputação por meio da denúncia ou queixa mas há também imputação na fase de investigação manifestada por atos como deferimento de prisão preventiva, busca e apreensão ou indiciamento. Estes são fruto de uma decisão assentada na atribuição de fato típico a determinado sujeito, alvo das medidas constritivas exemplificadas.

A imputação é, portanto, sempre a mesma desde a fase de investigação, variando apenas o grau de exigência na sua progressiva manifestação a depender dos diversos elementos reunidos ao longo da persecução penal. Com o avanço da persecução penal, aprofunda-se o grau de cognição e o juízo torna-se cada vez preciso; na fase de investigação tem-se uma imputação que se torna provável ao ingressar na fase processual e que pode se tornar certa caso seja proferida sentença condenatória²⁹⁶.

3.2.1 Imputação em sentido amplo

A persecução penal se desenvolve, ordinariamente, em duas fases: investigação preliminar (fase investigatória) e processo judicial (fase processual). Verificada a ocorrência de uma infração, várias são as possibilidades de apuração que se apresentam. O inquérito policial é a espécie mais recorrente, mas não a única²⁹⁷. A fase de investigação é

²⁹⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el proceso penal*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961. p. 139.

²⁹⁶ No mesmo sentido, CARNELUTTI explica que a imputação, por ser a proposição de uma pretensão, implica em um juízo ainda que provisório e é, justamente, em razão dessa provisoriedade que a imputação apresenta diversos graus. Ao início do processo a imputação possui um grau diferente daquele que é atingido ao final da fase instrutória, por exemplo. CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal. Vol I*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Bosch y Cia, 1950. p. 193.

²⁹⁷ O inquérito policial, conforme definido por PITOMBO, é uma parte que integra o processo penal pois é fase na persecução penal destinada à “formação preliminar de culpa”. Não se trata de simples peça informática mas é um procedimento preparatório, em que existe formação de prova, dispondo a autoridade policial de poderes para investigação. “Daí porque o juiz penal, em muito, se dirige pelos melhor de provas constantes do inquérito, ao receber ou rejeitar a acusação” ou decretar alguma medida cautelar. PITOMBO, Sérgio M. Moraes. *Inquérito Policial: novas tendências*. Belém: CEJUP, 1987. p.19. No mesmo sentido, ao tratar do direito de defesa no inquérito policial, Marta Saad explica que justamente por ser o inquérito uma etapa importante para a obtenção de provas, inclusive com atos que depois não mais se repetem, o acusado

fundamental para o progresso da persecução penal, pois permite reunir elementos que justifiquem a instauração ou não de um processo penal contra determinado sujeito.

O processo penal, entendido como um sistema escalonado, tem a investigação como o primeiro degrau da escada, pois é através dela que se chegará a uma gradual concreção do imputado e dos atos por ele praticados ou não. É com base nos elementos fornecidos pela investigação preliminar que serão realizados os diferentes juízos de valor imprescindíveis para chegar ao processo. A investigação dedica-se à reunião de elementos que comprovem a materialidade do delito e que fornecem pelo menos indícios de autoria suficientes para o oferecimento da ação penal.²⁹⁸

Assim, reconhecer que há já na fase de investigação uma imputação “em formação” e que é com base nela que se autoriza a restrição de direitos do acusado, é essencial ao desenvolvimento de um devido processo penal nos moldes de um Estado Democrático de Direito.²⁹⁹ Isso porque o princípio *ne bis in idem* deve incidir desde a fase investigatória de modo a coibir, também, a tramitação, simultânea ou sucessivamente, de duas investigações sobre o mesmo “caso penal”³⁰⁰.

A diferença entre imputação em sentido amplo e em sentido restrito é meramente conceitual e destina-se a reconhecer, mais do que a diferenciar, a imputação em duas fases distintas: a de investigação e a processual. O núcleo da imputação, consistente na atribuição de infração penal a alguém, é idêntico em ambas as espécies de imputação. O que as diferencia é o momento na persecução penal e, conseqüentemente, a profundidade em que é realizado o juízo de atribuição.

Enquanto na primeira há elementos probatórios que contribuem para o juízo de atribuição, na segunda há uma probabilidade que poderá ser ou não confirmada na

deve contar com assistência de defensor já nessa fase preliminar. SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 200-201.

²⁹⁸ Os elementos reunidos na fase de investigação, embora não possam servir de base exclusiva para formação de convicção judicial, podem servir de base para o deferimento de medidas cautelares além de ser a base sobre a qual será edificada a tese acusatória. Art. 155, caput do CPP: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

²⁹⁹ Antônio Scarance Fernandes explica que “Não há sentido em limitar-se a imputação à fase processual, sendo de máxima importância em um Estado democrático, assegurar à pessoa considerada a provável autora da infração penal meios de atuar em sua defesa”. O professor explica que a adoção de um conceito amplo, porém técnico, forma-se pela preocupação de melhor garantir o indivíduo desde a fase de investigação pois como isso “alarga-se o âmbito da reação defensiva à imputação, avançando-a para a investigação e não a deixando circunscrita ao momento da acusação formal em juízo”. FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 104-105.

³⁰⁰ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 527.

sentença³⁰¹. POZZER vai além e admite uma verdadeira acusação ainda na fase investigatória. Isso porque, para o autor, a acusação não pode ser considerada instituto exclusivo do processo penal, sendo que o termo *acusação* deve ser empregado sempre que alguém “aponta outrem como autor de conduta considerada reprovável, buscando sua responsabilização pela falha”, de modo que em procedimentos administrativos preparatórios a eventual propositura de ação penal já haveria acusação.³⁰²

A imputação em sentido amplo é aquela que se apresenta na fase investigatória. Contudo, é necessário fixar os limites dessa “amplitude” do sentido para não o esticar a ponto de esvaziar sua importância. Por exemplo, para que seja caracterizada a imputação é suficiente uma atribuição de fato típico a alguém por qualquer do povo? Ou seria necessário que a atribuição fosse realizada por agente público? FERNANDES ressalta que é “mister que se delimite quem pode definir a pessoa como imputada, reservando-se esse poder à autoridade policial, ao Ministério Público, ao juiz de direito”³⁰³.

Qual ou quais seriam os limites impostos ao considerar como idêntico um fato delituoso em duas persecuções simultâneas? O parâmetro seria o contexto fático, a qualificação jurídica do fato ou um critério cronológico? Ao considerar a incidência do *ne bis in idem* no âmbito das investigações preliminares, isto é, na chamada fase pré-processual, essas questões devem ser bem definidas conforme será explicado no seguinte capítulo.

3.2.1.1 Veículos de manifestação da imputação em sentido amplo

O primeiro elemento a ser determinado nessa imposição de limites é o veículo de manifestação da imputação em sentido amplo. Essa determinação é importante porque é necessário demarcar a partir de quando, ou de qual ato específico, há uma imputação e um sujeito na qualidade de imputado. Conforme visto no primeiro capítulo o *ne bis in idem*

³⁰¹ Assim também CARNELUTTI explica que “después de todo, el contenido de la imputación, si no precisamente idéntico, es análogo al de la decisión mismo; una diferencia entre estos dos actos se encuentra sin embargo, en primer lugar, en la definición del hecho y, en segundo lugar, en la motivación del juicio”. CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal. Vol IV.* p. 10.

³⁰² O autor explica também que ao assegurar o contraditório e a ampla defesa aos “acusados *em geral*”, o texto constitucional, por si só, exclui a ideia de particularização ou exclusividade ao processo penal, referindo-se a todos aqueles que suportem uma acusação. POZZER, Benedito Roberto Garcia. *Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro.* São Paulo: IBCCRIM, 2001.p. 56-57.

³⁰³ FERNANDES, Antônio Scarance. *A reação defensiva à imputação.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 105.

possui diversos fundamentos, na sua maioria relacionados à proteção do indivíduo – proteção essa que não pode restringir-se à fase processual.

Portanto, reconhecendo a necessidade de proteção do indivíduo – e da própria legitimidade da persecução penal – é necessário demarcar o momento em que se dá a imputação e quais são os veículos manifestantes desse juízo.³⁰⁴ Somente depois de delimitados esses aspectos é possível avançar para a análise da identidade de imputações, violação ao *ne bis in idem*, seu reconhecimento e controle na fase pré-processual.

Sendo a imputação uma atribuição de um fato delituoso a alguém, terá ela relevância penal se for realizada por autoridade designada em lei, após o juízo valorativo de base indiciária. Assim, a imputação tratada como um juízo depende de veículo oficial – o termo oficial deve ser entendido como formalmente previsto -, operado por agente público legitimado em lei e que transmita a atribuição de determinado fato delituoso a determinada pessoa, com base em elementos mínimos de correlação entre o primeiro e a segunda.

A investigação pode ser realizada de diversas formas, a mais comum é o inquérito policial e, portanto, o indiciamento realizado nesse âmbito é o primeiro veículo de manifestação da imputação que salta aos olhos. Indiciar, sob o enfoque etimológico³⁰⁵, consiste em mostrar por vários indícios, permitindo acusação. No inquérito policial, “o *indiciamento* há de ostentar-se como ato do procedimento, que resulta do encontro de um ‘feixe de indícios convergentes’, que apontam o suposto fator da infração penal”³⁰⁶.

O indiciamento, portanto, consiste no ato de indiciar, isto é, de indicar uma pessoa como o provável autor do crime sob investigação. É, por isso, ato de manifestação da imputação. Por consistir na formalização do apontamento, pelo Estado, do provável autor

³⁰⁴ Especificamente sobre o inquérito policial, PITOMBO esclarece que não é possível considerar o inquérito um *mero procedimento administrativo* já que ele instrui, mediante elementos de convicção e viabiliza ou obsta o aforamento da demanda. Assim, seria preferível “reconhecer, com singeleza, que no *inquérito policial* há atos *processuais*, praticados por delegação, e nele existe contingente *instrução criminal definitiva*”. “No *procedimento de inquérito*, encontra-se, portanto, conjunto de *atos de instrução; transitórios uns*, de relativo efeito probatório e *definitivos* outros, de efeito judiciário *absoluto*”. PITOMBO, Sérgio M. Moraes. *Inquérito Policial: novas tendências*. Belém: CEJUP, 1987. p.21-22.

³⁰⁵ O termo *indiciamento* compõe-se da palavra *indicio* (voz substantiva de *endez*, derivante do latim *indici*, e significa indicação, sinal, revelação e autorização para fazer acusação ou denúncia) e do sufixo *amento* (sufixo formador de substantivos de ação, movimento). PITOMBO, Sérgio M. Moraes. *Inquérito Policial: novas tendências*. Belém: CEJUP, 1987. p.37.

³⁰⁶ PITOMBO, Sérgio M. Moraes. *Inquérito Policial: novas tendências*. Belém: CEJUP, 1987. p.19. Indiciar significa mostrar por indícios, revelar denunciar. E indícios, “na técnica jurídica (...) quer significar o fato ou série de fatos, pelos quais se pode chegar ao conhecimento de outros, em que se funda o esclarecimento da verdade ou do que se deseja saber”. SILVA, De Plácido E. *Vocabulário Jurídico*. SLAIBI FILHO, Nagib; GOMES, Priscila Pereira Vasques (atual.), 31ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 739.

da infração investigada³⁰⁷, o ato deve ser o resultado concreto da aludida convergência de indícios que assinalam incriminando certa pessoa, ou determinadas pessoas, quais praticantes de ato, ou de atos, típicos, antijurídicos e culpáveis³⁰⁸.

Contudo, não é esse o único meio de manifestação da imputação em sentido amplo. Tal premissa é importante para, posteriormente, identificar imputações idênticas que possam gerar severa violação ao *ne bis in idem* mesmo na fase investigatória. O núcleo da imputação, tanto em sentido amplo como em sentido estrito, contém três elementos: atribuição de determinado fato delituoso, individualização da pessoa a quem é atribuída a prática do fato delituoso e base indiciária que fundamenta a atribuição caracterizando a pessoa como possível autor do delito.

Na fase pré-processual, não é o indiciamento o único ato a reunir esses três elementos caracterizadores da imputação ampla. O artigo 282, inciso I do Código de Processo Penal (CPP) dispõe expressamente a possibilidade de aplicação das medidas cautelares na fase de investigação ou instrução criminal, por exemplo. Assim como o inquérito policial não é a única investigação que poderá manifestar imputação penal em sentido amplo.

Seguindo esse raciocínio, há outros veículos de manifestação da imputação, na fase pré-processual que devem ser levados em conta. É o caso das medidas cautelares deferidas durante a etapa investigatória³⁰⁹ e os meios de obtenção de prova que possam restringir direitos fundamentais do indivíduo. O CPP distingue as medidas cautelares em duas categorias: medidas cautelares pessoais e medidas cautelares reais. Ambas as categorias se caracterizam pela instrumentalidade hipotética, acessoriedade, preventividade,

³⁰⁷ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. Liberdade! Abre as Asas Sobre Nós. *Boletim do IBCCRIM*, n. 91, p. 45, jun. 2000.

³⁰⁸ O indiciamento necessita, mais do que pressupõe, de suporte fático positivo de culpa penal *lato sensu*. “O indiciar alguém, como parece claro, não há de surgir qual ato arbitrário de autoridade, mas legítimo”. PITOMBO, Sérgio M. Moraes. *Inquérito Policial: novas tendências*. Belém: CEJUP, 1987. p.38. A Lei nº 12.830/2013 dispõe expressamente a necessidade de fundamentação ao indiciar. Art. 2, §6º: “O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias”.

³⁰⁹ O auto de prisão em flagrante, sem dúvida, contém os 3 elementos mencionados e considera-se um veículo de manifestação da imputação, contudo, a própria situação de flagrante impediria a ocorrência de duas persecuções penais idênticas. Assim, por não ser o foco do trabalho, não foi desenvolvido o auto de prisão em flagrante como veículo de manifestação da imputação, embora esse seja, ao lado do indiciamento, o veículo mais claro e incontroverso.

sumariedade e provisoriedade³¹⁰. Interessa-nos, especificamente, seu necessário fundamento para fins de imputação em sentido amplo.

A decretação de qualquer das medidas cautelares acima mencionadas, funda-se na existência de *fumus comissi delicti e periculum libertatis*. O primeiro requisito refere-se à existência de probabilidade de ocorrência de crime (abrangendo tanto os indícios de materialidade quanto de autoria) e o segundo relaciona-se ao risco que a liberdade do acusado representa para o processo³¹¹.

Ambos os fundamentos se relacionam aos elementos da imputação em sentido amplo. Se há probabilidade de ocorrência de crime suficiente para decretação da medida cautelar, é lógico concluir que há um fato, jurídico-penalmente qualificado determinado. E se há perigo em manter o suposto autor desse fato em liberdade ou restringir algum direito fundamental, há um indivíduo determinado a quem está sendo imputado o fato criminoso que é, coincidentemente, o alvo da restrição de direito fundamental.

Por fim, é necessário ressaltar que o requerimento de instauração de inquérito, nos crimes de ação penal pública, apresentado pelo ofendido ou por quem tiver qualidade para representa-lo, contém os três elementos caracterizadores de veículos de manifestação da imputação, conforme o art. 5 do CPP: i) narração do fato, com todas as circunstâncias; ii) individualização do sujeito; iii) as razões de convicção ou de presunção de ser ele o autor da infração, inclusive nomeação de testemunhas e sua respectiva qualificação. Até aqui, parece tratar-se de um veículo de manifestação da imputação sem sentido amplo também. Porém, há um detalhe importante a ser considerado, o remetente não coincide com os parâmetros anteriormente impostos. Em outras palavras, o juízo não foi atribuído por autoridade policial, membro do Ministério Público ou juiz de direito.

Poder-se-ia considerar como veículo de manifestação da imputação, nesse cenário, não o requerimento apresentado pelo ofendido ou seu representante, mas a portaria de instauração do inquérito requerido, assinada por autoridade policial. O que torna este caso diferente de qualquer outra portaria indicativa de instauração de inquérito? Exatamente a coexistência, nessa fase inicial, dos três elementos nucleares caracterizadores de um juízo de imputação.

³¹⁰ BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. p. 938.

³¹¹ DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*. p. 573.

Enquanto a regra geral é a instauração de uma investigação policial para apurar o possível autor do fato delituoso do qual se teve notícia, no caso de requerimento apresentado por ofendido há individualização do provável autor da conduta delituosa³¹². A investigação é iniciada tendo sido já definidos o fato, sua qualificação e o provável autor. A partir daí, é necessário ainda reunir elementos probatórios suficientes para caracterização de justa causa e, conseqüentemente, oferecimento de denúncia.

A necessidade em reconhecer a incidência do *ne bis in idem* também em fase de inquérito vai de mãos dadas com o reconhecimento dos direitos do acusado em fase pré processual. É que não pode ser o acusado tratado apenas como “objeto de investigação”, mas se deve reconhecer que já nessa fase preparatória da tese de acusação, o indivíduo tem direitos assegurados, entre eles, o de não ser alvo de duas ou mais imputações idênticas.

Mesmo que ainda em fase de investigação “o tratamento que se confere ao acusado, desde quando convergem sobre ele indícios de sua participação no delito cuja prática se está a apurar, revela o grau de respeito efetivo que se tem aos direitos e garantias individuais”³¹³. Não se pode esperar que seja oferecida denúncia para que se reconheça litispendência se já na fase investigatória é possível reconhecer a duplicidade de imputações e, conseqüentemente, a violação ao *ne bis in idem*.

3.2.2 Imputação em sentido estrito

A imputação em sentido estrito é aquela constante do ato da denúncia ou queixa³¹⁴. Trata-se, em outras palavras, da imputação contida na acusação formal e manifestada através da denúncia ou queixa. A espécie denominada em “sentido estrito” refere-se especificamente à sujeição do acusado a um processo penal condenatório, com todas as suas conseqüências estigmatizantes, e não apenas à atribuição de uma suspeita sobre o

³¹² O art. 5 do CPP, faz referência a “a individualização do indiciado ou seus sinais característicos”, entendemos que o raciocínio desenvolvido aplica-se apenas aos casos de individualização do sujeito, é que a indicação de sinais característicos, embora auxilie na individualização, levaria a um alargamento do conceito de veículo de manifestação da imputação que, conseqüentemente impactaria na extensão do conceito desta última, correndo o risco de esvaziá-lo.

³¹³ Em livro específico sobre o tema, Marta Saad explica que o “indivíduo é, aliás, sujeito e titular de direitos sempre, não importa em que estágio o procedimento se encontre. Os direitos e as garantias constitucionais não têm limites especiais nem obedecem a procedimentos, simplesmente devem ser obedecidos sempre”. SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 206-207.

³¹⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 301.

réu³¹⁵. A diferença entre as espécies de imputação não se limita ao momento em que estão inseridas na persecução penal, embora ele seja um fator importante, a diferença reside na profundidade e progressividade do juízo manifestado.

Na imputação em sentido amplo há um juízo mais superficial, trata-se da possibilidade de ter sido aquele sujeito o autor daquela conduta delituosa. A imputação em sentido restrito vincula-se a um juízo de probabilidade que está sujeito a uma confirmação de outro juízo de caráter decisório.³¹⁶ O fato descrito na denúncia ou queixa é aquele que já foi objeto de apuração na fase investigatória, constou da imputação em sentido amplo durante a investigação e foi trasladado ao processo assentado em elementos que indicam a probabilidade³¹⁷.

A sujeição do acusado ao processo penal, como se sabe, é orientado pelo princípio *nulla poena sine iudicio* e deve ser exercido através da ação penal. Esta, por sua vez, é iniciada com o oferecimento de uma acusação através de uma peça formal denominada denúncia ou queixa, a depender se ação penal é pública ou privada.³¹⁸ Assim, essas peças correspondem à manifestação da formulação material da acusação, isto é, ao ato que dá início à ação penal³¹⁹. A imputação em sentido estrito é, portanto, aquela contida na acusação manifestada através de denúncia ou queixa.

MARQUES afirma que a “imputação está contida na denúncia, como elemento individualizador da acusação” e deve ser, justamente a imputação, a que está obrigada obedecer os critérios de certeza e determinação, conforme exigido pelo art. 41 do CPP na peça acusatória. Assim, é com base na imputação – na narrativa do fato delituoso e suas circunstâncias tal qual descrito na denúncia ou queixa – que será delimitado

³¹⁵ CARNELUTTI explica que a imputação consiste em sujeitar alguém ao processo e não em formular uma suspeita ou uma dúvida em geral sobre o caráter do réu (tradução livre). CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal. Vol I*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Bosch y Cia, 1950. p. 193.

³¹⁶ É nessa formulação progressiva que se situa a imputação estrita da denúncia ou queixa assentada em elementos colhidos na investigação ou advindos de peças de informação e que indicam a existência do crime e a provável autoria. E é pela sua relevância que a imputação restrita deve escoar-se em base suficiente a respeito da probabilidade de autoria e deve ser formulada de forma clara e precisa, daí a necessidade de manifestar-se em ato formal. FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. p. 157.

³¹⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. A correlação entre imputação e sentença no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 84, v. 18, 2010. p. 324-352.

³¹⁸ Será oferecida denúncia quando tratar-se de ação penal de iniciativa privada (art.24 do CPP) e queixa-crime quando for hipótese de ação penal de iniciativa privada (arts. 30 e 31 do CPP).

³¹⁹ Antonio Scarance Fernandes explica que o “ato pelo qual se propõe a ação é o ato de demandar. É raro usar no processo penal, como se faz com constância no processo civil, os vocábulos ‘demanda’ e ‘demandar’, prefere-se ‘acusar’ e ‘acusação’”. Assim, a “materialização do ato inicial de acusar expressa-se pela denúncia ou pela queixa, que correspondem à petição inicial do processo civil”. FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. p. 152-153.

o pedido, uma vez que este refere-se à “aplicação das penas previstas para a espécie delituosa que na denúncia vem descrita e qualificada”.³²⁰

Há, porém, duas imprecisões que precisam ser apontadas no raciocínio de MARQUES. A primeira delas é que não se pode confundir acusação, imputação, denúncia e queixa. Trata-se de institutos relacionados, porém diversos. A imputação está contida na acusação que, por sua vez, é inserida na denúncia ou queixa. Além disso, o autor identifica a causa de pedir como sendo a própria imputação³²¹ e isso caracteriza a segunda imprecisão, pois embora elas se tangenciem, não são idênticas. “A causa de pedir é elemento da ação penal, revelada essencialmente pelo fato descrito e pela sua qualificação, enquanto a imputação é a atribuição do fato descrito e qualificado a alguém”³²². A equiparação ocorre, na verdade, entre a causa de pedir e o conteúdo da imputação, não a própria imputação.³²³

É em razão da íntima conexão que existe entre a ação penal, a acusação e a imputação e, para delimitar a incidência e os elementos contidos em cada uma delas, que FERNANDES estrutura-as, de maneira extremamente didática, em três círculos concêntricos. O círculo maior é o da ação penal condenatória, no qual se insere o da acusação e, neste, está o círculo menor, da imputação, “pois quem exerce ação condenatória ao mesmo tempo acusa e quem acusa ao mesmo tempo imputa um fato a determinada pessoa”³²⁴. Aliás, a imputação seria insuficiente para singularizar o magistério acusatório, pois lhe faltaria acrescentar “o segundo proceder responsabilizador, a exigência do direito de punir, que é o móvel condutor de toda a acusação”³²⁵.

Assim, a acusação não se confunde com a imputação, seja porque antes de se manifestar a acusação através de denúncia ou queixa já existia imputação – em sentido amplo – seja porque a acusação contém não apenas a atribuição do fato delituoso a alguém, mas também o pedido de imposição da sanção penal correspondente. Ou seja, a acusação

³²⁰ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal. Vol. II. 3ª atualização*. Campinas: Millennium, 2009. p. 149-150 e 236.

³²¹ “Desde a *noticia criminis*, a imputação surge e aparece, embora configurando-se imprecisa e incipiente. Na acusação, a *causa petendi* é a própria imputação”. MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal. Vol. II. 3ª atualização*. Campinas: Millennium, 2009. p. 235.

³²² FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. p. 151.

³²³ Isso porque a imputação é a atribuição de um fato delituoso a alguém, seu conteúdo é exatamente o fato concreto, qualificado como crime e atribuído a alguém. BADARÓ, Gustavo. *Correlação entre acusação ...*, p. 82.

³²⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. p. 150.

³²⁵ OLIVEIRA, Gilberto Callado de. *O conceito de acusação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 30.

abrange a imputação mais o pedido³²⁶ e é apresentada, por primeira vez, na ação penal³²⁷. A imputação, por outro lado, já existe desde a fase de investigação e é introduzida na fase processual como elemento da acusação.

3.2.3 Identidade de imputações x identidade de ações

Antes de prosseguir para o reconhecimento e controle de violações ao princípio *ne bis in idem*, em persecuções penais simultâneas, é necessário esclarecer duas premissas importantes para o trabalho. Como já explicado anteriormente, a imputação, embora parte integrante da ação penal, não se confunde com ela e, por consequência, os elementos identificadores da primeira não se podem confundir com os elementos identificadores da segunda.

O esclarecimento é crucial neste trabalho que, à primeira vista, pode parecer restrito à litispendência no processo penal. É que ao tratar do *ne bis in idem* em sua manifestação processual, a maioria da doutrina voltou-se à discussão sobre sua faceta consecutiva, a coisa julgada. A outra faceta do princípio, incidente em persecuções simultâneas, tem-se concentrado na litispendência, isto é, na existência de duas ações penais idênticas e simultâneas. A análise sobre a identidade de ações penais é desenvolvida a partir da comparação de seus elementos identificadores tal qual utilizado no processo civil: partes, pedido e causa de pedir³²⁸.

As partes são ativa e passiva. A primeira é composta por quem apresenta a acusação e a segunda por quem é acusado. Como no processo penal o órgão acusador será sempre o mesmo, pouco importando se o acusador é público ou privado, bastaria a

³²⁶FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. p. 150. Em sentido contrário, BADARÓ defende a utilização das expressões imputação e acusação como sinônimas por ambas representarem, na sua opinião a formulação da pretensão processual. BADARÓ, Gustavo. *Correlação entre acusação ...*, p. 99, nota 2. No mesmo sentido, CARNELUTTI trata a imputação como “formulación de la pretensión penal” e equipara o uso das expressões imputação e acusação, com a ressalva de ser a acusação a razão da pretensão e a imputação o ato de pretender. CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal. Vol I*. p. 192.

³²⁷ Tampouco deve-se confundir a acusação com a denúncia, é que esta está para aquela como o instrumento está para a obra que por meio dela se consegue. A imputação é, portanto, componente da acusação que, por sua vez, é o instrumento formal através do qual a acusação é apresentada em juízo. OLIVEIRA, Gilberto Callado de. *O conceito de acusação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 35-43.

³²⁸ Essa análise também se dá de maneira mais superficial em manuais de processo penal que restringem o desenvolvimento do tema à explicação da “exceção de litispendência”. A grande maioria de obras nacionais trata do *ne bis in idem* sob a ótica da coisa julgada.

identidade do acusado³²⁹. O pedido, no processo penal, é o de aplicação da sanção penal adequada àquele a quem é dirigida a acusação³³⁰, proporcional à conduta praticada por ele. A causa de pedir, composta pelo fato atribuído e sua qualificação jurídica, é o mais importante elemento para a identificação da ação penal. Assim, em última instância, o ponto crucial de comparação entre duas ações penais é o fato narrado e sua qualificação jurídica, isto é, o conteúdo da imputação.

Os elementos da imputação, por outro lado, são: descrição de um fato, qualificação jurídico-penal desse fato e atribuição a alguém³³¹. Os dois primeiros integram a causa de pedir e o último deve coincidir com o sujeito passivo da ação penal condenatória, uma vez que deve ser oferecida denúncia ou queixa contra aquele a quem é atribuída a prática do fato delituoso.

A conexão entre os elementos da ação e os da imputação é clara e concentra-se na identidade entre o fato delituoso e sua qualificação jurídica. O fato descrito na denúncia ou queixa é, em última análise, o fato imputado ao sujeito passivo da relação processual penal. Há, contudo, uma grande diferença entre centrarmos o estudo nos elementos identificadores da ação penal ou da imputação. Se escolhidos os primeiros, a análise, embora contenha também alguns dos elementos da imputação, estará restrita à fase processual da persecução penal. Caso se opte pelos segundos, haverá a possibilidade de identificar investigações pré-processuais idênticas, também, comparando as imputações (em sentido amplo).

BADARÓ, apesar de considerar a imputação um ato e não um juízo, explica que o objeto da imputação penal é o fato punível atribuído a alguém que sofrerá uma constante valoração ao longo de toda a persecução penal³³². Assim, no processo penal, o que verdadeiramente caracterizaria a pretensão é a imputação³³³. Entendemos, de fato, que a imputação caracteriza a pretensão acusatória, contudo, a imputação é anterior à fase processual e, portanto, passível de caracterizar também a investigação preliminar.

³²⁹ DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*. p. 353. BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. p. 328. LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. p. 527.

³³⁰ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Vol. II. p. 238.

³³¹ FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. p. 154.

³³² “Consequência disso é que a imputação em princípio, não se altera ao longo de todo o processo, mas o juízos que podem se formar a respeito de seu conteúdo podem variar, e certamente variam, em decorrência da progressão que ocorre na transformação da probabilidade em certeza”. BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. p. 580.

³³³ O objeto do processo seria, assim, “o fato-crime imputado a alguém” de modo que tal especificidade autorizaria um tratamento diferenciado do objeto do processo penal em relação ao objeto do processo civil, “embora ambos sejam a pretensão processual”. BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. p. 582.

O que se pretende explicar nos tópicos seguintes é justamente a impossibilidade em restringir a análise de violações ao princípio *ne bis in idem* à fase processual da persecução penal, daí não poder restringir o estudo à identificação de ações penais. É necessário reconhecer também a incidência do princípio na fase pré-processual e, para tanto, é imprescindível identificar quando podem duas imputações serem consideradas idênticas e, conseqüentemente, violadoras do princípio *ne bis in idem*.

3.3 Elementos da imputação

A imputação e seus elementos tem sido alvo de diversos estudos, inclusive em relação aos últimos foram elaboradas diferentes classificações e conteúdos a depender das premissas adotadas. OLIVEIRA classifica os elementos da imputação em três categorias: subjetivos, objetivos (ou materiais) e formais. Na primeira categoria está a pessoa que imputa e a pessoa a quem se imputa. Na segunda categoria encontram-se os fatos revestidos de caráter delitivo e sua classificação jurídica.

Por fim, os elementos formais seriam aqueles “que aludem à forma ou ao modo previsto pela lei para que a imputação seja eficaz”³³⁴. BADARÓ, por outro lado, partindo da premissa que a imputação é o ato processual por meio do qual se formula a pretensão processual, sintetiza os elementos da imputação em três: o fato, a norma e a adequação ou subsunção do fato à norma.³³⁵

Partimos da premissa de que a imputação é o juízo de atribuição de um fato concreto, qualificado juridicamente como ilícito penal, a determinado indivíduo ou grupo de indivíduos. Sendo assim, a imputação, tanto em sentido amplo como em sentido estrito, possui três elementos: i) a descrição de um fato; ii) a qualificação jurídico-penal desse fato e; iii) a identidade do sujeito a quem é atribuído esse fato juridicamente qualificado.

É a partir da comparação desses elementos que será realizada a análise da identidade de imputações e, posteriormente, de investigações e de ações penais.³³⁶

³³⁴ OLIVEIRA, Gilberto Callado de. *O conceito de acusação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 29.

³³⁵ BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. p. 579.

³³⁶ Esses três elementos compõem o conteúdo da imputação, mesmo para aqueles autores que entendem ser a imputação não um juízo mas o próprio ato processual. CARNELUTTI separa os sujeitos da imputação e o conteúdo da imputação. Este último, por sua vez, seria composto por três caracteres: “a) afirmación de un

Concordamos que o objeto da imputação é o fato que foi atribuído a alguém, ou seja, o fato punível atribuído a alguém sofrerá uma constante valoração ao longo da persecução penal³³⁷. É por isso que, entre os elementos da imputação, o que mais desperta dúvidas ao analisar casos concretos é o fato concreto, por isso, esse será o primeiro elemento a ser abordado.

O conceito de fato, para o direito, não é único. O fato, em suma, figura inicialmente como fato previsto na norma (*fattispecie, Tatbestand*) e, depois, como efeito juridicamente qualificado, em virtude da correspondência do fato concreto ao fato-tipo, genericamente modelado na regra de direito. Desse modo, o fato está no início e no fim do processo normativo, como *fato-típico*, previsto na regra, e como *fato concreto*, no momento de sua aplicação.

Por conseguinte, o fato pode ser visto como *elemento de mediação* entre dois elementos que compõem a regra de direito: a previsão que há no *fato tipo*, e o *efeito* que ela atribui à ocorrência ou não do fato genericamente previsto³³⁸. As definições e aplicações apresentadas nos próximos tópicos referem-se ao processo penal, mais especificamente, ao fato como elemento da imputação penal para fins de comparação de identidade de imputações.

3.3.1 Descrição do fato concreto na imputação

Um dos elementos da imputação, e talvez o mais importante a ser analisado para identificação de imputações, é a descrição do fato concreto. FERNANDES ao tratar desse elemento da imputação, refere-se especificamente à imputação em sentido estrito e explica que é necessário um ato processual que narre o fato atribuído à pessoa acusada. Esse ato seria a denúncia ou queixa³³⁹.

Aqui trataremos de ambas espécies de imputação, isto é, entendemos que os três elementos que serão descritos a seguir são componentes tanto da imputação em sentido estrito como em sentido amplo. Aliás, o fato da denúncia ou queixa é o que já foi objeto de

hecho; b) afirmación de un supuesto penal; c) afirmación de conformidad del hecho con el supuesto penal". CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal. Vol IV.* p. 9.

³³⁷ BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal.* p. 580.

³³⁸ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito.* 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 198-199.

³³⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação.* p. 179.

apuração na fase de investigação e constou da imputação em sentido amplo durante essa etapa³⁴⁰.

Contudo, apesar de ser a descrição do fato imputado um elemento necessário à caracterização da imputação tanto em sentido amplo quanto em sentido estrito, a descrição será mais ou menos detalhada a depender da fase da persecução penal³⁴¹. Essa diferença deve-se à própria natureza progressiva do juízo que é a imputação. Na primeira etapa, fase de investigação, ainda há uma imagem ampla e desfocada do evento histórico que deu início à persecução. Conforme a imagem vai se tornando nítida e seu foco é ajustado pelas diligências investigatórias, forma-se a imagem do fato processual que será levado à apreciação da autoridade judicial mediante denúncia ou queixa-crime.

O fato descrito na imputação é sem dúvida um acontecimento histórico, um trecho da realidade, na sua porção correspondente a uma norma legal e que é apresentado no formato de uma hipótese. Essa hipótese infere que aquele trecho da realidade corresponde a uma situação cominada em lei penal, tendo por base elementos probatórios colhidos que levaram à conclusão de correspondência. Assim, não se trata de uma simples adução, não há apenas a dedução da premissa de fato; há uma verdadeira descrição de um contexto fático o qual aparenta corresponder a um ilícito penal.

E como hipótese, essa afirmação ganha progressivamente mais elementos de sustentação na medida em que avança a persecução penal, podendo ao final ser confirmada ou negada. Essa confirmação ou negação estará intimamente relacionada com os elementos trazidos a juízo para respaldar a correspondência entre o fato concreto e o fato previsto na norma. Frise-se que o fato concreto, no processo penal, deve ser apresentado e descrito em sua integralidade, não podendo o sujeito ativo da imputação excluir uma porção ou optar apenas por determinado dado fático dentro do mesmo contexto³⁴².

Antes de prosseguir, é necessário esclarecer o que se entende por fato histórico e por fato processual, qual é a diferença entre eles e qual é descrito na imputação.

³⁴⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. p. 180.

³⁴¹ Ao tratar do fato como objeto da imputação, BADARÓ bem explica que há um juízo progressivo que se forma sobre esse objeto ao longo da persecução penal. BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. p. 580. Embora o autor retrate um juízo sobre a imputação e aqui tenhamos assumido como premissa que a imputação em si é um juízo, o retrato feito pelo autor desde o início da investigação criminal até a sentença, coincide com a progressão que apresentamos especialmente quando comparadas a imputação em sentido amplo e em sentido estrito.

³⁴² Em contraposição ao processo civil no qual ao autor é possibilitado expor apenas uma parcela do fato da natureza, desde que seja suficiente para caracterizar os elementos constitutivos de uma determinada relação jurídica.

3.3.1.1 Fato histórico, fato penal e fato processual penal

O fato objeto de análise no processo penal é um fato enquadrável em um tipo penal³⁴³. É a descrição desse fato, como elemento componente da imputação, que constitui o fator mais problemático ao se analisar a identidade de persecuções penais. Não é o único fator, pois a qualificação jurídico-penal e a identidade do imputado também serão objeto de discussão. Contudo, é sobre o fato concreto que se estabelece o maior número de discussões³⁴⁴. As principais têm sido estabelecidas no campo da correlação entre acusação e sentença ou ao tratar dos limites objetivos da coisa julgada. Neste trabalho será abordado o tema com uma perspectiva aplicável aos casos de imputações idênticas e simultâneas, seja na fase investigatória ou na judicial³⁴⁵.

POZZER define *fato penal* como o “acontecimento humano, positivo ou negativo, descrito, modelado abstratamente, em tipo penal, ou seja, hipótese de conduta com prévia reprovação legal, decorrente do *princípio da legalidade*” e *fato processual penal* como a “ocorrência histórica, concreta, destacada da realidade, objeto do processo penal, atribuído ao acusado, para comprovação de sua realidade”³⁴⁶. A esses dois conceitos precisamos acrescentar o fato histórico, aquele ocorrido no âmbito da realidade, apreciado de uma maneira total. Isso porque o fato penal e o fato histórico tem na sua interligação o fato processual.

O fato abstratamente cominado, fato penal, prevê uma situação pontual para a qual está prevista uma determinada consequência jurídica. Já o fato histórico corresponde a uma situação da realidade que pode ou não incluir elementos correspondentes à situação abstratamente prevista em norma. O fato processual corresponde à interligação entre o fato

³⁴³ BADARÓ explica que há diferença entre o conceito de fato para o direito penal e para o processo penal. Enquanto o fato processual penal é um acontecimento histórico concreto, um fato naturalístico realizado pelo autor e introduzido no processo através da imputação, na concepção do direito penal é uma entidade extraída de uma situação hipotética, de um tipo penal. BADARÓ, Gustavo. *Correlação entre acusação e sentença*. p. 101.

³⁴⁴ Ocorre que o fato histórico está integrado por uma série quase infinita de elementos de maior ou menor importância que se entrelaçam mutuamente, isso faz com que seja necessário determinar sua unidade desde um ponto de vista concreto a partir do qual são estabelecidos limites específicos do complexo fático. MELLADO, José María Asencio. *Sistema Acusatorio y Derecho de Defensa en el Proceso Penal*. 1ª Ed. Lince: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, 2008. p. 101.

³⁴⁵ Enquanto no âmbito da correlação acusação e sentença a discussão é focada na possibilidade de mudanças no objeto do processo, sem que isso represente uma quebra da regra da correlação, e portanto trata-se de uma comparação interna entre acusação e sentença de um mesmo processo. Ao analisar o tema dupla imputação a comparação é feita de maneira externa, entre a imputação do processo e outra imputação em outro processo, portanto, externa ao primeiro.

³⁴⁶ POZZER, Benedito Roberto Garcia. *Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2001. p. 67.

penal e o fato histórico, isto é, àquele trecho da realidade que corresponde à situação abstratamente prevista em lei. Tanto o fato penal quanto o fato histórico podem ser mais abrangentes que o fato processual podendo ilustrar-se as definições em dois círculos grandes que se entrelaçam formando uma área em comum que corresponderia ao fato processual penal³⁴⁷.

Antes de prosseguir é necessário apontar a reflexão propícia de BETTIOL que indica que não há dois fatos a serem comparados. Há apenas um fato e a comparação deve ser estabelecida entre as representações desse fato, em persecuções diversas.³⁴⁸ Especialmente no âmbito do *ne bis in idem*, o cerne da análise é a igualdade de fatos tipicamente penais atribuídos ao mesmo sujeito em duas persecuções penais distintas. A representação que cada persecução apresenta do mesmo fato pode aparentar tratar-se de fatos distintos, porém, a análise deve ser minuciosa e abranger o fato em si e não apenas sua representação.

O trecho da realidade correspondente à norma penal é o mesmo durante todo o processo. A questão é verificar se as representações desse fato feitas em persecuções e etapas diferentes são diversas. CALADO explica que é relevante a modificação do fato processual enquanto evento ocorrido no mundo dos homens, mesmo que não haja alteração do fato penal³⁴⁹. Nessa ideia de representação deve estar inserida também a de corte progressivo e sistemático no fato, a depender do momento da persecução. Isso porque o retrato do fato contido na imputação da fase investigatória é consideravelmente mais amplo que o retrato do fato que será analisado para fins de correlação entre a imputação e a sentença.

O fato processual é um fato concreto, com circunstâncias de espaço e tempo que o caracterizam, que pode ser encaixado em uma classificação jurídico-penal. Em fase de investigação, o retrato que se tem do fato é muito amplo e contempla tanto o núcleo que será objeto de qualificação jurídico-penal como também essas circunstâncias

³⁴⁷ O fato penal pode corresponder a um tipo penal alternativo, por exemplo, que contém várias condutas, mas no fato processual basta que exista uma delas. O fato histórico também pode conter diversas circunstâncias que podem não ser relevantes do ponto de vista de fato processual penal.

³⁴⁸ BETTIOL, Giuseppe. *La correlazione fra accusa e sentenza nel processo penale*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1936. p. 37-38. Embora o autor expressamente advirta que tratará da identificação da ação penal limitada à correlação entre acusação e sentença, a advertência acerca das diversas representações do mesmo fato pode também ser aplicada ao âmbito da dupla imputação e *ne bis in idem*. É que as diversas persecuções podem apresentar representações distintas do mesmo contexto fático e, assim, provocar uma violação ao *ne bis in idem* sob a falsa impressão de que se tratam de fatos diversos.

³⁴⁹ CALADO, Fábio. *Correlação entre acusação e sentença*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 66.

“acessórias” que permitem individualizá-lo como fato concreto. Ao ser oferecida denúncia ou queixa, aquele fato sob investigação é delimitado pela prova da materialidade e os indícios de autoria obtidos; trata-se, pois, de um recorte processual que servirá de parâmetro para a representação do fato que deverá estar contida na sentença.

Assim, não é possível transpor os argumentos e conceitos desenvolvidos para fins de correlação entre acusação e sentença ao âmbito da dupla imputação. Embora a delimitação do fato seja um elemento importante em matéria tanto de dupla imputação como de correlação entre acusação e sentença, a definição de fato em cada um desses assuntos deve respeitar suas particularidades³⁵⁰.

Especificamente em matéria de dupla imputação, a definição de fato deve levar em conta as particularidades de cada etapa processual, mantendo-se um núcleo essencial que permita uma comparação entre a representação dada na fase de investigação e aquela apresentada em fase processual para, se for o caso, inibir uma violação ao *ne bis in idem*. É exatamente nesse ponto que se encaixa o presente trabalho. A definição de fato desenvolvida ao longo deste capítulo destina-se a identificar um núcleo essencial que permita identificar imputações idênticas e simultâneas ainda em fase de investigação.

BADARÓ, ao tratar do tema de correlação e acusação, afirma que esta assegura a imutabilidade do objeto ao longo do processo, porém, após decidida a pretensão, é o *ne bis in idem* que assegura que não se volte a discutir esse mesmo objeto³⁵¹. O presente trabalho destina-se, justamente, a desenvolver mecanismos de identificação de hipótese de dupla imputação simultânea de forma a evitar que seja o imputado submetido ao ônus de uma investigação criminal e/ou a um processo penal por algo que já está submetido a apreciação ou investigação, sem que para isso deva esperar que uma sentença seja proferida. Há uma preocupação especial em evitar que seja o imputado obrigado a esperar a prolação de uma decisão para então garantir que o objeto desta não será novamente alvo de análise e/ou investigação criminal.

O fato narrado na imputação “é um acontecimento histórico, um trecho da realidade, um momento de uma contínua e incessante evolução, e que, por se amoldar a um

³⁵⁰ É essa também a conclusão de BADARÓ: “o conceito de fato para fins de correlação entre acusação e sentença não é o mesmo que para o *ne bis in idem*. Em outras palavras, embora ambos os institutos se liguem ao fato imputado, considerado como objeto do processo penal, por serem institutos diferentes, implicarão diversidade de extensão de tal conceito”. BADARÓ, Gustavo. *Correlação entre acusação ...*, p. 138.

³⁵¹ BADARÓ, Gustavo. *Correlação entre acusação ...*, p. 133.

tipo penal, é destacado”³⁵². Por tratar-se de um fato concreto, a descrição contida na imputação deve identificá-lo plenamente como acontecimento histórico por circunstâncias que o delimitam no tempo e no espaço e, assim, o distingam de outro eventual fato naturalístico.

Para o processo penal interessa aquele recorte do fato histórico que corresponde a um tipo penal específico. Assim, é necessário realizar um corte no espaço e no tempo e descobrir “as circunstâncias necessárias para identificar uma infração penal, transpondo para o processo os dados que, reunidos, configuram, segundo prévia descrição normativa, crime ou contravenção”³⁵³. A imputação contém a descrição desse fato de maneira hipotética, que se supõe possível ou provável (a depender da etapa da persecução) com base nos elementos colhidos até então³⁵⁴. O fato da natureza é único; o que pode ser alterado é a descrição que se insere desse fato histórico no processo, daí a necessidade em definir o núcleo desse fato histórico de modo a identificá-lo ainda que as representações contidas nas descrições de duas imputações possam ser diferentes.

MAIER explica detalhadamente o que ele denomina de “identidad objetiva” entre duas demandas. De acordo com o autor argentino, a regra genérica que governa o princípio do *ne bis in idem* prescinde, à primeira vista, de toda valoração jurídica do fato. O conteúdo do princípio pode ser traduzido no impedimento de que a imputação concreta, como atribuição de um comportamento determinado historicamente se repita, qualquer que seja o significado jurídico a ele outorgado³⁵⁵.

*Se mira al hecho como acontecimiento real, que sucede en un lugar y en un momento o período determinados, sin que la posibilidad de subsunción en distintos conceptos jurídicos afecte la regla, permitiendo una nueva perspectiva penal, bajo una valoración distinta de la anterior*³⁵⁶.

Em conclusão, duas imputações serão idênticas e, portanto, não permitem persecuções penais distintas simultâneas ou sucessivas, quando o fato imputado consiste na

³⁵² FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. p. 180.

³⁵³ FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. p. 180.

³⁵⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. p. 180-181.

³⁵⁵ MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal I: fundamentos*. 2ª Ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004. p. 606-607.

³⁵⁶ MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal I: fundamentos*. 2ª Ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004. p. 608.

mesma ação ou omissão concreta, com todas suas circunstancias caracterizadoras, ainda que elas sejam afirmadas apenas de maneira hipotética.

3.3.1.2 Identificação do fato imputado

Há vários métodos apresentados pela doutrina para identificação do fato descrito que são, comumente enquadrados na teoria naturalista ou na teoria normativa³⁵⁷. As vertentes apresentadas a seguir foram desenvolvidas no âmbito da correlação entre acusação e sentença, contudo, será útil o exercício de adequação ou inadequação desses métodos para aplicação na tentativa de identificação entre duas imputações simultâneas.

Sobre a existência de um critério para identificação do fato, CABIEDES explica que seria muito arriscado negar a existência de qualquer tipo de critério, pois tal conduta “supone de antemano la renuncia la búsqueda de un tratamiento general de una figura que tiene que estar presidida por un fuerte criterio de justicia pero también de seguridad”³⁵⁸. Continua o autor argumentando que seria arriscado “desconocer en absoluto *a priori* a qué criterios generales debe atender el juez, preferentemente, para declarar la litispendencia o la cosa juzgada, o para atemperar su sentencia a la acusación”³⁵⁹.

A primeira vertente classifica os elementos do fato em duas categorias: essenciais e acidentais. Os elementos essenciais referem-se aos elementos que compõe o tipo penal. São aqueles utilizados como parâmetro para se verificar o que deve ser transposto da realidade para o processo. Já os elementos acidentais são aqueles que identificam o fato como acontecimento histórico, são circunstâncias que o delimitam no tempo e no espaço e, assim, o distinguem de outro evento naturalístico³⁶⁰.

³⁵⁷ Segundo a denominada *teoria naturalista* o fato é considerado na sua forma natural sem levar em consideração a classificação jurídica. Na *teoria normativista* o fato é concebido desde o ponto de vista natural mas com identificação jurídica, “el objeto del proceso es el acaecer real reducido a una configuración unitaria, atendiendo al modo como el legislador penal configura las unidades de la conducta humana a las que llama delitos o faltas”. AROCA, Juan Montero; COLOMER, Juan Luis Gómez; REDONDO, Alberto Montón; VILAR, Silvia Barona. *Derecho jurisdiccional III*. 18ª Ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2010. p. 103.

³⁵⁸ CABIEDES, Eduardo Gutierrez de. *Estudio de Derecho Procesal*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1974. p. 522.

³⁵⁹ CABIEDES, Eduardo Gutierrez de. *Estudio de Derecho Procesal*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1974. p. 522.

³⁶⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. p. 180-181. BENE explica que “il fatto e il complesso degli accadimenti che integrano il reato nella sua giuridica configurazione di elementi costitutivi e circostanziali di cui esso consta”. BENE, Tereza. *Reato permanente e modifica dell'imputazione*. Il foro italiano. Nov. 1995. p. 644.

Ao tratar da identidade de representações do fato imputado para fins de correlação entre acusação e sentença, parte da doutrina entende que deve haver identidade entre os elementos essenciais do tipo, eventual modificação dos elementos acidentais não violaria a regra da correlação. GRIECO explica que no processo penal, como está em risco a liberdade do indivíduo, deve prevalecer o critério jurídico³⁶¹. CABIEDES afirma que o importante para a permanência inalterável do fato considerado processualmente é a subsistência do seu objeto normativo, sendo entendido como a essência do tipo penal³⁶². BATTAGLINI relaciona a identidade do fato à atividade concreta do réu e não ao interesse lesado por tal conduta³⁶³.

Embora tal critério, em teoria, possa parecer lógico e adequado, o problema reside na confusão de elementos acidentais do fato e do tipo penal. E mais, não é rigorosamente definido o que será considerado elemento essencial e elemento acidental. Sabe-se que o fato permanece igual se o elemento essencial for inalterado. Porém, o que constitui esse elemento essencial não é claro. As explicações esbarram na confusão entre elemento essencial do fato e elementos essenciais do tipo penal.

Aceitar tal posicionamento seria reduzir o fato processual ou tentar enquadrá-lo em uma categoria do direito penal, o que não é correto pois a consideração de relevância deve ter em mira o fato processual e não o fato penal. Assim, se o fato processual é um concreto acontecimento histórico que se atribui ao réu, é possível que existam mudanças fáticas relevantes, do ponto de vista processual, embora elas não sejam relevantes na perspectiva do tipo penal invocado.³⁶⁴

³⁶¹ “Per noi, il fatto rimane identico quando, pur modificandosi un elemento accidentale, privo di rilevanza giuridica fatto”. GRIECO, Antonio. In tema di correlazione tra accusa e sentenza. *La giustizia penale*. Parte. III, 1952. p. 484-4854.

³⁶² “En el hecho punible, el elemento principal es ese elemento normativo que hace que aunque los elementos accidentales cambien, el hecho procesalmente sea el mismo (...) Acusado el imputado, por ejemplo, de adulterio poco importa cuántas veces éste se haya consumado, ya que el objeto normativo – esencia del tipo – permanece inalterado, por más que varias veces históricamente se haya repetido el hecho”. CABIEDES, Eduardo Gutierrez de. *Estudio de Derecho Procesal*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1974. p. 527.

³⁶³ BATTAGLINI, Giulio. L'interruzione della prescrizione e la questione dell'identità del fatto. *Rivista Italiana di Diritto Penale*, 1953. p. 551.

³⁶⁴ Explica BADARÓ que a distinção entre elementos essenciais e acidentais do delito leva em conta o conceito penal-material de fato e o acontecimento histórico, como todo fato da vida é incindível. Não possui essência ou circunstância, tal distinção só pode ser feita se tiver em vista considerações relacionadas ao tipo penal, não ao fato concreto. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença*. p. 107.

A segunda corrente leva em consideração a ação e o resultado delitivo³⁶⁵. Segundo ela, o fato processual permanece idêntico não só quando resta inalterada a ação ou atividade desenvolvida pelo imputado, mas também, quando mesmo variando a atividade delitiva, essa tenha se dirigido contra o mesmo bem penalmente tutelado. Assim, não seria a forma, mas a substância do fato que assumiria o papel decisivo para se estabelecer processualmente sua identidade³⁶⁶. BATTAGLINI parte dessa corrente para explicar que para haver identidade do fato, não basta que permaneçam idênticos o interesse lesado ou a coisa que foi objeto da ação criminosa, mas também que o ato concreto do réu seja igual em sua essência, embora possa ser diverso em seus elementos acessórios.³⁶⁷

A corrente traz, sem dúvida, a interessante contribuição de “unidade da ação”. Porém, atrelar a identidade de fatos imputados ao bem jurídico lesado pode acarretar graves consequências no âmbito da aplicação do princípio *ne bis in idem*. A principal delas é a possibilidade de oferecer nova denúncia ou queixa se o bem jurídico lesado for diverso, assim considerado em razão de uma qualificação jurídica distinta³⁶⁸. Utilizar tal critério, porém, seria incompatível com aqueles delitos que admitem tanto a modalidade culposa

³⁶⁵ Ao tratar da teoria naturalista de definição do fato, MELLADO expõe que com base nessa teoria tem-se entendido que “para determinar la unidad del hecho al dato relativo a la voluntad del autor; se ha argumentado la existencia de unidad en tanto subsista una relación entre el plan del artífice del acto y el resultado natural de la acción”. MELLADO, José María Asencio. *Sistema Acusatorio y Derecho de Defensa en el Proceso Penal*. 1ª Ed. Lince: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, 2008. p. 105.

³⁶⁶ BETTIOL trata desse assunto ao abordar o que ele denomina de “erro inabilidade” ou “crime aberrante”. Assim, se um sujeito agiu com consciência e vontade, teve em mira um determinado evento, e esse resultado chegou a concretizar-se apesar do desvio do nexos causal, tal desvio deve ser desconsiderado. “É o caso da mãe que querendo desfazer-se do próprio filho ilegítimo atira-o ao rio a fim de que se afogue, vindo este a morrer, não por afogamento, mas em virtude de fratura da calota craniana por ter se chocado contra uma rocha que aflora das águas”. BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. Vol. 2 Tradução de Paulo José da Costa Júnior e Alberto da Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. p. 257-258.

³⁶⁷ Segundo o autor, quando há interrupção do nexos causal inexistente fato material e isso é suficiente para negar a responsabilidade do imputado. Basta efetivamente, que falte um elemento essencial da infração para que ela não subsista”. BATTAGLINI, Giulio. *A interrupção do nexos causal*. Braga: Scientia Iuridica, 1958. p. 70. “Per ammettere l’identità del fatto non basta, come ha ritento talvolta la Corte Suprema tedesca, che rimangano identici l’interesse leso oppure la cosa che è stata oggetto dell’azione criminosa (identità del sostanziale contenuto anti-giuridico di due fatti esteriormente diverse (...)) na occorre che l’atto concreto del reo sia nella sua essenza uguale, se pru diverso negli elementi accessori o anche suscettibile di diversa definizione” BATTAGLINI, Giulio. *L’interruzione dela prescrizione e la questione dell’identità del fatto*. Rivista Italiana di Diritto Penale, 1932. p.551.

³⁶⁸ É o caso, por exemplo, de um crime considerado homicídio em uma primeira denúncia e, conseqüentemente, a conduta é considerada lesiva ao bem jurídico da vida. Posteriormente, nova denúncia é oferecida por crime de latrocínio, cujo bem jurídico lesado é o patrimônio, porém, o contexto fático é exatamente o mesmo em ambas as situações. No mesmo sentido MELLADO afirma que tal concepção foi desterrada do processo penal por diversas razões, por exemplo, um mesmo fato poderia configurar um único fato e constituir objeto processual independente toda ação realizada com um objetivo específico, “tales como el robo del arma para cometer asesinato; el robo de la cartera con cuyo producto comprar el billete del autobús para acudir al lugar donde se cometió la violación, etc”. MELLADO, José María Asencio. *Sistema Acusatorio y Derecho de Defensa en el Proceso Penal*. 1ª Ed. Lince: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, 2008.

quanto a dolosa, uma vez que o bem jurídico seria o mesmo³⁶⁹. Tal critério se choca de frente também com figuras penais tais como concurso de crimes e crime continuado.

Por fim, a terceira corrente funda-se no prejuízo que a alteração pode causar à defesa para a identificação do fato. Ou seja, o direito de defesa é utilizado como critério para determinar a ocorrência da alteração do fato processual, ou seja, se a diversidade implicou prejuízo para a defesa, considera-se que o fato foi alterado, caso contrário entende-se que o fato se manteve inalterado³⁷⁰. NUVOLONE vai além e entende que o elemento subjetivo é importante para a identificação do fato imputado, assim, na descrição do fato imputado haveria também que incluir os elementos subjetivos ou de causalidade psíquica³⁷¹.

Essa última corrente parece ser a mais perigosa e inadequada, tanto no âmbito da correlação quanto no da dupla imputação³⁷². Não é correto incluir o elemento subjetivo entre os elementos de identidade do processo porque essa causalidade psíquica não pertence ao fato processual, já que este é um acontecimento concreto; a intenção ou vontade do agente que comete o delito não é um fato, situa-se no mundo interno do agente³⁷³. Serão os fatos e a forma pela qual o autor cometeu o delito que indicarão o elemento subjetivo do agente³⁷⁴ já que “parece difícil que uma mesma situação fática possa

³⁶⁹ “No menos difícil resulta con el criterio voluntaria, explicar cómo el mismo hecho no cambia, una vez atribuido a culpa y otra a dolo, ya que la voluntad interna en uno y otro caso es claramente diferente”. CABIEDES, Eduardo Gutierrez de. *Estudio de Derecho Procesal*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1974. p. 525-526.

³⁷⁰ MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto processuale penale italiano. Vol. IV*. 6ª Ed. Torino: Editrice Torinese, 1972. p. 396.

³⁷¹ A análise é feita sobre um fato concreto atribuído a determinado sujeito, por isso, NUVOLONE explica que “ha importanza non solo il fatto nella sua materialità, ma anche il legame che passa tra il fatto e la persona. Ciò non significa, naturalmente, che il giudice non sia libero di valutare se si tratti di reato doloso, colposo o preterintenzionale: questo è problema di qualificazione giuridica. Significa solamente che nella fattispecie concreta (...) oggetto della imputazione, rientrano anche gli elementi soggettivi o della causalità psichica”. NUVOLONE, Pietro. *Contributo alla teoria della sentenza istrutória penal*. Padova: Cedam, 1969. Pp. 125.

³⁷² No âmbito da correlação entre acusação e sentença, BADARÓ explica que o critério da defesa é importante, mas não pode funcionar como critério exclusivo na determinação dos aspectos fáticos integrantes do objeto do processo que podem ou não ser alterados. A violação do direito de defesa não pode ser tida como condição para a aplicação das regras de correlação, mas, ao contrário, a violação de tais regras tem como consequência a violação da defesa. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença*. p. 112-113.

³⁷³ CAVALLO explica que fato é a modificação do mundo exterior embora não seja qualquer modificação do mundo que interessa ao direito penal. Assim, “perchè um fato possa richiamare l'intervento del giudice penale occorre che sia un fatto che produca delle conseguenze giuridiche penali, che possa cioè qualificarsi reato (...) il fatto contestato in accusa deve essere un fatto, cioè un avvenimento che possa qualificarsi reato e sia attribuibile ad un uomo”. CAVALLO, Vincenzo. *La sentenza penale*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1936. p. 296.

³⁷⁴ O dado subjetivo apenas pode ser apreendido por via dos elementos objetivos, na passagem do extrínseco conhecido para o intrínseco desconhecido. “É com base nos acontecimentos anteriores, concomitantes e

indicar que o delito foi cometido de forma culposa ou dolosa”, a mudança do elemento subjetivo decorrerá provavelmente de alterações dos dados fáticos da imputação que passarão a indicar uma figura subjetiva diversa.³⁷⁵

Em se tratando de dupla imputação, a inadequação dessa última corrente é ainda mais evidente. Não se poderia considerar diferentes dois fatos imputados a um sujeito se apenas o elemento subjetivo fosse modificado. Por exemplo, um caso de homicídio no qual já foi oferecida denúncia contra o acusado e, durante a fase de instrução, apura-se que não haveria evidências de que o crime fora cometido dolosamente. Inicia-se então nova investigação, ou pior, com base nos elementos colhidos na primeira investigação, é oferecida nova denúncia em um juízo distinto na qualidade culposa. Trata-se do mesmo contexto fático, das mesmas circunstâncias temporais e locais, do mesmo sujeito e das mesmas evidências colhidas, seria um caso claro de *bis in idem* aceitar a nova denúncia na modalidade culposa³⁷⁶.

3.3.1.3 Definição de fato para fins de identificação de imputações iguais e simultâneas

Estabelecer uma definição de fato é, certamente, uma tarefa complexa já que o fato nada mais é do que um fragmento da história. MELLADO explica que um fato é a soma de múltiplos componentes e a conversão dessa pluralidade em unidade depende de um critério eminentemente finalista e varia conforme o observador e a função pretendida³⁷⁷. É por isso que a definição de fato para as diversas espécies de imputação não pode ser idêntica, o observador e o fim a que cada definição de fato se presta são diferentes na imputação em sentido amplo e na imputação em sentido estrito.

Ao tratar do que chama das questões, sucessivas e articuladas, que integram a imputação, OLIVEIRA destaca a *quaestio facti* e a *quaestio iuris*. Interessa neste tópico,

mesmo nas atitudes posteriores, que se pode, em vista da experiência comum e da lógica, deduzir o elemento interior, condutor da ação ou omissão praticada”. REALE JÚNIOR, Miguel. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017.p. 72.

³⁷⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença*. p. 111.

³⁷⁶ MAIER ao abordar o assunto explica que na lei argentina “lo que se persiguió como un hecho punible consumado no soporta nueva persecución como tentativa (...) ello no es admisible, ni aun bajo el pretexto de un error fáctico o jurídico, salvo el caso excepcional del recurso de revisión a favor del condenado”. MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal I: fundamentos*. 2ª Ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004. p. 607.

³⁷⁷ MELLADO, José María Asencio. *Sistema Acusatorio y Derecho de Defensa en el Proceso Penal*. 1ª Ed. Lince: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, 2008. p. 99.

especificamente, a primeira questão que versa sobre o acontecimento real e, portanto, “sobre todas as circunstâncias que possam influir na fixação do caso jurídico-penal” pois das numerosas particularidades e fatos individuais que integram a figura delitiva, o autor extrai sete circunstâncias fundamentais: *quis* (quem), *quid* (o que), *ubi* (onde), *quibus auxiliis* (com que auxílio), *cur* (por que), *quomodo* (de que modo), *quando* (quando).³⁷⁸

De fato, essas circunstâncias auxiliam na individuação do fato e, portanto, sua comparação permite identificar se há semelhança entre os fatos imputados. Isso ocorre porque as circunstâncias descritas acima permitem estabelecer o cenário fático do qual será recortada a conduta típica. Esse cenário refere-se ao fato concreto, histórico e que será hipoteticamente construído ao longo da persecução penal.

Especificamente sobre o fato que compõe a pretensão objeto do processo penal, LOPES JR. explica que esse é o fato natural – *factae nudaе* – visto como a soma de acontecimentos concretos, históricos, despidos da qualificação jurídica. Aliás, no sistema brasileiro, em razão desse entendimento há aplicação do “princípio *jura novit cúria* amparado pela regra do *narra mihi factum dabo tibi jus*”³⁷⁹. CABIEDES explica como acertada a conclusão derivada dessa acepção naturalística segundo a qual é possível modificar o tipo penal permanecendo imutável o fato³⁸⁰.

MELLADO, porém, alerta que esses dados não são suficientes para individuar o fato já que “puede suceder que en un mismo tiempo o lugar, de manera simultánea concurren conductas en sí distintas para el Derecho procesal” ou ainda pode ocorrer de uma unidade própria desde o ponto de vista processual não esteja embutida em um lapso temporal determinado em relação ao seu resultado³⁸¹.

³⁷⁸ OLIVEIRA, Gilberto Callado de. *O conceito de acusação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 166. Inicialmente a definição foi elaborada por ALMEIDA JUNIOR, João Mendes. *O processo criminal brasileiro*. Vol. 2. 2ª Ed. São Paulo: Typ. Aillaud, Alves & Cia, 1911. p. 166.

³⁷⁹ LOPES JR., Aury. Desconstruindo a teoria da pretensão punitiva de Binding enquanto objeto do processo penal. In *Ensaio em homenagem ao Professor Alberto Rufino Rodrigues de Sousa*. Ney Fayet Júnior (Org.). Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003. p. 148.

³⁸⁰ “Esto es cierto y de insospechadas consecuencias para las tres figuras observadas (litispendencia, cosa juzgada y correlación). Así, calificado por la acusación el hecho material como de homicidio frustrado, el Tribunal podrá castigarlo como de lesiones, y siendo una u otra la tesis de la sentencia precluye toda posibilidad de cualquier calificación en un segundo proceso sobre aquel mismo hecho material”. CABIEDES, Eduardo Gutierrez de. *Estudio de Derecho Procesal*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1974. p. 524.

³⁸¹ Como exemplo o autor cita “lesiones de las que se deriva meses más tarde la muerte”. MELLADO, José María Asencio. *Sistema Acusatorio y Derecho de Defensa en el Proceso Penal*. 1ª Ed. Lince: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, 2008. p. 107. Também CABIEDES explora a questão das lesões explicando que “hechos históricos y naturalmente diversos se presentan a los efectos del proceso penal como una unidad. No puede dudarse que históricamente el hecho de la agresión homicida es absolutamente

Esse fato natural corresponde a um fragmento concreto da realidade e a ele se refere a imputação, como elemento integrante da pretensão processual. A notícia desse fragmento da realidade é que inicia a persecução penal. Contudo, o conhecimento que se tem sobre o fato natural e suas circunstâncias difere, em grau de amplitude e profundidade, nas diferentes etapas dessa persecução.

Ao iniciar uma investigação, há um conhecimento preliminar sobre o fato, seus agentes e as circunstâncias que os envolvem. Na medida em que avança a persecução o fragmento da realidade ganha contornos e detalhes que antes não possuía e, nem era exigido que possuísse. É em razão dessa diferença no grau de cognição do fato que não é possível restringir a definição de fato imputado apenas àquele fato processual constante na denúncia ou queixa.

O fato histórico, como fragmento da realidade, deverá ser o mesmo desde a instauração do inquérito policial até a sentença final. Ocorre que, na aplicação do princípio de *ne bis in idem* é necessário identificar duas imputações iguais e simultâneas. Sendo o fato imputado um dos elementos da imputação é necessário analisar a identidade dos fatos, e mais, é igualmente necessário relacionar essa definição de fato a cada espécie de imputação. No âmbito da investigação preliminar há uma cognição ainda superficial dos fatos e as evidências reunidas ainda são escassas. Por isso, é necessário considerar uma definição ampla de fato imputado nessa fase já que a superficialidade da cognição fática não pode servir de escusa para instalar diversas investigações idênticas e simultâneas sobre o mesmo fato.

Diverso é o caso da imputação em sentido estrito. O fato imputado, na fase processual, já está mais bem delimitado, determinado e apoiado em evidências colhidas ao longo da fase investigatória. Não é por outra razão que a denúncia ou queixa deve conter uma exposição detalhada do fato com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo e a classificação do crime³⁸². Ou seja, na fase processual já há uma delimitação do contexto fático em que se

distinto de la muerte sobrevenida días o incluso meses después (...) la acusación por el primero no se modifica por la condena por el segundo, y correlativamente el primero produce el *ne bis in idem* respecto al segundo”. CABIEDES, Eduardo Gutierrez de. *Estudio de Derecho Procesal*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1974. p. 524-525.

³⁸² Art. 41 do CPP: “A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas”.

desenvolveu a ação delitativa, bem como, os agentes que participaram do ato e a contribuição de cada agente, afinal, havendo pluralidade de agentes a conduta de cada um deve estar individualizada na denúncia³⁸³.

Em matéria de correlação entre acusação e defesa, as questões relativas à identidade do fato imputado e do fato considerado na sentença não puderam ser resolvidas de um ponto de vista abstrato. Faz-se necessário analisar em cada caso concreto a relevância da alteração fática para o exercício do contraditório, uma vez que a regra da correlação tem por objetivo preservar o princípio do contraditório³⁸⁴. Esse critério, em brevíssimo resumo, traduz a ideia de que não haverá identidade entre o fato imputado e o fato considerado na sentença se houver entre eles diferenças relevantes do ponto de vista processual. E a relevância processual deve ser buscada na violação do exercício do contraditório.

Quando se trata de dupla imputação simultânea, há uma diferença essencial em relação à correlação. Na primeira, a comparação entre fatos é feita de maneira extrínseca, são comparados fatos imputados em duas persecuções penais diferentes, ao passo que na correlação, são comparadas duas representações do mesmo fato, dentro da mesma persecução, em momentos diferentes. Além disso, o critério de violação do contraditório não pode imperar integralmente no âmbito da dupla imputação, especialmente quando se tratarem de duas imputações em sentido amplo, já que ainda haverá oportunidade de exercício do contraditório em sentido técnico-jurídico.

Se o fato imputado deve ser considerado de forma mais ampla para efeitos de coisa julgada em face da correlação acusação e sentença, a amplitude é ainda mais evidente no âmbito da dupla imputação. Isso porque, as persecuções ainda estão pendentes de decisão – no caso da imputação em sentido estrito não há sequer oferecimento denúncia ou queixa – e detectada uma parcela do fato naturalístico que deva integrar o fato imputado, ela pode ser inserida na pretensão apresentada a tempo da apreciação judicial³⁸⁵.

³⁸³ STF, Pet. 5.629/DF. 1ª Turma. Rel. Min. Rosa Weber. J. 24/05/2016. STF, HC 104.420/BA, 2ª Turma. Rel. Min. Ayres Brito, j. 10.04.2012. STJ, HC 205.562/SP. Rel. Min. Jorge Mussi, j. 07.05.2013.

³⁸⁴ BADARÓ, Gustavo. *Correlação entre acusação e sentença*. p. 113-121.

³⁸⁵ BETTIOL explica que no âmbito da correlação entre acusação e sentença é necessário um aditamento da denúncia para que a autoridade judicial possa apreciar uma circunstâncias agravante ou modificativa do tipo penal na sentença, uma vez que a sentença está circunscrita à acusação da qual se defendeu o réu. BETTIOL, Giuseppe. *La correlazione fra accusa e sentenza nel processo penale*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1936. p. 139. MANZINI complementa explicando que a instrução probatória deve também recair sobre a modificação. MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto processuale penale italiano. Vol. IV*. 6ª Ed. Torino: Editrice Torinese, 1972. p. 449, nota 2. BADARÓ conclui que “o conceito de fato para fins de correlação entre acusação e sentença não é o mesmo que para o *ne bis in idem*”. Embora ambos os institutos se liguem ao fato imputado, por serem institutos diferentes, implicarão diversidade de extensão de tal conceito.

Interessa, pois, em sede de imputação em sentido amplo, o fragmento histórico que se subsume à norma jurídico-penal. Guardadas as devidas proporções, na imputação em sentido amplo, há apenas uma pintura do acontecimento concreto à qual são acrescidos detalhes e “retoques” com o avanço da investigação. Há, nesse contexto, apenas um esboço da conduta criminosa e suas circunstâncias e que, nessa fase constituem o “núcleo” da persecução – é a figura central da pintura -, tudo o que estiver relacionado a esse núcleo deverá ser inserido na mesma persecução penal – são os detalhes que orbitam em torno do centro da mesma pintura. Não há, necessidade de submeter o acusado a diversas e simultâneas investigações sobre fragmentos do mesmo contexto histórico.

Assim, se uma parcela do fato naturalístico foi deixada de fora da imputação, em sentido amplo ou estrito, não se justifica a instauração de uma nova persecução por essa parcela vinculada ao fato já apreciado. Aliás, no processo penal, “o fato naturalístico deve ser imputado como um todo, não se permitindo ao acusador trazer apenas porção da conduta delitiva ou, posteriormente, formular demanda autônoma sobre parte do fato que não tenha sido trazida ao processo”³⁸⁶. Essa necessidade de que o fato seja trazido em sua totalidade na imputação – seja na denúncia ou através da *mutatio libelli* – está intimamente ligada à proibição de um novo julgamento sobre o mesmo fato. Não é possível um novo julgamento por um aspecto do mesmo fato originalmente imputado, mas que não foi trazido ao processo já que nesse caso haveria um segundo julgamento sobre o *mesmo fato*³⁸⁷.

Tratando-se de imputação em sentido estrito, a análise deve ser um pouco mais cuidadosa. Isso porque, com o oferecimento da denúncia ou queixa, é apresentada ao juízo uma fotografia do fato concreto. Essa fotografia é a tese de acusação que poderá ser desconstituída pela defesa ao longo da instrução. O cuidado está em que, ao tratar de imputações simultâneas deve-se considerar tanto uma persecução em fase de recebimento da denúncia ou queixa quanto uma imputação pendente de recurso.

Isto é, haverá imputações simultâneas enquanto não for proferida decisão final, transitada em julgado. Havendo ocorrido o transitado em julgado, a análise deverá ser

BADARÓ, Gustavo. *Correlação entre acusação e sentença*. p. 138. Entendemos que o conceito de identidade de fato é mais restrito em sede de correlação entre acusação e defesa. Assim, se uma parcela do fato naturalístico foi deixada de fora da imputação em sentido amplo ou estrito, não se justifica a instauração de uma nova persecução por essa parcela vinculada ao fato já apreciado.

³⁸⁶ Um fato da natureza que se afigure crime deve ser trazido por inteiro ao processo, dele se extraíndo todas as consequências penais. BADARÓ, Gustavo. *Correlação entre acusação e sentença*. p. 135.

³⁸⁷ BADARÓ, Gustavo. *Correlação entre acusação e sentença*. p. 136.

realizada sob o prisma da coisa julgada, também vertente da manifestação processual do *ne bis in idem*. Essa análise pormenorizada do reconhecimento de dupla imputação, em sentido estrito, será desenvolvida no próximo capítulo

De qualquer maneira, tanto na imputação em sentido estrito como na imputação em sentido amplo, interessa, para comparação de identidades, o fato como *acontecimento real* que ocorre em um lugar e em um momento e período determinados sem que a possibilidade de subsunção em distintos conceitos jurídicos afete a regra de proibição a uma nova persecução, sob uma nova qualificação jurídico-penal³⁸⁸.

MAIER formula um exemplo elucidativo para confirmar que a análise deve dar-se sobre o fato como acontecimento da realidade: se alguém é acusado por fraude, praticada com emprego de documento falso, não poderá haver dois processos simultâneos ou sucessivos para apurar, de um lado a fraude e de outro a falsificação do documento já que se um é meio para a prática do outro, ao analisar aquele contexto fático já era possível agrupar identificar ambas as condutas³⁸⁹.

Em conclusão, basta que dois acontecimentos sejam iguais historicamente, ainda que as circunstâncias imputados ou conhecidas em uma imputação sejam mais detalhadas em uma do que em outra. Segundo MAIER “para nada cuenta el hecho de que en el primer procedimiento no se agotara el conocimiento posible. *La identidad* se refiere al comportamiento y, eventualmente, a su resultado, como acontecimiento histórico”³⁹⁰.

3.3.1.4 Fato novo e fato diverso

A impossibilidade de nova persecução tendo por fato imputado uma parcela de um fato que já está sendo apreciado ou integra o objeto de outra persecução impõe a delimitação do que seria “mesmo fato” e “fato diverso”. O fato novo, entendido como fato não conhecido anteriormente, pode tanto integrar o fato já imputado ou constituir fato diverso ao imputado. Se o fato novo guarda não qualquer relação com o fato inicialmente imputado, possibilitando uma nova e autônoma imputação, estamos frente a um fato

³⁸⁸ MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal I: fundamentos*. 2ª Ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004. p. 607.

³⁸⁹ MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal I: fundamentos*. 2ª Ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004. p. 607.

³⁹⁰ MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal I: fundamentos*. 2ª Ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004. p. 608.

diverso³⁹¹. Nesse caso, não haveria violação ao *ne bis in idem* em caso de instauração de outra persecução penal.

FERREIRA conclui que fatos novos em relação de identidade com os do objeto do processo, em sentido técnico, possam integrar o objeto do processo em sentido amplo sendo para tanto necessário que além da sua identidade relacional “não provoquem a agravação do limite máximo das sanções correspondentes aos factos descritos ao objeto do processo em sentido técnico”³⁹². Contudo, não concordamos com tal posição pois restringir o limite máximo das sanções mostra-se inadequado com a preservação do mesmo contexto fático.

Manter tal limite seria provocar dois possíveis extremos, ou o juiz é obrigado a desconsiderar qualificações, agravantes ou causas de aumento da pena que, embora comprovadas durante a instrução, não eram conhecidas no momento do oferecimento da denúncia. Ou, de outro extremo, abrir a possibilidade de instauração de persecuções penais independentes para cada crime e/ou situação que possa interferir no limite máximo da pena, ainda que inseridos no mesmo contexto fático.

O fato diverso não se agrega ao fato já imputado mas constitui fato imputado autônomo. Há uma verdadeira situação de alternatividade entre o fato imputado e o diverso, apenas um dos dois pode constituir o núcleo fático da imputação, tanto em sentido estrito quanto em sentido amplo. Assim, tratando-se de fato diverso, dissociado do fato imputado e qualificável penalmente, é necessário, e não apenas possível, a formulação de nova pretensão processual penal.

BENE explica que o será diverso o fato se os elementos do crime já estiverem contidos na essência da imputação sem que exista um elemento que complete a situação factual do crime. O fato será novo se os elementos essenciais não estiverem anteriormente contidos na imputação³⁹³.

³⁹¹ BADARÓ, Gustavo. *Correlação entre acusação e sentença*. p. 181.

³⁹² “Sob o ponto de vista processual e substantivo, o crime mantém-se idêntico após o aparecimento destes novos factos. No entanto, no caso específico das circunstâncias agravantes modificativas especiais, porque geram um aumento do limite máximo da pena aplicável, tais circunstâncias não integram o objeto do processo em sentido amplos. Embora as circunstâncias agravantes modificativas especiais não impliquem a perda de identidade do crime, provocam uma alteração substancial da acusação ou da pronúncia”. FERREIRA, Manuel Marques. *Da alteração dos factos objecto do processo penal*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Coimbra. Vol. 1, n. 2, p. 221-239, abr./jun., 1991. p. 229.

³⁹³ BENE, Tereza. *Reato permanente e modifica dell'imputazione*. Il foro italiano. Nov. 1995. p. 651.

Por outro lado, se o fato novo possui alguma relação, um liame, que o una ao fato imputado, haverá necessidade de agregá-lo à pretensão já que a instauração de nova persecução penal acarretaria violação ao *ne bis in idem*³⁹⁴. A violação ocorre em razão da duplicidade de imputações, ainda que se refiram a “partes” distintas do mesmo fragmento da realidade, há entre elas um vínculo capaz de unificá-las em um só fato imputado, ainda que isso possa traduzir-se em mais de um tipo penal. Basta que o acontecimento histórico seja igual nas duas imputações, ainda que as circunstâncias imputadas ou conhecidas na segunda persecução sejam distintas ou mais abrangentes daquelas conhecidas no primeiro.³⁹⁵

O liame entre o fato novo e o fato imputado deve ser entendido sob o prisma tanto do fato naturalístico quanto do fato processual. As circunstâncias de tempo e lugar, por exemplo, referem-se ao fato naturalístico e são essenciais na fase de investigação, para delimitar, por exemplo, o período da conduta delituosa. Contudo, além da vinculação “naturalística” com o fato imputado, o fato diverso deve ser analisado do ponto de vista da sua qualificação jurídica também, o fato novo deve ser qualificável penalmente – não apenas como crime autônomo mas pode tratar-se qualificadora, circunstância agravante ou atenuante, etc³⁹⁶.

Por exemplo, é oferecida denúncia contra um sujeito acusado de matar “A” na praça da Sé, no dia 3 de maio de 2013 às 23h. Recebida a denúncia, apura-se que o mesmo indivíduo teria levado a carteira e o celular da vítima após sua morte, pelo que é oferecida nova denúncia por latrocínio. O “fato novo” – furto da carteira *post mortem* – apesar de

³⁹⁴ MELLADO afirma que é justamente o elemento que define a essencialidade do fato o ponto nevrálgico da questão. “En consecuencia tan sólo por medio del esclarecimiento de este concepto va a ser posible estimar un ámbito dentro del cual señalar qué circunstancias de todo tipo forman parte de un mismo hecho, de manera que su inclusión o exclusión de oficio no implique mutación del hecho acusado”. MELLADO, José María Asencio. *Sistema Acusatorio y Derecho de Defensa en el Proceso Penal*. 1ª Ed. Lince: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, 2008. p. 100-101.

³⁹⁵ Ao explicar o tema, MAIER explica que as frases “San Martín cruzó los Andes” e “San Martín cruzó los Andes en mula” são sentenças que se referem ao mesmo acontecimento histórico ainda que a segunda contenha mais informação que a primeira. MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal I: fundamentos*. 2ª Ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004. p. 608. Se essa segunda informação constitui também um delito, deve ser incluída na imputação e não iniciada nova persecução penal imputando apenas esse “fato novo” que é vinculado ao fato já imputado.

³⁹⁶ MELLADO explica que o fato, como elemento do objeto do processo, é um acontecimento histórico que na sua essencialidade, e com referencia a uma norma jurídica, é capaz de produzir consequências negativas. É portanto essa conexão do fato com a norma jurídica – mas não a sua coincidência – que vai permitir a modificação da classificação jurídica sem que isso implique em variação do objeto processual. MELLADO, José María Asencio. *Sistema Acusatorio y Derecho de Defensa en el Proceso Penal*. 1ª Ed. Lince: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, 2008. p. 98.

ser desconhecimento anteriormente, está intimamente vinculado ao fato imputado - o homicídio da vítima.

Deve-se acrescentar esse fato novo ao fato imputado, inclusive, porque esse fragmento do acontecimento histórico pode ter relevância para a qualificação jurídica do crime. O indivíduo não pode ter cometido, no mesmo contexto histórico, nas mesmas condições, contra a mesma vítima, homicídio e latrocínio, trata-se apenas de complementação do mesmo fato concreto e não de novo fato autônomo.

Deve-se lembrar que o foco do trabalho são imputações idênticas e simultâneas. Obviamente a solução dada no exemplo pode variar a depender da fase da persecução pois haverá imputações simultâneas até o trânsito em julgado da sentença, a partir do qual serão analisadas imputações sucessivas. O ponto que se pretende ressaltar com esse exemplo é que enquanto possível a realização de um contraditório e uma ampla defesa plenos, não haverá fundamento para manter duas persecuções simultâneas sobre o mesmo acontecimento histórico.

3.3.2 Tipificação do fato criminoso

Desde o estudo do objeto do processo, tem sido demonstrado que o fato em si mesmo considerado não possui valor algum se não for acompanhado de sua consequência jurídica³⁹⁷. Só interessam para a análise do direito penal e processual penal, aqueles fatos contemplados pela legislação penal e para os quais é designada a respectiva consequência jurídico-penal³⁹⁸. É necessário, portanto, tipificar o fato histórico mencionado no tópico anterior.

³⁹⁷ MELLADO explica já no início do seu livro que “el hecho en sí mismo considerado no tiene valor alguno si no le viene asignada una consecuencia jurídica, esto es, una pena que se afirma imponible en atención a una norma penal y respecto de un sujeto determinado” e ao tratar das teorias normativas reforça que “el núcleo esencial del hecho procesal y, por tanto, no alterable ni modificable sin misma del principio acusatorio, se ha de buscar, necesariamente, atendiendo al Derecho penal sustantivo”. MELLADO, José María Asencio. *Sistema Acusatorio y Derecho de Defensa en el Proceso Penal*. 1ª Ed. Lince: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, 2008. pp. 33 e 108.

³⁹⁸ Não concordamos com a afirmativa de que a “calificación jurídico-penal del hecho punible no puede ser en absoluto esencial”. AROCA, Juan Montero; COLOMER, Juan Luis Gómez; REDONDO, Alberto Montón; VILAR, Silvia Barona. *Derecho jurisdiccional III*. 18ª Ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2010. p. 106. Isso porque a tipificação é um elemento essencial da imputação e que, portanto, deve ser analisado. A ressalva que deve ser feita no âmbito da tipificação não é sobre sua irrelevância mas sobre a impossibilidade

A tipificação do fato criminoso consiste na subsunção do fato concreto a algum tipo abstrato previsto em norma penal. Essa subsunção, por consequência lógica, impõe a indicação do dispositivo legal correspondente. Contudo, não é suficiente o *nonem juris* porque, com a mesma denominação, podem ser indicados crimes diversos³⁹⁹. É necessário relacionar a conduta e as circunstâncias fáticas que rodeiam a conduta criminosa ao tipo penal, inclusive às suas qualificadoras ou causas de aumento ou diminuição da pena.

É através da subsunção do contexto fático e suas circunstâncias à norma penal que se constrói a tipificação do fato imputado. Figuras delitivas que comportam modalidades dolosas e culposas, assim como, crimes consumados e tentados, apenas possuem essa diferenciação no plano abstrato da norma penal. É a qualificação jurídico-penal dos elementos fáticos que transforma determinado trecho da realidade em um crime culposos ou doloso, consumado ou tentado. E essa qualificação deve ser considerada ao analisar a configuração de possível violação ao *ne bis in idem* uma vez que, não é possível perseguir o mesmo comportamento do agente que já está sendo perseguido sob uma forma subjetiva distinta.⁴⁰⁰

É comum a repetição, quase automática, do mantra “o acusado se defende dos fatos e não da qualificação jurídica”⁴⁰¹, porém, a qualificação jurídica é relevante não apenas para determinação de espécie de ação, de competência ou procedimento, bem como para possibilidade de imposição de determinadas medidas cautelares⁴⁰². São exemplos dessa

de processar diversas vezes, simultânea ou sucessivamente, o mesmo indivíduo, pelo mesmo fato concreto sob tipificações diferentes.

³⁹⁹ FERNANDES explica que a exigências nos ordenamentos jurídicos de que, no ato acusatório, fosse feita a classificação do fato imputado é conquista do último século. Antes reinava a imprecisão na definição dos tipos penais. FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. p. 213.

⁴⁰⁰ MAIER explica que “quien es juzgado por homicidio doloso (...) no puede ser posteriormente enjuiciado por homicidio imprudente” já que “se somete a una misma persona a un doble riesgo de persecución penal en relación a un mismo acontecimiento histórico básico: en el caso, provocar la muerte de una persona”. MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal I: fundamentos*. 2ª Ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004. p. 610.

⁴⁰¹ Nesse sentido, MIRABETE, Julio Fabbrini. *Proceso Penal*, p. 210; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Proceso Penal. Vol. 2*. p. 700. Sobre o tema FERNANDES afirma que o entendimento de que o réu se defendendo do fato e não de sua classificação proliferou tanto na doutrina como na jurisprudência e acarretou dois efeitos nefastos. O primeiro consiste em não poder o juiz alterar a classificação da denúncia ou queixa e, por isso, estar impedido de analisa-la até o momento da sentença. O segundo, é que a denúncia dispensa a apresentação, por parte do promotor das “razões da demanda”, bastando apenas a exposição do fato e suas circunstâncias. “Nem o juiz nem a defesa conhecerão os motivos que conduziram o promotor a atribuir o fato criminoso a esta ou a outra pessoa, a descrevê-lo desta ou daquela forma, a classificar o fato imputado neste ou naquele tipo penal”. FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. p. 215.

⁴⁰² É caso do rol de crimes hediondos constante no art. 1º da Lei 8.072/90 os quais são insuscetíveis de fiança, ou seja, já na fase de investigação a classificação jurídica dessa espécie de crimes pode determinar que seja dado ao investigado um tratamento diferente. É também o caso dos crimes suscetíveis de prisão temporária conforme art. 1º, III, da Lei nº 7.960/89, sendo essa modalidade de prisão típica do inquérito

importância o rol de crimes hediondos constante no art. 1º da Lei 8.072/90 os quais são insuscetíveis de fiança e os crimes suscetíveis de prisão temporária conforme art. 1º, III, da Lei nº 7.960/89. Em ambos casos, já na fase de investigação a classificação jurídica dessa espécie de crimes pode determinar que seja dado ao investigado um tratamento diferente, negando-lhe a possibilidade de fiança no primeiro exemplo ou possibilitando a privação de sua liberdade sob a modalidade de prisão temporária, no segundo caso.

Em sede de dupla imputação não se pode descartar a qualificação jurídica do fato imputado, até porque, sendo a imputação um juízo de atribuição, deve-se estabelecer sobre qual tipo penal é feito o juízo. Contudo, a imputação não pode ser determinada apenas em virtude do fato concreto, ao contrário, deve ser considerada a definição normativa de cada caso. Essa determinação é necessária pois é a qualificação jurídica que pode auxiliar a identificar se há um único fato único ou fatos diversos pois a lei penal possui regras para a definição de imputação única e imputação plural.

MAIER explica que após a análise do fato histórico como um único acontecimento, deve-se proceder à valoração jurídica e então recorrer às regras do direito penal para estabelecer os parâmetros de um único crime, cometido mediante diversas condutas, e de diversas condutas constituindo apenas um crime⁴⁰³.

Assim, insere-se no âmbito da tipificação do fato, a menção aos artigos correspondentes, as hipóteses de concurso (concurso de agentes e concurso de crimes), os casos de extensão da figura típica no tocante à tentativa, às causas de aumento e diminuição e às qualificadoras⁴⁰⁴.

A própria existência jurídica da omissão depende exclusivamente de uma criação normativa já que, no mundo físico não é realizada uma conduta ou ação humana. O que se tem no caso dos crimes omissivos é uma valoração jurídico-normativa de um aspecto da realidade, o tipo penal corresponde, justamente, à ausência de conduta. É por isso que “la extensión de lo que significa *un hecho único*, en el ámbito de la omisión, es, claramente,

policial há também nesse caso uma influência da classificação jurídica da conduta no tratamento dado ao indivíduo.

⁴⁰³ MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal I: fundamentos*. 2ª Ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004. p. 612.

⁴⁰⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. p. 213.

determinable sólo con referencia a la norma que define la pasividad como un comportamiento antijurídico”⁴⁰⁵.

Da mesma forma, pertencem ao âmbito da tipificação da conduta, questões concernentes a irretroatividade da lei penal, concurso de crimes e concurso aparente de normas. Se é através da qualificação jurídica do fato concreto que ele é inserido na imputação, e assim forma parte da pretensão processual penal, é essa qualificação que determinará se a conduta é ilícita e apta a ser objeto da persecução penal.

3.3.2.1 Tipificações única e plural

A tipificação do fato insere, no mundo jurídico, o trecho da realidade que foi explicado no tópico anterior. É através dessa classificação jurídico-penal que o fato concreto ganha relevância para o processo penal. Assim, a tipificação exerce uma influência crucial na análise do fato como único ou plural, do ponto de vista da classificação jurídica. É através dos conceitos pertinentes ao direito penal que deve ser analisada uma conduta, ou ausência de conduta (crimes omissivos), e seus resultados.

A tipificação da conduta, e as regras pertinentes à imputação penal, nortearão a análise de uma violação ao *ne bis in idem* em persecuções simultâneas. Um determinado contexto fático pode corresponder a um ou mais tipos penais, a possibilidade e a forma de subsunção dessa realidade fática à norma ou normas penais são regidas pelo direito penal.

É, por exemplo, o caso do concurso de delitos e do conflito aparente de normas, há nesses casos, uma diferença entre a quantidade de condutas e de delitos no mesmo contexto fático, dificultando também a análise da dupla imputação e, conseqüentemente, da violação ao *ne bis in idem*. Contudo, “una persona que esté siendo enjuiciada o que ya haya sido condenada o absuelta, no puede volver a serlo simplemente porque se cambie la calificación jurídica siendo el hecho el mismo”⁴⁰⁶.

⁴⁰⁵ MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal I: fundamentos*. 2ª Ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004. p. 612. O Direito Penal contém normas proibitivas e normas imperativas. A infração dessas normas imperativas constitui a essência do crime omissivo. A conduta que infringe uma norma imperativa consistirá em não fazer a ação ordenada pela norma. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral*. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 235.

⁴⁰⁶ “Lo contrario sería permitir tantas acusaciones reiteradas cuantas posibles calificaciones jurídicas permita el hecho”. AROCA, Juan Montero; COLOMER, Juan Luis Gómez; REDONDO, Alberto Montón; VILAR, Silvia Barona. *Derecho jurisdiccional III*. 18ª Ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2010. p. 106.

3.3.2.1.1 Concurso de crimes

O concurso de crimes consiste na prática de dois ou mais delitos, por meio de uma ou mais ações ou omissões do agente⁴⁰⁷. Isto é, haverá concurso de crimes quando no mesmo processo penal o comportamento global imputado ao agente preenche mais de um tipo legal ou várias vezes o mesmo tipo legal de crime⁴⁰⁸. Nesses casos, a solução não provém de considerações formais mas de uma argumentação substancial ou material levada a cabo em função do significado social do comportamento em apreciação perante a ordem dos tipos de ilícito contidos nas normas aplicáveis⁴⁰⁹.

A necessidade de conhecer as espécies de concurso e a solução dada a cada uma delas relaciona-se diretamente com identificação de imputações idênticas e simultâneas e dos mecanismos necessários para sua contenção.

O concurso pode ocorrer entre crimes de qualquer espécie, comissivos ou omissivos, dolosos ou culposos, consumados ou tentados, simples ou qualificados e ainda entre crimes e contravenções⁴¹⁰. Tratando-se especificamente de dupla imputação e *ne bis in idem*, o estudo do concurso de delitos propicia uma análise mais cuidadosa ao comparar duas imputações. Havendo a possibilidade de uma mesma conduta subsumir-se a mais de uma norma penal, deve-se tomar o cuidado de reunir todas as figuras típicas relacionadas àquele determinado fato na mesma persecução penal.

A ação humana, como unidade de sentido desde uma perspectiva social, não se reduz a um mero processo causal ou naturalístico e, portanto, não se confunde com movimento corporal ou ato, tanto que uma ação pode integrar-se por um ou vários movimentos corporais⁴¹¹. As principais hipóteses de concurso de delitos são: concurso material ou real, concurso formal ou ideal e crime continuado.

Há concurso material quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não. O concurso material implica uma efetiva

⁴⁰⁷ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro, volume I: parte geral, arts. 1º a 120*. 12ª Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 584.

⁴⁰⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral. Vol. 1*. 2ª Ed. São Paulo: Coimbra Editora, 2007. p. 1005.

⁴⁰⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral. Vol. 1*. 2ª Ed. São Paulo: Coimbra Editora, 2007. p. 1006.

⁴¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral*. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 592.

⁴¹¹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro, volume I: parte geral, arts. 1º a 120*. 12ª Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 584.

pluralidade de delitos imputáveis ao agente, há, portanto, *pluralidade de condutas e pluralidade de crimes* (ex: o agente furta a vítima e em seguida a estupra ou mata)⁴¹². São requisitos do concurso material: a) que um sujeito execute ou participe na execução de dois ou mais crimes, idênticos ou não⁴¹³; b) independência fática e jurídica entre os fatos puníveis; c) que o agente não tenha sido condenado anteriormente por uma das infrações, pois, nesse caso, haveria aplicação de reincidência como circunstância agravante⁴¹⁴. No concurso material as penas são aplicadas cumulativamente (art. 69, CP) e a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada crime, isoladamente (art. 119, CP).

Ocorre o concurso formal quando o agente, mediante uma só conduta (ação ou omissão), pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não. Nessa espécie de concurso há unidade de ação e pluralidade de crimes, sendo indiferente a natureza dos últimos (ex. o agente, com um só disparo, mata duas pessoas)⁴¹⁵. Dá-se o concurso formal próprio ou perfeito quando existe unidade de desígnios, ou seja, quando a unidade de comportamento corresponder à unidade interna da vontade do agente⁴¹⁶. Nesse caso, aplica-se a pena mais grave ou, se iguais, somente uma delas aumentada de um sexto até a metade (art. 70, *caput*, 1ª parte, CP). O concurso formal impróprio ou imperfeito se dá quando o agente deseja a realização de mais de um crime, tem consciência e vontade em relação a cada um deles⁴¹⁷. As penas aplicam-se cumulativamente, tal qual o regime do concurso material (art. 70, *caput*, 2ª parte, CP)⁴¹⁸.

⁴¹² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral*. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 593.

⁴¹³ Haverá, portanto, concurso quando um indivíduo atuar em determinado fato punível como único autor e em outro como coautor ou partícipe. “El requisito básico del concurso material es la realización de la participación en varios delitos. La fórmula enfatiza, desde luego, que la reiteración no exige una forma de concurrencia uniforme: también lo hay, por consiguiente, si el sujeto ha intervenido en uno de los hechos punibles como autor único, en otro como coautor y en un tercero como mero partícipe”. URZÚA, Enrique Cury. *Derecho Penal, Parte General. Tomo II*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1985. p. 281.

⁴¹⁴ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro, Vol. I: parte geral, arts. 1º a 120*. 12ª Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 589.

⁴¹⁵ É possível o concurso formal mesmo entre delitos dolosos e culposos. PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro. Vol. I*. p. 591.

⁴¹⁶ Note-se que essa vontade do agente pode lesar mais de um bem jurídico, de modo que a teoria que relaciona o núcleo essencial do fato ao bem jurídico lesado “llega a unos resultados ciertamente inválidos en lo que respecta al concurso ideal, ya que aquí son varios y diversos los bienes jurídicos afectados y sólo una la acción”. MELLADO, José María Asencio. *Sistema Acusatorio y Derecho de Defensa en el Proceso Penal*. 1ª Ed. Lince: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, 2008. p. 112.

⁴¹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral*. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 593.

⁴¹⁸ Nesse caso, o legislador entendeu que, havendo desígnios autônomos, ou seja, vontade deliberadamente dirigida aos diversos fins, não se justifica a diminuição da pena, porque subsiste íntegra a culpabilidade pelos fatos diversos. “A expressão *desígnio* não exclui o dolo eventual”. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: a nova parte geral*. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 349.

Por fim, tem-se o crime continuado – ou continuidade delitiva – quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, em razão de determinadas circunstâncias (condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhanças) devam os delitos seguintes ser havidos como continuação do primeiro (art. 71, CP)⁴¹⁹. São requisitos do crime continuado: a) pluralidade de condutas; b) pluralidade de crimes da mesma espécie; c) nexa da continuidade delitiva⁴²⁰.

3.3.2.1.2 Conflito aparente de normas

No caso do conflito aparente de normas, deve haver unidade de fato e pluralidade de normas, de modo que um só fato corresponda a uma única violação real da lei, e pelo menos duas normas concorrentes com aparente aplicabilidade⁴²¹. Assim, denomina-se conflito aparente de normas à hipótese de incidência sobre um determinado fato de duas ou mais normas penais, aparentemente gerando um conflito, mas que com a utilização de certos critérios, vê-se aplicável somente uma delas⁴²².

Evidentemente não se trata de um *conflito efetivo* de normas, já que ao caso concreto é aplicada apenas uma lei, excluindo ou absorvendo as demais⁴²³. O direito positivo brasileiro não disciplinou o concurso de leis de forma sistemática e genérica⁴²⁴ pelo que a doutrina desenvolveu alguns critérios para a resolução dos casos através da aplicação de determinados princípios, são eles: princípio da especialidade⁴²⁵, princípio da subsidiariedade e princípio da consunção.

⁴¹⁹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro. Vol. 1*. p. 592.

⁴²⁰ Especificamente sobre o último requisito, BITENCOURT explica que o nexa deve ser apurado pelas circunstâncias de tempo, lugar, modo de execução e outras semelhantes (mesma oportunidade e mesma situação propícias para a prática do crime). Há também a figura do chamado crime continuado específico que, para sua configuração reúne, além desses três requisitos já mencionados o fato de tratar-se de crimes dolosos, com pluralidade de vítimas e emprego de violência ou grave ameaça à pessoa. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral*. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 597-599.

⁴²¹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro, volume I: parte geral, arts. 1º a 120*. 12ª Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 274.

⁴²² NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 11ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 310.

⁴²³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral*. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 199.

⁴²⁴ PRADO explica que a “única manifestação legislativa nesse sentido é a constante do anteprojeto de Código Penal de 1963, de autoria de Nelson Hungria”, que tratava do assunto no art. 5º. PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro, volume I: parte geral, arts. 1º a 120*. 12ª Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 274.

⁴²⁵ É o único princípio a ter aceitação pacífica. Está consagrado no art. 12 do Código Penal: “As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso”.

De acordo com o princípio da especialidade, considera-se especial uma norma penal, em relação a outra geral, quando aquela reúne todos os elementos desta, acrescidos de mais alguns, denominados especializantes. Em outras palavras, a norma especial acrescenta elemento próprio à descrição típica prevista na norma geral⁴²⁶. O princípio da especialidade visa a evitar o *bis in idem* – na sua manifestação material, pois se trata de uma análise efetuada no plano abstrato, – e, por isso, deve ser cuidadosamente analisada em matéria de dupla imputação. É, por exemplo, o caso de um mesmo fato imputado mais de uma vez ao sujeito sob duas classificações jurídico-penais diversas, uma com base na norma geral e outra com base na norma especial⁴²⁷.

De acordo com o princípio da subsidiariedade, há relação de primariedade e subsidiariedade entre duas normas quando descrevem graus de violação de um mesmo bem jurídico, de forma que a norma subsidiária é afastada pela aplicabilidade da norma principal, a rigor a figura típica subsidiária está contida na principal⁴²⁸. A diferença que existe entre especialidade e subsidiariedade é que, nesta, ao contrário do que ocorre naquela, os fatos previstos em uma e outra não estão em relação de espécie e gênero⁴²⁹. Em suma, aplica-se uma lei quando outra não puder ser aplicada, que por disposição explícita (subsidiariedade expressa ou formal)⁴³⁰, quer por força de interpretação lógica (subsidiariedade tácita, implícita ou material)⁴³¹.

Pelo princípio da consunção, ou absorção, quando o fato previsto em determinada norma é compreendido em outra, mais abrangente, aplica-se somente esta última⁴³². O conteúdo do tipo penal mais amplo absorve o de menor abrangência⁴³³. São exemplos da

⁴²⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral*. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 199.

⁴²⁷ São exemplos da aplicação desse critério: a relação entre os tipos básicos de homicídio (art. 121, *caput*, CP) ou de furto (art. 155, *caput*, CP) e os tipos derivados qualificados (arts. 121, §2º, e 155, §4º, CP, respectivamente); entre os delitos de homicídio (art. 121, CP) e infanticídio (art. 123, CP).

⁴²⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral*. p. 200.

⁴²⁹ E mais: “se a pena do tipo principal (sempre mais grave que a do tipo subsidiário) é excluída por qualquer causa a pena do tipo subsidiário pode apresentar-se como ‘soldado de reserva’ e aplicar-se pelo *residuum*”. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal. Vol. 1*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 139.

⁴³⁰ É expressa quando o próprio texto legal condiciona sua aplicação à inaplicabilidade de outro. Exemplo: art. 307, CP “Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave”.

⁴³¹ A subsidiariedade será tácita quando determinada figura típica funcionar como elemento constitutivo, majorante ou meio prático de execução de outra figura mais grave. Exemplo: dano (art. 163, CP) em relação ao furto qualificado pela destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa (art. 155, §4º, I, CP).

⁴³² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral*. p. 201.

⁴³³ Assim “o delito-meio, punido *menos* severamente (= delito antecedente ou anterior) é absorvido pelo delito-fim, punido *mais* severamente (= delito consequente ou posterior). PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro, vol. I*. p. 277.

aplicação desse princípio o homicídio (art. 121, CP) em relação à lesão corporal (art. 129, CP) e a violação de domicílio (art. 150, CP) em relação ao furto praticado em domicílio (art. 155, CP).

Especificamente em relação ao princípio da consunção, BITTENCOURT explica que o princípio tem abrangência maior do que aquela tradicionalmente reconhecida podendo atingir, inclusive, a *pluralidade de fatos*. Isso porque, um fato típico pode não ser punível quando anterior ou posterior a outro mais grave, ou quando integrar a fase executória de outro crime⁴³⁴. Um fato típico pode ser impunível quando anterior (ex: lesão corporal em relação ao homicídio, enquanto delito de passagem) ou posterior (ex: a venda da *res furtiva* pelo agente) a outro mais grave, ou quando fizer parte, ainda que não essencial, da fase executória de outro crime⁴³⁵.

3.3.2.2 Tipificação na etapa investigatória

Na etapa de investigação, ainda não há uma cognição plena do fato concreto pelo que a qualificação jurídica dada a ele não é rígida ou definitiva. A própria finalidade da etapa de investigação é a descoberta da probabilidade de existência de um crime e de sua autoria, não é inerente à finalidade da investigação a descoberta plena e sim o fornecimento de elementos probatórios suficientes para que o Ministério Público – ou o querelante – forme a *opinio delicti* e, em caso positivo, dar o embasamento probatório suficiente para subsidiar a justa causa da ação penal⁴³⁶.

Portanto, a investigação preliminar contém uma classificação *prima facie* da conduta delitiva, é uma classificação preliminar que poderá ser alterada à medida que são colhidos elementos probatórios. É o caso de circunstâncias qualificadoras ou causas de aumento ou diminuição da pena, por exemplo, que podem ser identificadas ao longo do progresso da investigação e que podem causar diferença entre a classificação dada na portaria de instauração do inquérito e na denúncia oferecida pelo Ministério Público.

Com efeito, nesse estágio inicial da persecução penal, a tipificação do fato não será fator decisivo para a identificação de uma dupla imputação. Ao contrário, o fato concreto, ao lado do sujeito a quem está sendo imputada a conduta, serão fatores determinantes para

⁴³⁴ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral*. p. 202.

⁴³⁵ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro. Vol. I*. p. 377.

⁴³⁶ BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. p. 114.

a identificação de uma dupla imputação, em sentido amplo. A análise da classificação jurídico-penal do fato concreto e de suas circunstâncias deve ser realizada, nesta fase preliminar da persecução, tendo o contexto fático alvo dessa investigação como referência.

É o fato concreto, penalmente qualificado, que será parte do objeto do processo penal e se, nem mesmo objeto do processo penal é imutável, a classificação preliminar que se atribui ao fato em fase de investigação também não o pode ser⁴³⁷. O contexto fático, embora seja um critério amplo é determinado. Deve ser analisado, na fase preliminar da persecução, o trecho da realidade que está sendo investigado. Sendo assim, se há duas ou mais investigações preliminares iniciadas com a finalidade de colher elementos probatórios sobre determinado contexto fático, há espaço suficiente para reunir as investigações em uma única.

Se for manifestamente idêntico o contexto fático analisado por um inquérito policial e por um procedimento investigatório preliminar conduzido pelo Ministério Público, há violação ao *ne bis in idem* na manutenção de ambas investigações correndo de forma simultânea, pelo que é necessário estabelecer mecanismos de controle para essa violação. Como já foi explicado acima, a natureza predominantemente inquisitória do inquérito policial não impede o exercício da ampla defesa.

3.3.2.3 Tipificação na etapa processual

Por outro lado, a tipificação na etapa processual deve ser definida e específica, entende-se que a denúncia ou queixa apresenta um fato qualificado como crime e apoiado em determinadas evidências, portanto, a classificação dada a esse fato deve ser correspondente aos elementos probatórios apresentados como suporte dessa acusação. Tanto a denúncia quanto a queixa, por força do art. 41 do CPP, devem conter “a exposição do fato criminoso” e a “classificação do crime”.

Não basta, na fase processual, a menção ao nome do delito ou à lesão do bem jurídico. É necessária a indicação do tipo penal, com suas formas qualificadoras, causas de aumento ou diminuição da pena, se for o caso. E mais, no caso de “norma penal em

⁴³⁷ O objeto do processo penal envolve a matéria fática e a matéria jurídica e a imutabilidade desse objeto “não precisa ser total”. Há, inclusive, previsões legais de modificação desse objeto: *emendatio libelli* e *mutatio libelli*. BADARÓ, Gustavo. *Correlação entre acusação e sentença*. p. 141.

branco, a denúncia deverá indicar, além do tipo penal incompleto, a norma integradora ou complementar, fazendo menção ao artigo integrador”⁴³⁸.

3.3.2.4 Alteração da classificação jurídica no processo penal brasileiro

É possível a alteração da classificação jurídica por parte do Ministério Público até o momento da sentença. BADARÓ explica que para a inclusão de novo crime, é necessário distinguir a fase em que o processo se encontra: “ainda estando o feito em fase postulatória, será possível a realização de uma instrução única e conjunta”. Por outro lado, se “o feito já estiver na fase instrutória ou decisória, será mais produtivo o oferecimento de nova denúncia que originará novo processo.”⁴³⁹ Essa sugestão pode ser problemática do ponto de vista do *ne bis in idem*. Havendo apenas uma alteração da classificação jurídica, sobre os mesmos fatos do mundo concreto, não pode ser originado um novo processo, simultâneo ou sucessivo, por constituir violação ao princípio *ne bis in idem*.

Há, no Código de Processo Penal brasileiro, inclusive, a possibilidade de alteração da classificação jurídica pelo juiz, antes da sentença (*emendatio libelli*), desde que os fatos permaneçam inalterados⁴⁴⁰. Contudo, essa possibilidade legal não isenta o juiz de, em respeito ao contraditório, convidar as partes a se manifestar sobre a possibilidade de uma nova classificação jurídica dos fatos.

Em conclusão, tanto na fase investigatória quanto na fase processual, para definir o “fato imputado”, importam o fato histórico – fragmento da realidade – e a qualificação jurídica dada a ele. MELLADO explica que para identificar o fato imputado é necessário observar dois critérios: a identidade do fato – no sentido de ser necessária permanência parcial da atividade típica – e identidade da ação típica e do seu resultado – identidade apenas parcial já que ela se faz necessária para a remissão do enquadramento nos diversos tipos penais do Código⁴⁴¹.

⁴³⁸ BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. p. 197.

⁴³⁹ BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. p. 198.

⁴⁴⁰ Art. 383: “Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave”. BADARÓ critica a restrição da possibilidade da alteração da classificação jurídica pelo juiz ao momento da sentença. “Não concordamos com tal posição. A qualificação jurídica dada na denúncia tem repercussões jurídicas importantíssimas durante o processo. Por exemplo, definirá a competência (...) poderá levar à adoção de procedimento especial (...) entre outras”. BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. p. 197.

⁴⁴¹ “Solo así es posible ofrecer soluciones admisibles a determinados fenómenos de unidades fácticas legales, de cambio en las formas de participación, de mutaciones en la calificación jurídica, etc”. MELLADO, José

Os mesmos critérios serão utilizados para a identificação do fato tanto na imputação em sentido amplo como na imputação em sentido estrito. Ocorre que, haverá prevalência de um critério sobre o outro a depender do estágio da persecução penal a ser analisado. Na fase investigatória, prevalecerá o critério relativo ao contexto fático pois trata-se de um estágio embrionário da persecução penal voltado justamente à identificação dos fatos e à colheita de evidências sobre sua ilicitude e autoria. Após o oferecimento da denúncia, já há um equilíbrio entre os critérios pois é, em teoria, levado à autoridade judicial um fato concreto, qualificado como ilícito penal acompanhado de um suporte probatório da materialidade e de indícios de autoria.

Contudo, estando ainda pendente a instrução, há possibilidade ainda de ampliar ou restringir tal fato processual sem violar as garantias da ampla defesa e do contraditório. Encerrada a instrução - até o trânsito em julgado da sentença - haverá uma prevalência do critério relacionado à tipificação penal pois ao alcançar esse estágio da persecução, já houve uma profunda investigação com a necessária coleta de fontes de prova, produção de prova em juízo e exercício do contraditório.

3.3.3 Atribuição do fato criminoso a determinado(s) indivíduo(s)

Apenas a descrição do fato concreto e sua qualificação jurídica não são suficientes para configurar a imputação, tanto em sentido amplo quanto em sentido estrito. É necessário direcionar a atribuição desse fato, classificado juridicamente como crime, a alguém. Esse alguém deve ser entendido como pessoa física ou jurídica, respeitadas as hipóteses possíveis de imputação penal à pessoa jurídica⁴⁴².

Essa atribuição, conforme explicação antecipada no capítulo anterior, constitui um juízo positivo quanto à provável ou possível - a depender da fase em que se encontra a persecução penal - existência do fato narrado e quanto ao seu autor, assentada em elementos anteriormente colhidos.

María Asencio. *Sistema Acusatorio y Derecho de Defensa en el Proceso Penal*. 1ª Ed. Lince: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, 2008. p. 115.

⁴⁴² Atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro, as pessoas jurídicas podem figurar como sujeito passivo apenas de crimes ambientais. É o que dispõe o art. 3º da Lei nº 9.605/98 “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”.

Tratando-se de um juízo, a imputação envolve não apenas o sujeito sobre o qual recai a atribuição do fato delituoso mas também aquele que desenvolve o juízo. São eles o sujeito passivo e ativo da imputação, respectivamente. O sujeito ativo ganha relevância ao se analisar o reconhecimento e controle da violação, ao endereçar o pedido de reconhecimento e controle é necessário esclarecer o ato que manifestou a imputação e a autoridade pública que emitiu tal juízo.

3.3.3.1 Sujeito Ativo

Como explica FERNANDES, o tema dos sujeitos ativo e passivo da atribuição é o da legitimidade da ação penal já que só pode realizar imputação legítima aquele que o sistema legal autoriza a formular a acusação e exercer ação penal⁴⁴³. CARNELUTTI levanta a questão acerca de tratar-se a imputação de um ato do juiz ou da parte, esta última entendida como o Ministério Público sendo que no processo italiano são adotadas as duas soluções⁴⁴⁴. No processo penal brasileiro, a legitimidade dependerá da espécie de imputação e, no caso de imputação em sentido estrito, do tipo de ação penal a ser ajuizada.

Deve-se também considerar a imputação em sentido amplo ao analisar se há ocorrência de dupla imputação. Isso porque, ainda que não exista uma denúncia ou queixa formalmente apresentada, pode haver a decretação de medidas cautelares contra o imputado de modo a restringir seus direitos ou o indiciamento do acusado e tais medidas constituem manifestações da imputação em sentido amplo. É que para que tais medidas possam ser requeridas e, principalmente, deferidas, é necessário que exista a coexistência dos três elementos da imputação (fato concreto, classificação jurídica e sujeito determinado a quem é atribuída a conduta) amparados por evidências que suportem, minimamente, tal juízo.

Estando a imputação em sentido amplo incluída na fase de investigação, é necessário analisar cuidadosamente a espécie de investigação para poder identificar o sujeito ativo legitimado a imputar o fato delituoso a alguém. No caso do inquérito policial,

⁴⁴³ FERNANDES, Antonio Scarance. *Reação Defensiva à Imputação*. p. 243.

⁴⁴⁴ O autor italiano ainda faz o seguinte raciocínio “La formulación de la pretensión no puede, pues, tener lugar sino por obra de quien tenga en un cierto momento el cometido de valorar la primera recolección de las pruebas para decidir si, a partir de aquel punto, el proceso debe ser continuado o no” para concluir mais adiante que “es que a la formulación de la imputación proveen, según los casos, el juez o el acusador” . CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal. Vol IV*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Bosch y Cia, 1950. p. 7.

trata-se de procedimento administrativo que deve ser presidido por autoridade policial, respeitados os critérios da territorialidade e materialidade⁴⁴⁵. Assim, há também a participação da autoridade policial em manifestações da imputação através do indiciamento, por exemplo⁴⁴⁶.

No caso do indiciamento, trata-se de ato privativo de delegado de polícia, deve ser realizado por ato fundamentado indicando autoria, materialidade e suas circunstâncias⁴⁴⁷. Ou seja, o juízo de atribuição manifestado no indiciamento deve partir da autoridade policial, exclusivamente. É, portanto, o delegado de polícia o sujeito ativo legitimado para imputar fato delituoso a alguém através do indiciamento.

No que se refere às medidas cautelares e aos meios de obtenção de prova que ocasionem restrição a direitos fundamentais do imputado, a situação é diferente. Isso porque, embora a autoridade policial atribua fato delituoso a sujeito determinado na representação, a medida depende de decisão judicial para gerar efeitos. É a decisão judicial de deferimento da medida cautelar, e sua correspondente fundamentação, que servirão de manifestação da imputação em sentido amplo, por exemplo. Caso a medida fosse indeferida, estaria a autoridade judicial esclarecendo que não há, na sua visão, ainda elementos suficientes para atrelar aquele fato àquela classificação jurídica e/ou àquele sujeito.

MARQUES ressalta que, na sua opinião, a identidade do sujeito ativo da acusação “em nada contribui, portanto, para individualizar a ação penal” sequer o caso de ação penal subsidiária é capaz de modificar tal assertiva⁴⁴⁸. Para que se caracterize a mesma imputação é necessário que o juízo recaia contra o mesmo indivíduo⁴⁴⁹. No mesmo

⁴⁴⁵ Sobre esses critérios, BADARÓ ressalva que por não se tratar de verdadeira regra de competência e sim de mera atribuição, a violação de tais critérios não acarreta a incompetência absoluta ou mesmo relativa. Assim, os atos de investigação, mesmo que realizados por autoridade policial que não possui atribuição para tanto, serão válidos e eficazes, não havendo que se cogitar de nulidade e sim de mera irregularidade. BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. p. 120.

⁴⁴⁶ As espécies de investigação, assim como, as manifestações de imputação em cada uma delas serão tratadas no capítulo 4.

⁴⁴⁷ Art. 2, §6º, Lei nº 12.830/2013.

⁴⁴⁸ A imputação teria sempre, em caso de ação penal pública, no órgão do Ministério Público, o sujeito ativo, salvo quando houver sido proposta a ação penal subsidiárias. Esta, porém, seria problema ligado à legitimação ativa *ad causam* que em nada interferiria na órbita da identificação das ações penais condenatórias. MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Vol. II. 3ª atualização. Campinas: Millennium, 2009. p. 240.

⁴⁴⁹ “Se o Ministério Público, em determinada ação, perde o prazo e o ofendido oferece a queixa, *bis in idem* haverá se outro promotor, em outro juízo, apresentar denúncia, pelo mesmo fato, contra o mesmo réu”. MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Vol. II. 3ª atualização. Campinas: Millennium, 2009. p. 240.

mentido, SABOYA afirma que “somente tem relevância a identidade da parte passiva, pouco importando as pessoas ou órgãos constantes do polo ativo do caso já apreciado”⁴⁵⁰. Contudo, entendemos que neste trabalho é imprescindível a identificação também do sujeito ativo da imputação para efeito de controle, especialmente no caso da imputação em sentido amplo, conforme será tratado no capítulo 4.

3.3.3.2 Sujeito Passivo

O sujeito passivo da imputação é a pessoa a quem se atribui a prática criminosa, isto é, aquela sobre a qual recai suspeita razoável de ser autora do crime⁴⁵¹. CARNELUTTI aborda o tema partindo da pergunta de o que seria necessário para que uma pessoa se torne alvo da imputação e sua resposta resume-se a “indícios suficientes de culpabilidade”, ressaltando que tal se trata apenas de uma aproximação já que nas situações de flagrante haverá a dispensa do “indício” substituindo-o por uma prova direta. O mesmo autor esclarece ainda que “en estas fórmulas la palabra *indicio* sea usada impropriamente por *sospecha*”.⁴⁵²

Com base no raciocínio anterior, temos que embora o sujeito passivo seja elemento de ambas espécies de imputação, na fase investigatória o juízo que recai sobre o sujeito passivo é ainda primário e traduz-se em uma preliminar suspeita embasada em elementos probatórios em fase de coleta. Na imputação em sentido estrito, por tratar-se de uma etapa avançada na persecução penal, haverá maior substrato probatório a embasar a imputação. Ou seja, há elementos mais contundentes apontando para determinado sujeito como autor da conduta delituosa.

É, portanto, sujeito passivo da imputação “la persona a cargo de la cual se forma la sospecha del delito”⁴⁵³. Independentemente da espécie de imputação – e conseqüentemente da fase da persecução penal - a imputação deve ser dirigida a pessoa certa e determinada.

⁴⁵⁰ SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria e perspectivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 169.

⁴⁵¹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Reação defensiva à imputação*. p. 245.

⁴⁵² CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal. Vol IV*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Bosch y Cia, 1950. p. 9.

⁴⁵³ CARNELUTTI utiliza o anoitecer como metáfora para explicar a noção de juízo progressivo centrada no sujeito passivo da imputação “así como no se puede apreciar exactamente el instante en que de la profundidad de la noche surge el primer destello del alba (...) todo lo que se puede decir es que en un cierto momento, sin ver todavía bien, se entrevé a un individuo como autor del delito”. CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal. Vol IV*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Bosch y Cia, 1950. p. 10.

Em caso de concurso de agentes, a todos os autores e partícipes, de forma que cada um possa ter conhecimento do que lhe é atribuído, sendo inadmissível a atribuição do mesmo fato a duas ou mais pessoas⁴⁵⁴.

Essa explicação é essencial na análise de violação ao *ne bis in idem* em duas ou mais persecuções simultâneas. O sujeito passivo de uma imputação deve ter sua autoria determinada na proporção e no alcance de sua conduta pelo que não é possível a coexistência de duas ou mais persecuções penais sobre o mesmo fato tendo o mesmo sujeito no polo passivo, ainda que a ele sejam atribuídas duas espécies diferentes de participação.

Conforme explica MAIER a identidade da pessoa perseguida penalmente em várias persecuções penais é uma condição especial para o efeito negativo do princípio *ne bis in idem*⁴⁵⁵. Deve tratar-se do mesmo sujeito em uma e outra persecução penal – sejam elas simultâneas ou sucessivas – entendido como imputado aquela pessoa que está sendo indicada como autora do fato ou partícipe do mesmo perante qualquer das autoridades legalmente competentes⁴⁵⁶. Característica imprescindível para a definição do imputado é a correlação entre a ação e o indivíduo⁴⁵⁷.

Assim como a imputação deve recair sobre pessoa certa e determinada, a proibição de persecuções simultâneas ou sucessivas deve também respeitar os limites do sujeito alvo da imputação. A proibição de nova persecução penal limita-se à pessoa que já foi ou está sendo alvo da mesma imputação em diversa persecução penal. É necessário analisar individualmente se a imputação veiculada em uma persecução penal é de fato idêntica a outra veiculada em outro processo penal. Caso exista essa duplicidade de imputações e seja

⁴⁵⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. *Reação defensiva à imputação*. p. 246.

⁴⁵⁵ MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal I: fundamentos*. 2ª Ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004. p. 604.

⁴⁵⁶ MAIER ressalva que há pessoas que não podem ser penalmente processadas sem antes serem destituídas de seus cargos, razão pela qual o funcionamento do princípio está condicionado também a que sejam proferida decisão viabilizando persecução penal contra tal indivíduo. MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal I: fundamentos*. 2ª Ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004. p. 604. A exceção explicada por MAIER, no processo penal brasileiro está concretizada no art. 86 da Constituição Federal. Oferecida denúncia contra o Presidente da República por infração penal comum, tal acusação deve ser analisada pela Câmara de Deputados e ser “admitida” em tal câmara, prosseguirá para análise do Supremo Tribunal Federal.

⁴⁵⁷ CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el proceso penal*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 196. p. 136. MANZANO explica que não haveria 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. MANZANO, Mercedes Pérez. *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. p. 127.

sanada tal violação ao *ne bis in idem* não pode a solução ser estendida a outros acusados que figurem na mesma persecução.

Suponhamos que o sujeito A, em conjunto com B e C, furta a carteira e o celular de X enquanto todos estavam no ônibus. Ocorre, que no mesmo trajeto de ônibus, após A já ter descido, B e C decidem roubar o relógio de X e são presos em flagrante sendo instaurado um inquérito policial a partir do flagrante no qual são indiciados B e C pelo furto da carteira e do celular e pelo roubo do relógio. Algum tempo depois, uma das testemunhas do ônibus decide comparecer perante outra delegacia e noticiar que presenciou o momento do furto e da carteira de X e descreve A e B como autores da conduta dando início a outro inquérito no qual são indiciados A e B pelo furto da carteira e do celular. O defensor de B ao conhecer do indiciamento alega a duplicidade de imputações e obtém o trancamento do segundo inquérito em relação a B.

O que se pretende explicar com esse exemplo é que o trancamento do segundo inquérito não aproveita automaticamente A⁴⁵⁸. É necessário analisar cada imputação individualmente e sob a ótica de cada imputado a fim de identificar a ocorrência de violação ao *ne bis in idem*.

Essa individualidade na análise da dupla imputação deve ser respeitada tendo em vista que, como explica MAIER o princípio *ne bis in idem* “rige *individualmente* y no posee *efecto extensivo*”. Trata-se de principio que torna inviável persecução penal já exercida, concluída ou em exercício, evitando repetidas tentativas para condenar o mesmo indivíduo, mas carece de eficácia para transformar em lícito o que é antijurídico e punível.⁴⁵⁹ No mesmo sentido, LEONE esclarece que “la condena o la absolución de una persona no impide la proposición de nuevo de la acción penal por el mismo hecho y hasta por el mismo título contra otras personas, incluso a título de participación”⁴⁶⁰.

Há diversas discussões envolvendo o sujeito passivo da imputação, especialmente em relação à qualificação dada ao agente. Por exemplo, poderia um sujeito acusado de ser

⁴⁵⁸ Em capítulo posterior veremos que a solução para tal exemplo, do ponto de vista procedimental é um pouco mais complexa do que o simples arquivamento do inquérito.

⁴⁵⁹ “Conforme a ello, es correcto, por ejemplo, que el autor de un hecho punible sea absuelto, porque no se pudo verificar con certeza el hecho o alguna de las circunstancias o elementos que tornan punible su comportamiento, y que, en otro proceso posterior, se condene a un cómplice, demostrando allí que el hecho principal del autor existió y él era culpable. No se podrá regresar sobre el autor, pero la condena del cómplice (...) es decir, de otra persona no amparada por la garantía, se ajusta a Derecho”. MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal I: fundamentos*. 2ª Ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004. p. 606.

⁴⁶⁰ LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal. Vol. III*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1963. p. 341.

coautor de um homicídio sofrer prisão preventiva em uma investigação criminal na qual, se sobre o mesmo fato, pende contra o sujeito outra investigação por participação no feito? A ideia que deve ser fixada neste tópico é que o sujeito passivo está intimamente ligado ao fato concreto imputado e tal não pode ser repetido em mais de uma imputação.

A relação que existe entre a conduta – ou a omissão – e o indivíduo será única e como tal não pode ser alvo de diversas persecuções penais, sob diferentes prismas. Tal assertiva é válida para qualquer espécie de imputação – em sentido amplo ou sentido estrito – e independentemente do veículo utilizado para manifestação do juízo de imputação – oferecimento de denúncia, deferimento de prisão cautelar ou sentença de pronúncia. Se a relação identificada é de autoria, não é possível iniciar – simultânea ou sucessivamente – uma nova persecução para analisar a relação do indivíduo como partícipe no mesmo fato concreto, uma vez que ele não pode ter sido ao mesmo tempo autor e partícipe da mesma conduta delituosa.

3.4 Cumulação de Imputações

Após tratar dos elementos da imputação, é ainda necessário esclarecer alguns conceitos que podem levar a confusões no âmbito da proibição de imputações idênticas e simultâneas. É possível a cumulação de imputações que se verifica quando a um acusado é atribuído mais de um fato delituoso ou quando o mesmo fato é atribuído a mais de um indivíduo, na proporção da conduta de cada um⁴⁶¹. Tal cumulação não constitui violação ao *ne bis in idem* pois há apenas uma soma de imputações diversas e não uma diversidade de imputações idênticas. Há, em ambos os casos, uma pluralidade de imputações, embora, a violação ao princípio *ne bis in idem* exista apenas no segundo.

MARQUES explica que é cabível no processo penal a cumulação de pedidos porquanto mais de uma acusação pode ser dirigida contra uma só pessoa em uma única

⁴⁶¹ Sobre o tema, BELING explica que “el mismo proceso puede abarcar, eventualmente, *varias causas penales*, esto es, varios objetos del proceso pueden reunirse en una unidad procesal por vía de *acumulación*, sea que varias causas penales se dirijan contra *diferentes imputados* (...) sea que varias causas penales conciernan a varios hechos del mismo imputado que están entre sí en *concurso real*”. BELING, Ernest. *Derecho Procesal Penal*. Trad. de Ricardo C. Nuñez e Roberto Goldschmidt. Córdoba: Imprenta de la Universidad, 1943. p. 31. Por partir de premissas diversas acerca do objeto do processo, discordamos do autor ao afirmar que haveria também cumulação de objetos processuais. Entendemos que mesmo no caso de cumulação de imputações há apenas uma pretensão acusatória, que engloba todas as imputações nela contidas.

denúncia, nesses casos, em cada acusação haverá uma só imputação⁴⁶². Essa cumulação, além de admissível, torna-se, em certos casos, imperativa, em virtude da conexão (ou continência) entre elas existente⁴⁶³. Embora referindo-se especificamente à litispendência, TORNAGHI explica que diferem a litispendência e a conexão porque nesta há um elemento comum ou mesmo dois, ao passo que naquela há total coincidência dos três elementos da ação⁴⁶⁴.

A conexão pode ser objetiva ou subjetiva, dá-se a primeira quando, contra um só réu, várias acusações são propostas, e a segunda quando as pretensões punitivas, cumuladas no processo têm sujeitos diversos. A primeira pode cumular-se com a segunda desde que várias sejam as pretensões punitivas deduzidas na acusação e, diversos os réus⁴⁶⁵.

O estudo da cumulação de imputações está intimamente ligado ao da conexão e continência, fenômenos que impõem a reunião em um só processo dos fatos criminosos ou dos acusados. Isso ocorre quando mais de um crime é cometido por mais de uma pessoa ou pela mesma pessoa. Nesses casos de pluralidade de crimes, é necessária a reunião dos processos seja por conveniência quanto à colheita das provas, seja para que se evitem decisões contraditórias⁴⁶⁶.

3.4.1 Imputações Conexas

Haverá reunião dos processos já instaurados nos casos de conexão e continência⁴⁶⁷. As hipóteses de conexão e continência estão descritas nos arts. 76 e 77 do CPP. Na conexão há pluralidade de infrações, praticadas por pluralidade de agentes ou mesmo por um agente único, não existe conexão quando o crime é único. São três as hipóteses legais:

⁴⁶² MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal. Vol. II.* 3ª atualização. Campinas: Millennium, 2009. p. 151.

⁴⁶³ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal. Vol. II.* p. 151.

⁴⁶⁴ TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de Processo Penal. Vol. I.* 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 460.

⁴⁶⁵ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal. Vol. II.* p. 253.

⁴⁶⁶ Embora o CPP trate da reunião de processos já instaurados, DEZEM entende que devam ser aplicadas regras de conexão e continência também aos inquéritos, na medida em que os inquéritos também aproveitariam uma maior eficiência na investigação e evitar-se-ia “erros de investigação que podem acabar por gerar denúncias contra pessoas de maneira indevida”. DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.p. 313.

⁴⁶⁷ Há uma discussão doutrinária acerca da natureza jurídica da conexão e da continência, há autores que consideram tratar-se de causa de determinação de competência e outros que defendem ser elas causas de modificação da competência. Tal natureza não é objeto de estudo e por isso o tema não será aprofundado.

i) conexão intersubjetiva que envolve uma pluralidade de agente; ii) conexão objetiva ou teleológica quando duas ou mais infrações são cometidas com a intenção de facilitar ou ocultar as outras, ou de conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas; e ii) conexão instrumental quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra.⁴⁶⁸

Já a continência ocorre quando há pluralidade de agentes e unidade de infração ou unidade de agente e concurso formal de delitos, a continência une as pessoas acusada de uma mesma infração. São duas as hipóteses legais: i) continência por cumulação subjetiva que é o caso de concurso de agentes, necessário ou eventual; e ii) continência por cumulação objetiva na qual há concurso formal de delitos.⁴⁶⁹ Comumente são atribuídas duas finalidades à conexão e à continência: evitar decisões conflitantes, em virtude de uma análise conjunta dos crimes ou dos coautores e; economia processual, na medida em que evita a repetição inútil de atos probatórios com a mesma finalidade em processos distintos. Além disso, sem a completa análise da prova, a defesa poderá ser prejudicada.

BADARÓ acrescenta ainda que as regras de conexão e continência, ao imporem uma reconstrução unitária dos fatos, permitem ao julgamento uma visão completa do fato criminoso, assim, asseguram uma reconstrução mais fiel dos fatos, na medida em que permitem a compreensão e análise de todo o material probatório. Explica ainda o autor que em alguns casos “a completa análise da prova poderá levar à inocência do acusado”.⁴⁷⁰ De modo que, tanto a conexão como a continência importam na unidade de processos e de julgamento, isto é, a ocorrência do chamado *simultaneous processes*, de forma que haverá reunião dos processos que estejam em varas distintas para que sigam conjuntamente até a sentença final⁴⁷¹.

⁴⁶⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3ª Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 251-252. ALBUQUERQUE sintetiza os casos de conexão objetiva “nela são uniformemente compreendidas as infrações que se ligam entre si por um nexo causal teleológico, assim como quando umas são praticadas para facilitar as outras, ou para ocultá-las, ou para conseguir-lhes a impunidade ou garantir-lhes alguma vantagem”. ALBUQUERQUE, Francisco Manoel Xavier de. *Aspectos da conexão. Tese de concurso à cadeira de Direito Judiciário Penal da Faculdade de Direito do Amazonas*. Manaus, 1956. p. 50

⁴⁶⁹ “Trata-se, pois, de concurso formal delitos (CP, art. 70), de erro na execução ou *aberratio ictus*, em que, além de atingir a pessoa que se pretendia, o agente também lesa outro indivíduo (CP, art. 73, segunda parte), e de resultado diverso do pretendido, ou *aberratio criminis*, em que, além do resultado pretendido, o agente causa também outro crime (CP, art. 74, 2ª parte)”. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3ª Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 254.

⁴⁷⁰ Por exemplo, demonstrando a incoerência ou a incompatibilidade de provas contra eles produzidas nos processos que tramitam separados. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3ª Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 250.

⁴⁷¹ DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 217.

Embora essa conexão entre imputações esteja ordinariamente ligada à questão da competência, a questão vai além da competência podendo se apresentar até mesmo em casos em que dois feitos separados tramitem perante o mesmo juiz. Desse modo, seus mecanismos de unificação processual podem servir como instrumentos úteis ao controle da ocorrência de violação ao princípio *ne bis in idem*. Isso porque, embora não se confundam as imputações conexas com as idênticas simultâneas, havendo o reconhecimento de duas imputações idênticas tramitando simultaneamente, em persecuções penais separadas e independentes, poderá ocorrer a unificação probatória para aproveitamento do que já foi colhido e produzido sobre o fato, suas circunstâncias e o autor nas duas persecuções, é o caso, por exemplos dos crimes de furto e de receptação⁴⁷².

O tema será melhor explicado no capítulo correspondente ao controle de imputações idênticas e simultâneas, o que se procura esclarecer neste tópico é que as imputações conexas, especialmente quando a conexão se dá por vínculo probatório, não são iguais às imputações idênticas que se busca combater com pelo *ne bis in idem*.

3.4.2 Imputação Alternativa

A cumulação de imputações tratada nos tópicos anteriores, contudo, abriu espaço para uma grande discussão acerca da possibilidade de imputação alternativa⁴⁷³. A questão central, ao tratar de imputação alternativa, reside na possibilidade de o sujeito ativo da imputação poder formular duas narrações, qualificá-las como tipos penais distintos e apresentá-las de maneira alternativa a fim de que seja escolhida aquela que melhor se encaixe com os elementos probatórios colhidos.

Diz-se alternativa a imputação quando a peça acusatória vestibular atribui ao réu mais de uma conduta penalmente relevante, asseverando que apenas uma delas efetivamente terá sido praticada pelo imputado⁴⁷⁴. Em resumo, havendo dúvida acerca das

⁴⁷² Como bem explica LOPES JR., a conexão exige sempre a prática de dois ou mais crimes, pode haver ou não pluralidade de agentes, mas **não existe conexão quando o crime é único**. LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. p. 491.

⁴⁷³ Embora essa questão acompanhe prévia explicação a acerca da cumulação de imputações em diversos manuais, FERNANDES esclarece que “não se trata de discussão diretamente ligada ao fenômeno da cumulação de imputações, pois o debate é em relação à possibilidade de alternatividade de imputações na narração de um só evento criminoso, quando há dúvida sobre a forma como teria sucedido”. FERNANDES, Antonio Scarance. *Reação defensiva à imputação*. p. 160.

⁴⁷⁴ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 9ª Ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 149.

circunstancias do fato e/ou da natureza da participação do sujeito passivo naquele fato concreto, poderia apresentar o promotor duas opções ao juiz de modo que ele, ao final da instrução, decida que uma restou “mais provável” que outra⁴⁷⁵.

A alternatividade refere-se à descrição dos elementos do fato típico que dá lugar a uma diversidade de qualificações jurídicas que são apresentadas juntamente com uma diversidade de narrações. Trata-se de um verdadeiro leque de opções possíveis, cristalizado em uma peça acusatória para que a autoridade judicial decida qual é a mais adequada ao caso concreto, o que pode também conduzir a uma interpretação de qual seria a mais adequada à condenação do acusado. Contudo, ao manifestar a imputação alternativa, mediante denúncia ou queixa, contrariar-se-á o preceito de que a acusação deve se referir com precisão ao fato certo e determinado⁴⁷⁶.

Assim, parece-nos que a imputação alternativa é capaz também de violar o princípio *ne bis in idem*. Imputar alternativamente duas narrações fáticas com duas classificações jurídicas distintas à mesma pessoa também consiste em imputar o mesmo fato duas vezes à mesma pessoa, ainda que na mesma persecução penal. O fato concreto – considerado como trecho da realidade – é único, e, conseqüentemente, as diversas representações que possam sobre ele ser feitas acarretarão *bis in idem*. Assim, se as duas narrações com suas respectivas classificações fossem imputadas em duas persecuções distintas haveria, indubitavelmente, uma violação ao princípio *ne bis in idem*. Cumular tais imputações na mesma persecução não constitui exceção à proibição.⁴⁷⁷

⁴⁷⁵ “Neste caso, o órgão acusador não tem segurança sobre qual crime efetivamente ocorreu (denúncia alternativa objetiva) ou quem efetivamente cometeu o delito (denúncia alternativa subjetiva). DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.p. 214.

⁴⁷⁶ “Nessa linha, a Súmula 1 das Mesas de Processo Penal: ‘Em princípio, não se admite denúncia alternativa, ainda quando houver compatibilidade lógica entre os fatos imputados, pois seu oferecimento quase sempre acarreta dificuldades ao exercício do direito de defesa’”. GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 10ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 117.

⁴⁷⁷ Outro aspecto a ser analisado no caso da imputação alternativa, e o mais grave – embora não seja objeto do trabalho – é a ausência de justa causa. Se, no momento do oferecimento da denúncia ou queixa ainda há dúvida acerca de qual seria a narração e a qualificação jurídica mais adequada ao caso concreto, conseqüentemente, não há ainda indícios suficientes de autoria e materialidade do delito. Nesse sentido, explica DEZEM que “se durante a investigação preliminar não se conseguiu apurar o crime cometido ou sua autoria, não se pode admitir que a acusação impute duas condutas ou duas pessoas na esperança de que a situação se acerte (...) ou bem a acusação identificou o crime que foi cometido e seus autores, ou então se deve arquivar o inquérito policial”. DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.p. 214-215. No mesmo sentido JARDIM explica que “a imputação alternativa é resultante de um quadro probatório relativamente incerto” JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 9ª Ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 149.

Da mesma forma, não é possível atribuir alternativamente a totalidade da conduta delituosa a mais de um sujeito. Trata-se de uma hipótese diversa daquela do acúmulo subjetivo resultante do concurso de agentes, em que cada um responde pela sua conduta, pois há uma imputação alternativa em relação ao mesmo fato cujo autor pode ser A ou B⁴⁷⁸.

Por outro lado, MARQUES considera que não há nada que impeça a imputação alternativa sendo que “pode o acusador atribuir um *ou* outro fato ao réu” uma vez que a “alternatividade, na acusação, apresenta relevância relativamente à imputação” dado o “caráter genérico do *petitum* no processo penal condenatório”⁴⁷⁹.

No mesmo sentido, MAIER explica que não há impedimentos à imputação alternativa ou subsidiária. De fato, trata-se de prática comum no âmbito dos crimes contra a honra no qual recomenda o autor incluir na peça acusatória todas as qualificações possíveis da conduta imputada, além de todos os elementos distintivos, objetivos e subjetivos que separam uns delitos de outro, de modo a evitar deixar algum dos delitos fora da demanda. O autor ainda explica que essa forma de acusação alternativa ou subsidiária não é apenas possível mas resulta inclusive necessária para evitar soluções abertamente lesivas a alguns princípios tais como *non liquet* e *ne bis in idem*.⁴⁸⁰

Há, no processo brasileiro, o que alguns autores têm considerado como “alternatividade da qualificação jurídica”⁴⁸¹. Isso porque o art. 383 do CPP autoriza o juiz a atribuir definição jurídica diversa àquela contida na denúncia, desde que não seja modificada a descrição do fato. Trata-se da denominada *emendatio libelli* que consiste na possibilidade de o juiz alterar a qualificação jurídica dos fatos, os quais permanecem inalterados⁴⁸².

⁴⁷⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. *Reação defensiva à imputação*. p. 246.

⁴⁷⁹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Vol. II. 3ª atualização. Campinas: Millennium, 2009. p. 151. No mesmo sentido, MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*, p. 113.

⁴⁸⁰ MAIER, Julio B. J. *Acusación alternativa o subsidiaria. Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Buenos Aires, v. 3, 4/5, p. 621-634., 1997. p. 627. Acreditamos que o raciocínio de MAIER está coberto, no processo penal brasileiro, pela possibilidade de o juiz sentenciante dar aos fatos qualificação jurídica distinta da apresentada pelo acusador. Isso porque MAIER faz referência a distintas classificações jurídicas dos mesmos fatos e não a modificações fáticas.

⁴⁸¹ FERNANDES ao explicar a hipótese de *emendatio libelli* explica que “toda acusação traz em si alternatividade quanto à definição jurídica do fato”. FERNANDES, Antonio Scarance. *Reação defensiva à imputação*. p. 161.

⁴⁸² No caso de *emendatio libelli*, embora o nome possa levar a crer o contrário, não há aditamento da denúncia. “A *emendatio* (art. 383 do CPP) ocorrerá no momento em que o juiz estiver julgando o feito. Vale dizer, no momento da sentença o juiz verifica que se trata, em verdade, de outro crime pelo qual deveria responder o acusado. Observa então que os fatos estão descritos na denúncia ou queixa e, então julga o feito

Todavia, a permissão dada ao juiz não significa que pode fazê-lo, diretamente, sem qualquer comunicação às partes. Toda vez que o juiz “for tomar alguma decisão que possa surpreender as partes”, em respeito ao princípio do contraditório, “deverá instar as partes a se manifestarem sobre tal questão”⁴⁸³. Contudo, nem mesmo nos casos de *emendatio libelli* há uma alternatividade de narrações. Ao juiz é dada a possibilidade de atribuir uma classificação jurídica diversa daquela contida na peça acusatória mas que versa sobre os mesmos fatos narrados na denúncia ou queixa.

JARDIM explica que há casos em que a área da incerteza está circunscrita a certas circunstâncias e não à ação principal. Por exemplo em um caso de homicídio em que há dúvida se o acusado o praticou por motivo fútil ou torpe, ou, ainda, se o crime foi praticado para facilitar execução ou assegurar vantagem de outro crime. As condições de admissibilidade das imputação alternativa serão traçadas a partir dessas premissas. Segundo o autor, não há qualquer vedação legal e a imputação alternativa deve ser admitida nas seguintes hipóteses: i) a denúncia ou queixa venha lastreada em inquérito concluído; ii) existam provas que justifiquem a dúvida sobre a real ocorrência deste ou daquele fato a ser atribuído alternativamente; iii) os fatos imputados alternativamente devem ser certos e determinados, de modo a permitir o regular exercício do direito de defesa; e iv) os fatos alternativamente imputados devem ser reciprocamente excludentes, sob pena de tornar cumulativa a imputação.⁴⁸⁴

Respeitosamente discordamos de tal admissibilidade ainda que obedecidos os requisitos apontados pelo autor dado que imputar alternativamente fatos pode acarretar violação ao *ne bis in idem*. Desde o começo deste trabalho explicamos que o fato consiste em um trecho da realidade e como tal, não pode ser imputado ao mesmo indivíduo múltiplas vezes, ainda que sob representações diferentes, eis aí uma barreira principiológica. A alteração de elementos acessórios do tipo – tal qual motivo fútil ou torpe – pode ser resolvida com um aditamento posterior da denúncia ou, em último caso, através da *emendatio libelli*. Não há necessidade, nesses casos, de submeter o réu, desde um princípio, a se defender de múltiplas imputações “possíveis”.

pela imputação que entende correta”. DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.p. 726.

⁴⁸³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. p. 538.

⁴⁸⁴ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 9ª Ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 156-157.

CAPÍTULO 4 - DUPLA IMPUTAÇÃO E VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO *NE BIS IN IDEM* NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

4.1 Previsão normativa da proibição de incorrer em *bis in idem*

No direito processual penal brasileiro não há referência expressa à proibição de perseguições penais idênticas e simultâneas. Ao contrário de outros países como Portugal⁴⁸⁵, Alemanha⁴⁸⁶, Estados Unidos⁴⁸⁷, México⁴⁸⁸, Paraguai⁴⁸⁹ e Equador⁴⁹⁰. A constituição argentina, curiosamente, não traz expressa referência ao princípio, porém, diversas constituições provinciais o fazem⁴⁹¹. No Brasil, o princípio *ne bis in idem* é fruto de uma interpretação dos dispositivos constitucional e por isso a sua aplicação é ainda tímida e confusa. Tem razão nesse sentido CRUZ ao denominar como “velada” a presença do princípio *ne bis in idem* pois há indiretas referências a ele na legislação infraconstitucional⁴⁹².

⁴⁸⁵ Art. 29.5 da Constituição da República Portuguesa: “Ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime”. Disponível em <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> Acesso em 25.11.2017.

⁴⁸⁶ Art. 103, III da Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: “Niemand darf wegen derselben Tat auf Grund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden”. Disponível em: <https://www.bundestag.de/grundgesetz> Acesso em: 25.11.2017.

⁴⁸⁷ 5th Amendment of the US Constitution: “(...) nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb”. Disponível <http://constitutionus.com> Acesso em 25.11.2017.

⁴⁸⁸ Art. 23 da Constitución Política de los Estados Unidos de Mexicanos: “Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias. **Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene.** Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia.” (g.n). Disponível em <https://www.juridicas.unam.mx/legislacion/ordenamiento/constitucion-politica-de-los-estados-unidos-mexicanos#10558> Acesso em: 25.11.2017.

⁴⁸⁹ Art. 14.4 de la Constitución de la República de Paraguay: “En el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a (...) que no se le juzgue más de una vez por el mismo hecho”. Disponível em [https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/162d151af444ded44125673e00508141/70fa4404138f6d39c12570530030067c/\\$FILE/Constitucion.P.araguay.ESP.pdf](https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/162d151af444ded44125673e00508141/70fa4404138f6d39c12570530030067c/$FILE/Constitucion.P.araguay.ESP.pdf) Acesso em 25.11.2017. O Paraguai contém disposição expressa a um “juízo único” também no Código de Processo Penal, art. 8 del Código Procesal Penal: “Nadie podrá ser procesado ni condenado sino una sola vez por el mismo hecho”. Disponível em https://web.oas.org/mla/en/Countries_Intro/Parag_intro_textfun_esp_6.pdf Acesso em: 25.11.2017.

⁴⁹⁰ Art. 76.7, “i”, de la Constitución del Ecuador: “Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia”. Disponível em http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf Acesso em: 25.11.2017.

⁴⁹¹ Por exemplo: Constituição da Província de Mendoza (art. 26) e Constituição da Província de Córdoba (art. 39).

⁴⁹² CRUZ, Rogério Schiatti Machado. *A proibição de dupla persecução penal (ne bis in idem): limites no direito brasileiro*. Tese de Doutorado. Orientador: Professor Doutor Antônio Magalhães Gomes Filho. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007. p. 112.

A previsão normativa brasileira que tangencia o princípio e sua aplicação reúne dispositivos da Constituição Federal, Código Penal, Código de Processo Penal e Estatuto do Estrangeiro. O diploma constitucional, no seu art. 5º, inciso XXXVI estabelece que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, portanto, há uma referência constitucional à proteção de julgamentos idênticos e sucessivas.

O Código Penal, embora não se refira expressamente à coisa julgada ou à litispendência, ao tratar de diferentes jurisdições no art. 8 dispõe que a pena cumprida no estrangeiro deve ser computada naquela imposta no Brasil quando idêntica. Já o Estatuto do Estrangeiro (Lei n. 6.815/1980) veda, no art. 77, inciso V, a extradição de indivíduo que “estiver a responder a processo ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido”.

O Código de Processo Penal faz referência à litispendência e à coisa julgada. No art. 95 é estabelecida a possibilidade de oposição das exceções de litispendência e coisa julgada e no art. 110 o diploma processual estipula que o procedimento dessas exceções seguirá o disposto para a exceção de incompetência⁴⁹³. Contudo, o Projeto de Lei nº 8.045/2010 que pretende reformar o Código de Processo Penal se propõe a implementar definitiva e expressamente um modelo acusatório no processo penal brasileiro. Nessa linha, veda expressamente a iniciativa judicial na fase investigatória e institui a figura do juiz de garantias. Porém, silencia completamente a respeito das violações ao *ne bis in idem*, de fato, sequer a previsão das exceções de litispendência e coisa julgada foram mantidas ou adequadas no projeto.

SABOYA opina que o sistema jurídico punitivo brasileiro, “além de não ter larga tradição nas questões relacionadas ao princípio do *ne bis in idem*, costuma reduzir, até mesmo, sua dimensão processual, definindo-o, não raras vezes como mera decorrência da coisa julgada”⁴⁹⁴. Essa ausência na tradição jurídica brasileira quanto ao efetivo reconhecimento do *ne bis in idem* deve-se à “quase inexistência de marcos históricos,

⁴⁹³ ESPÍNOLA FILHO explica que dos Códigos Estaduais anteriormente vigentes, o do Paraná era o único que fornecia uma noção de litispendência: “Terá lugar a exceção de litispendência, achando-se pendentes, pelo mesmo crime, perante o mesmo juiz ou perante outro, ação idêntica”. Por ação idêntica o autor entende “ação destinada à apuração do mesmo fato delituoso, quer seja uma infração simples, quer um crime composto, ou um delito continuado, ou permanente”. ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. Vol. 2. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. p. 293.

⁴⁹⁴ SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria e perspectivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 213.

inclusive normativos, sobre essa matéria”⁴⁹⁵. Concordamos, nesse ponto, com o autor pois além de haver uma expressa redução do *ne bis in idem*, absoluta inexistência de expressa previsão constitucional e legal, a doutrina brasileira pouco tem se debruçado sobre o *ne bis in idem* processual, na sua manifestação em persecuções penais simultâneas.

Em resumo, a aplicação do princípio no processo penal brasileiro, especialmente no que tange à proibição de persecuções penais simultâneas deve ser realizada mediante interpretação conjugada desses e outros dispositivos legais disponíveis no direito brasileiro. O princípio está expressamente previsto em diplomas internacionais assinados e ratificados pelo Estado Brasileiro tais como Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos⁴⁹⁶, a Convenção Americana de Direitos Humanos⁴⁹⁷ e o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional⁴⁹⁸. Esses diplomas internacionais contêm expressa previsão sobre a impossibilidade de julgar e punir novamente o mesmo indivíduo pelos mesmos fatos⁴⁹⁹.

É certo que os três diplomas se referem a situações nas quais já houve sentença com transito em julgado, porém, como já explicado no capítulo 1, entendemos que o princípio *ne bis in idem* engloba também as persecuções penais simultâneas. Restringir a aplicação do princípio apenas a persecuções sucessivas seria admitir a possibilidade de

⁴⁹⁵ “Vê-se, assim, que, com exceção da explícita enunciação do princípio *ne bis in idem* no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e na Convenção Americana de Direitos Humanos, incorporados ao ordenamento jurídico interno, há uma absoluta precariedade, com escasso ou quase inexistente regramento acerca do que se deve entender pelo princípio do *ne bis in idem*”. SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria e perspectivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 213 e 222-223. Interessante notar que, ainda que como mera enunciação, em todas as Ordenações do Reino havia previsão do princípio do *ne bis in idem*. CRUZ, Rogério Schietti Machado. *A proibição de dupla persecução penal (ne bis in idem): limites no direito brasileiro*. p. 110-111.

⁴⁹⁶ Decreto nº 592 de 6 de julho de 1992 promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos que estipula no art. 14.7: “Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absorvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país”.

⁴⁹⁷ Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992 promulga a Convenção Americana de Direitos Humanos que estipula no seu Art. 8.4: “O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo **pelos mesmos fatos**” (g.n).

⁴⁹⁸ Decreto nº 4.388 de 25 de setembro de 2002 que promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. O diploma internacional no seu art. 20.1 “Salvo disposição contrária do presente Estatuto, nenhuma pessoa poderá ser julgada pelo Tribunal por atos constitutivos de crimes pelos quais este já a tenha condenado ou absolvido”.

⁴⁹⁹ Embora sejam tratados assinados antes da vigência da EC nº 45 de 2004, entendemos que suas disposições têm status constitucional sendo o *ne bis in idem* princípio inerente ao Estado Democrático de Direito e ao devido processo penal. GRECO FILHO explica que uma das garantias mais importantes legadas pelas declarações universais de direitos é a do devido processo legal para a imposição de penas criminais. “É na Constituição, portanto, que o processo penal vai encontrar seu embasamento, porque é na Constituição que estão consagrados os princípios do regime adotado por uma nação (...) o processo constitucionalmente estruturado, portanto, atua como indispensável garantia passiva contra o arbítrio do que eventualmente representa o Estado”. GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 83-84.

submeter o acusado ao constrangimento de figurar em múltiplas persecuções penais idênticas, simultaneamente, além de movimentar a máquina estatal em um processo que, após o transitio em julgado, será reconhecido como violador do princípio.

Do mesmo modo, não há previsão normativa acerca do que pode constituir *bis in idem*. Ou seja, não há, no processo penal referência normativa sobre a identificação de duas persecuções penais simultâneas. Utiliza-se, é certo, por analogia a disposição do Código de Processo Civil que estabelece a identidade tripa no art. 337, §2º. Contudo, tendo em vista as particularidades do sistema penal, há muito já reconheceu a doutrina a dificuldade em aplicar dispositivos processuais civis a questões penais. Há também consenso acerca da identidade de fatos e não de crimes, isto é, proíbe-se múltiplas persecuções penais contra o mesmo indivíduo pelo mesmo fato, ainda que a tipificação penal seja diversa⁵⁰⁰.

4.2 Imputação na Fase Investigatória

A efetivação da sanção reclama a existência de processo em que, confrontado o *ius puniendi* do Estado com o *ius libertatis* do indivíduo, tenha lugar, ao seu termo, o julgamento que, se o acusado for considerado culpado, será impositivo de penação. Assim, é certo que cometida a infração, não pode ser imposta, direta e imediatamente, a sanção em lei prevista para coibir sua prática.

Explica TUCCI que a punição no caso concreto deve resultar de um pronunciamento judicial, caracterizado em processo timbrado pelo *due process of law* sendo, por isso, necessário que o Estado ostente a titularidade de “outro direito, igualmente público e subjetivo, e correntemente denominado *ius persecuendi*, ou *ius persecutionis*” sendo tal direito exteriorizado na persecução penal ou *persecutio criminis*⁵⁰¹.

⁵⁰⁰ Os próprios diplomas internacionais fazem referência expressa a uma nova persecução penal “pelos mesmos fatos” (g.n). Explica FERREIRA que sob o ponto de vista normativo processual, a diversidade ou identidade do crime decorre da mesmidade ou não do fato ou do caso e de o concreto agente do crime se manterem ou não inalteráveis, conformes à historicidade fixada no objeto do processo. FERREIRA, Manuel Marques. *Da alteração dos factos objecto do processo penal*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Coimbra. Vol. 1, n. 2, p. 221-239, abr./jun., 1991. p. 227.

⁵⁰¹ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 28-29.

A persecução penal é composta de duas fases, à primeira denomina-se investigatória e à segunda dá-se o nome de processual⁵⁰². A fase de investigação é, portanto, o ponto de partida para uma persecução penal bem-sucedida, que atenda ao interesse da sociedade de elucidar crimes sem abrir mão do respeito aos direitos mais comezinhos dos investigados⁵⁰³. No processo penal, a fase investigatória é *preservadora* (da inocência e da justiça) contra acusações infundadas e *preparatória* (dos meios de prova)⁵⁰⁴.

Embora não seja indispensável para todas as espécies de ação – a exemplo das ações penais de iniciativa privada por crime contra a honra –, a fase investigatória é peça fundamental para o processo penal de um modo geral pois é na fase investigatória que se reúnem elementos que justifiquem, ou não justifiquem, a evolução da persecução para a fase processual. A denúncia ou queixa que provocam o início da segunda fase devem conter os requisitos mínimos exigidos pelo art. 41 do CPP, em caso de ausência desses requisitos a acusação será rejeitada pela autoridade judicial.

A importância da fase preliminar reside justamente na sua configuração como instrumento que legitima o uso da força do Estado e se consubstancia como freio ao poder punitivo estatal. Isso porque é necessária a prévia colheita de elementos necessários para submeter o indivíduo a um processo penal que pode resultar em sua condenação e, conseqüentemente, na restrição de direitos.⁵⁰⁵ A continuação da persecução pois caso não

⁵⁰² “Afirma-se que a *persecução penal* compõe-se de dois instantes, momentos ou fases: uma extrajudicial e outra judicial”. PITOMBO, Sérgio M. Moraes. *Inquérito Policial: novas tendências*. Belém: CEJUP, 1987. p. 18.

⁵⁰³ CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Indispensabilidade do Inquérito Policial. In *Investigação Criminal pela Polícia Judiciária*. 2ª Tir. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016. p.17.

⁵⁰⁴ Segundo o autor, o crime compõe-se de dois elementos: o material e o incorpóreo. Tudo quanto se pode ver, ouvir, tocar, sentir em geral, e atribuível ao delito, antes, na pendência ou depois de sua execução, é o seu *corpo*, o *corpo de delito*. A intenção do agente ao infringir um preceito da lei penal é inatingível pelos sentidos dos observadores: é a *culpa*, no sentido lato. Instruir o juiz sobre o crime é, por provas, *formar o corpo de delito e formar a culpa*. À formação da culpa designa-se instrução criminal, podendo esta ser definitiva ou preliminar. “Distinguem-se, outrossim, na formação da culpa preliminar, por sua vez, *suas funções probatória e preventiva*. Se a *função preparatória* deixa ver na formação da culpa preliminar algo da instrução definitiva, por se destinar a servir na audiência de julgamento da causa, a função *preventiva* dá à mesma formação de culpa caráter autônomo como fundamento do juízo de acusação expresso na *pronúncia*”. ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p.35.

⁵⁰⁵ BOBBIO fazendo referência às propostas de reforma avançadas elaboradas por FERRAJOLI no livro, explica que elas são uma direta consequência da “teoria liberal dos relacionamentos entre indivíduo e Estado, segundo a qual primeiro vem o indivíduo, e depois vem o Estado, e o Estado não é jamais um fim em si mesmo porque é – ou deve ser – somente um meio que tem por fim a tutela da pessoa humana, de seus direitos fundamentais de liberdade e de segurança social”. BOBBIO, Norberto. In *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. FERRAJOLI, Luigi. *Prefácio à 1ª Ed.* Tra. SICA, Ana Paula Zomer; CHOUKR, Fauzi Hassan; TAVARES, Juarez; GOMES, Luiz Flávio. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

seja possível reuni-los, a denúncia ou a queixa não podem ser apresentadas sob pena de nulidade⁵⁰⁶.

SAAD define a investigação criminal como a pesquisa sistemática e sequente do objeto, utilizando os meios de apoios técnicos disponíveis, e que se desenvolve pela informação, por meio de fontes regulares ou estimuladas, pela indagação técnica e pela posterior instrumentação, dependente dos recursos técnicos disponíveis⁵⁰⁷. LOPES JR. refere-se à investigação como o “conjunto de atividades desenvolvidas concatenadamente por órgãos do Estado, a partir de uma notícia-crime, com caráter prévio e de natureza preparatória” em relação à fase processual e que “pretende averiguar a autoria e as circunstâncias de um fato aparentemente delituoso”⁵⁰⁸.

Reunindo ambos conceitos, tem-se que é necessário um procedimento prévio à instauração da persecução penal em juízo no qual sejam colhidos elementos que deem suporte probatório ao aforamento da ação penal de conhecimento, tendo em vista o ônus que significa para o indivíduo ter contra si um processo penal⁵⁰⁹. Assim, a fase investigatória exibe dupla função, preservadora e preparatória. A primeira garante que se diminuam, ou minimizem, acusações infundadas, temerárias e até caluniosas, evitando o custo de acusações formais inúteis perante o juízo criminal. A segunda cuida de acautelar eventuais meios de prova que podem desaparecer com o passar do tempo⁵¹⁰.

Vista a imputação na sua forma ampla, como juízo pelo qual se atribui a alguém a prática de infração penal, existe desde a fase de investigação, não ficando circunscrita ao

⁵⁰⁶ “A narração deficiente ou omissa, que impeça ou dificulte o exercício da defesa, é causa de nulidade absoluta, não podendo ser sanada porque infringe os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa”. É necessário esclarecer que a nulidade ocorrerá caso a denúncia ou queixa seja recebida, a mera apresentação de uma peça omissa ou incompleta está sujeita à rejeição por inépcia. É o que ressaltam os autores “A sentença que vier a ser prolatada em processo iniciado por denúncia ou queixa inepta será afetada porque assentada em procedimento viciado desde a sua origem”. GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 10ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 116.

⁵⁰⁷ Definição elaborada em referência às anotações de aulas proferidas pelo Prof. Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, no curso de graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. p. 166. ZILLI ao contrapor a atividade instrutória à investigatória esclarece que esta é a pesquisa de um fato aparentemente ilícito que pode ou não resultar na formalização de uma simples acusação, ao passo que, aquela visa verificar a veracidade de um enunciado, ou seja, toma por base uma hipótese de acusação já elaborada. ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal*. p. 211.

⁵⁰⁸ LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 256.

⁵⁰⁹ SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 131.

⁵¹⁰ SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 131-132.

momento em que é oferecida denúncia ou queixa⁵¹¹. Essa atividade investigatória preliminar pode assumir diversas formas sendo o inquérito policial apenas uma das espécies.

Além disso, entendemos que a violação ao *bis in idem* pode ocorrer em mais de uma espécie, a depender de análise do caso concreto. Ou seja, é possível que exista violação princípio *ne bis in idem* se houver duas imputações idênticas e simultâneas, ainda que em diversas espécies de investigação. A seguir apresentamos diversas espécies de investigação a fim de identificar em todas elas a manifestação de imputação em sentido amplo e as hipóteses em que haverá imputações idênticas e simultâneas.

4.2.1 Inquérito Policial

O inquérito policial é, sem dúvida, a espécie mais comum de investigação de investigação preliminar. Trata-se de um procedimento⁵¹² administrativo presidido pela autoridade policial, Polícia Civil dos Estados ou Polícia Federal, consistente em atos de investigação visando a apurar a ocorrência de uma infração penal e sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa exercê-la, “bem como requerer medidas cautelares”⁵¹³.

É por isso, que não se pode ignorar que já na fase de investigação há uma imputação em sentido amplo que será arrastada até a fase processual e culminará na sentença, sendo a imputação confirmada ou negada. Ainda que se trate de uma fase preliminar, já existe, por parte das autoridades, um juízo de atribuição de determinada conduta delituosa ao agente e é com fundamento nesse juízo que são realizadas diligências como o indiciamento, busca e apreensão domiciliar, decretação de prisão temporária, etc.

⁵¹¹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Reação defensiva à imputação*. p. 102.

⁵¹² “Trata-se de um procedimento na medida em que o legislador prevê uma sequência de atos a serem praticados pela autoridade policial” BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. p. 116. Em sentido contrário, FERNANDES entende que o inquérito policial não pode ser sequer considerado procedimento administrativo em sentido estrito, pois a sua formação não é constituída por atos concatenados conforme sequência predeterminada pela lei. FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. p.70.

⁵¹³ BADARÓ, Gustavo. O valor probatório do inquérito policial. In *Polícia e investigação no Brasil*. Coord. AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; VASCONCELOS, Eneas Romero de. Brasília: Gazeta Jurídica EDPA, 2016. p. 257.

BADARÓ considera o inquérito policial um instrumento para viabilizar o futuro processo penal afirmando que aquele valerá pelo efeito que terá quanto ao início deste⁵¹⁴. Isso porque não se pode negar que há situações, previstas em lei, nas quais a valoração dos elementos colhidos em fase de investigação será posteriormente efetuada pelo juiz na fase processual, é o caso das provas cautelares, não repetíveis e antecipadas⁵¹⁵. Essa importância do inquérito policial no transcorrer do processo, até a sentença final, aliada à possibilidade de restrição ou limitação dos direitos do indivíduo sob investigação evidenciam a existência de um juízo de imputação já na fase preliminar da persecução penal.

A partir do momento em que convergem os três elementos da imputação há um juízo que recai sobre determinado indivíduo, não sendo necessário que se ingresse na fase processual para estabelecer esse marco inicial. PITOMBO explica que o inquérito policial integra o processo penal como um todo e, por isso, é parte da persecução penal, a parte destinada à *formação da culpa*, e por isso não se trata de uma simples peça informativa, é um verdadeiro procedimento preparatório, no qual existe a formação da culpa, dispondo a autoridade policial de poderes para investigação⁵¹⁶. Não se trata, portanto, de um procedimento estático no qual a autoridade policial se limita a recolher dados que, eventualmente, chegam ao seu conhecimento, os poderes de investigação próprios dessa fase preliminar manifestam um juízo sobre determinado indivíduo⁵¹⁷.

É até certo ponto intuitivo considerar que a atividade de investigação engloba um juízo de atribuição, juízo esse que se subsume a uma imputação em sentido amplo no momento em que é identificado um sujeito específico. A investigação nasce com a ocorrência de um fato concreto correspondente a uma preceito penal primário, a partir desse momento a autoridade policial – no caso do inquérito policial - investe seus esforços em reunir elementos que possam apontar o autor do fato e as circunstâncias nas quais ocorreu tal fato.

⁵¹⁴ BADARÓ, Gustavo. O valor probatório do inquérito policial. *In Polícia e investigação no Brasil*. Coord. AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; VASCONCELOS, Eneas Romero de. Brasília: Gazeta Jurídica EDPA, 2016. p. 260.

⁵¹⁵ Art. 155 do CPP: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

⁵¹⁶ PITOMBO, Sérgio M. Moraes. *Inquérito Policial: novas tendências*. Belém: CEJUP, 1987. p. 19.

⁵¹⁷ “Dizer-se, por isso, que o *inquérito policial* consiste em mero *procedimento administrativo* e encerra *investigação administrativa*, é simplificar, ao excesso, a realidade sensível”. PITOMBO, Sérgio M. Moraes. *Inquérito Policial: novas tendências*. Belém: CEJUP, 1987. p. 21.

No início, a polícia tem várias linhas de investigação e conforme a investigação vai se desenrolando, os elementos de convicção acabam por apontar para uma ou mais pessoas como autoras da infração penal⁵¹⁸. A partir do momento em que há a determinação do provável sujeito autor do fato, completa-se a tríade da imputação – fato, qualificação jurídica e sujeito – que sendo um juízo de atribuição, poderá ser manifestado através de diversas formas.

4.2.1.1 Manifestação da imputação através do indiciamento

O indiciamento compõe-se, sob o ângulo etimológico, da palavra *indício*, forma divergente de *endez*, mais o sufixo *amento*. A voz substantiva *endez*, derivante do latim *indicii*, significa indicação, sinal, revelação e autorização para fazer acusação ou denúncia. O sufixo *amento* é formador de substantivos de ação, movimento que possui ideia coletiva. Portanto, indiciar, sob o enfoque antes mencionado, “consiste, pois, em mostrar por vários indícios, permitindo acusação. *Indiciamento* é o ato, ou efeito, de assim o fazer”⁵¹⁹.

No inquérito policial, “o *indiciamento* há de ostentar-se como atos do procedimento, que resulta do encontro de um ‘feixe de indícios convergentes’, que apontam o provável fautor da infração penal”⁵²⁰. É, portanto, o ato declaratório da autoridade policial, por meio do qual expressa sua convicção pela culpa *lato sensu* do investigado⁵²¹.

Do ponto de vista formal, o indiciamento é o ato pelo qual a autoridade policial reconhece que os indícios de autoria recaem sobre determinado suspeito e procede à tomada de uma série de condutas: identificação do suspeito, pregressamento, interrogatório

⁵¹⁸ DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 144.

⁵¹⁹ PITOMBO, Sérgio M. Moraes. *Inquérito Policial: novas tendências*. Belém: CEJUP, 1987. p. 37.

⁵²⁰ PITOMBO explica que diferem as figuras do suspeito e do indiciado no sentido de que existem dois juízos de quanto à autoria. O juízo possível consiste naquele que, logicamente, não é contraditório. Inexistem motivos fortes pró ou contra, é possível que o sujeito seja o autor da conduta, ele aflora como suspeito. Já o juízo provável é verossímil, aproxima-se da verdade, sem ser verdadeiros pois parte de razões robustas porém ainda não decisivas, sendo provável que seja o indivíduo o autor da conduta deve ele ser indiciado. PITOMBO, Sérgio M. Moraes. *Inquérito Policial: novas tendências*. Belém: CEJUP, 1987. p. 37 e 39.

⁵²¹ ANSELMO, Márcio Adriano. Indiciamento: Fundamentação e Efeitos. *In Investigação Criminal pela Polícia Judiciária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 89. PITOMBO explica que indiciamento que se leva a efeito no inquérito policial, deve ser o resultado concreto da convergência de indícios que assinalam incriminando certa pessoa, ou determinadas pessoas, qual praticantes do ato, portanto, o indiciamento necessita de um “suporte fático positivo de culpa penal, *lato sensu*”. PITOMBO, Sérgio M. Moraes. *Inquérito Policial: novas tendências*. Belém: CEJUP, 1987. p. 37.

e comunicação aos órgãos de identificação e estatística⁵²². O indiciamento é, via de regra, praticado no final da investigação ao considerar-se concluída a fase de coleta de elementos probatórios do delito investigado quando então é possível, após análise do material reunido, concluir-se pela autoria de determinada pessoa, individualizando-se o provável autor⁵²³.

O Código de Processo Penal Brasileiro não estipula fase própria em que o investigado passa a ser indiciado⁵²⁴, embora mencione o indiciado em vários artigos, pelo que poderia parecer que se trata de ato discricionário da autoridade policial. CHOUKR afirma que o ato de indiciar é, na maioria dos casos, oriundo de uma convicção pessoal da autoridade judicial e na prática é raramente motivado pois não é novidade em uma investigação criminal “a situação em que, logo após a ‘autuação’, sem que nada exista nos autos além de um boletim de ocorrência, venha já o indiciamento de um ‘suspeito’”⁵²⁵.

Contudo, o indiciamento não pode ser um ato arbitrário já que contém uma proposição de autoria provável, podendo ser considerado um “rascunho de eventual acusação”⁵²⁶. “Indiciar alguém” não deve surgir como ato arbitrário da autoridade, “o indiciamento que se leva a efeito no inquérito policial deve ser o resultado concreto da aludida convergência de indícios que assinalam incriminando certa pessoa”⁵²⁷. Além disso, o ato não se funda no uso de um poder discricionário pois inexiste a possibilidade legal de escolher entre indiciar, ou não, o suspeito sobre o qual se reuniu prova da autoria da infração, deve ser indiciado⁵²⁸.

⁵²² DEZEM explica que o indiciamento deve ser visto de maneira bifronte: atua tanto como mecanismo indicativo para a sociedade de que o trabalho policial está encerrado no que se refere à autoria quanto para o indiciado que passa a poder atuar de maneira mais ampla na questão de sua defesa. DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 144-145.

⁵²³ ANSELMO, Márcio Adriano. Indiciamento: Fundamentação e Efeitos. In *Investigação Criminal pela Polícia Judiciária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 83.

⁵²⁴ Há, contudo, entendimento pacífico na jurisprudência de que “a determinação do indiciamento formal, quando já em curso a ação penal pelo recebimento da denúncia, é tida por desnecessária e causadora de constrangimento ilegal”. STJ, HC nº. 35.639/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 21.10.2004. No mesmo sentido, STJ, HC nº 17.984/SP, Rel. Min Edson Vidigal, j. 02.04.2002 e HC nº 37.579/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 07.10.2004.

⁵²⁵ O autor trata esse tipo de situações como verdadeiros pontos de interrogação, notadamente naquelas hipóteses em que o indiciado utiliza seu direito ao silêncio. CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. 2ª Ed. Rev, atual e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p.165-166.

⁵²⁶ “Suscetível, é certo, de avaliar-se, depois, como verdadeira, ou logicamente falsa”. Do mesmo modo que “as denúncias e queixas, também, se manifestam quais esboços da sentença penal”. PITOMBO, Sérgio M. Moraes. *Inquérito Policial: novas tendências*. Belém: CEJUP, 1987. p. 38.

⁵²⁷ PITOMBO, Sérgio M. Moraes. *Inquérito Policial: novas tendências*. Belém: CEJUP, 1987. p. 38.

⁵²⁸ “Já aquele que, contra si, possui frágeis indícios, ou outro meio de prova esgarçado, não pode ser indiciado”. PITOMBO, Sérgio M. Moraes. *Inquérito Policial: novas tendências*. Belém: CEJUP, 1987. p. 38.

Esse também tem sido o entendimento sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal para quem o indiciamento não pode, nem deve, constituir um ato de arbítrio do Estado, especialmente se se considerarem as graves implicações morais e jurídicas que derivam da formal adoção. O indiciamento de alguém, por suposta prática delituosa, somente se justificará se, e quando houver indícios mínimos, que apoiados em base empírica idônea, possibilitem atribuir-se, ao mero suspeito, a autoria do fato criminoso⁵²⁹.

A legitimidade do ato de indiciamento repousa exatamente na necessária existência de um mínimo probatório que torne possível reconhecer que determinada pessoa teria praticado o ilícito penal. Recentemente, o art. 2º, §6º da Lei nº 12.830/2013 estabeleceu que o indiciamento “dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias”. No mesmo sentido, o Departamento de Polícia Federal, no art. 103 da Instrução Normativa nº 1/1992 determina que a “indiciação somente será procedida após colheita das provas necessárias à comprovação da ocorrência e da autoria da infração”⁵³⁰.

E mais, para além do juízo da tipicidade do fato concreto, no ato de indiciamento o Delegado de Polícia deve também apontar os elementos colhidos que interfiram na antijuridicidade e culpabilidade⁵³¹. O Projeto de novo Código de Processo Penal (PL nº 8.045/2010) faz expressa referência à necessária fundamentação do indiciamento⁵³².

⁵²⁹ STF, Inq. 2.041 MG, Rel. Min. Celso de Mello. Informativo n. 323, DJU de 06.10.2003. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo323.htm#Inquérito Policial: Controle Judicial do Indiciamento \(Transcrições\)](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo323.htm#Inquérito_Policial:_Controle_Judicial_do_Indiciamento_(Transcrições)) Acesso em: 30.09.2017. Aury Lopes Jr. explica que é o indiciamento levado à cabo sem a necessária fundamentação pode levar à cassação do despacho de indiciamento o que não pode ser confundido com o trancamento do inquérito policial já que a investigação pode continuar, inclusive, “surgindo novos elementos de convicção, o paciente pode ser novamente indiciado”. LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. p.336.

⁵³⁰ No Estado de São Paulo, a Portaria n. 18 de 25 de novembro de 1998, da Delegacia Geral de Polícia, exige, em seu art. 5 estipula que: “Logo que reúna, no curso das investigações, elementos suficientes acerca da autoria da infração penal, a autoridade policial procederá ao formal indiciamento do suspeito decidindo, outrossim, em sendo o caso, pela realização da sua identificação pelo processo datiloscópico. Parágrafo único – O ato aludido neste artigo deverá ser precedido de **despacho fundamentado**, no qual a autoridade policial pormenorizará, com base nos elementos probatórios objetivos e subjetivos coligidos na investigação, os motivos da sua convicção quanto a autoria delitiva e a classificação infracional atribuída ao fato, bem assim, com relação à identificação referida, acerca da indispensabilidade de sua promoção, coma demonstração de insuficiência de identificação civil, nos termos da Portaria DGP-18, de 31 de janeiro de 1992”. (g.n) Disponível em https://www.imprensaoficial.com.br/DO/BuscaDO2001Documento_11_4.aspx?link=/1998/executivo%2520s%2520i/novembro/27/pag_0003_767ALR6CMDFKAE6D6PJQKLRQ5F5U.pdf&pagina=3&data=27/11/1998&caderno=Executivo%20I&paginaordenacao=10003 Acesso em 05.10.2017.

⁵³¹ ANSELMO, Márcio Adriano. Indiciamento: Fundamentação e Efeitos. *In Investigação Criminal pela Polícia Judiciária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 85.

⁵³² Art. 30 do PL nº 8045/2010 “Reunidos elementos suficientes que apontem para a autoria da infração penal, o delegado de polícia cientificará o investigado, **atribuindo-lhe, fundamentadamente, a condição jurídica de “indiciado”**, respeitadas todas as garantias constitucionais e legais” (g.n).

É necessário esclarecer, porém, que o indiciamento e qualificação direta ou indireta são institutos distintos e inconfundíveis. O primeiro é a indicação do autor ao passo que a segunda diz respeito à individuação de pessoa – indiciado ou outrem – mencionada, de qualquer maneira, no desenrolar da investigação criminal. A qualificação, direta ou indireta, é consequência do indiciamento pois trata-se de uma forma imposta pelo legislador para estabelecer a identidade do indiciado, não podendo ser confundida com o ato de indiciar⁵³³.

Assim, o indiciamento é, sem dúvida, um veículo de manifestação da imputação em sentido amplo já que ele reúne todos os elementos da imputação, fato concreto, qualificação jurídica e indivíduo determinado. Há no indiciamento a consolidação de um juízo, da autoridade policial, sobre a individualização da conduta delituosa e a identidade do provável autor dessa conduta.

O indiciamento entendido como “esboço de acusação” e preliminar de uma tese acusatória que será posteriormente veiculada através de denúncia ou queixa, engloba o juízo de atribuição do provável cometimento de determinada infração penal por um ou mais sujeitos determinados⁵³⁴. É assim que, do ponto de vista prático, deve ser o indiciamento visto como um dos marcos iniciais da imputação que, como juízo progressivo que é, será desenvolvido ao longo da persecução penal para ao final provar-se verdadeiro ou não.

Dos veículos de manifestação da imputação, no inquérito policial, que serão tratados neste tópico, o indiciamento é talvez o menos polêmico. Isso porque, o efeito principal do ato de indiciamento é firmar a condição do sujeito passivo como autor da

⁵³³ TUCCI explica que a qualificação indireta não pode ser confundida com o indiciamento, o primeiro refere-se à indicação do autor da infração penal já a qualificação indireta refere-se especificamente à individuação de pessoa – indiciado, ou outrem – mencionada de qualquer maneira, no desenrolar da investigação criminal. Acrescenta ainda o autor que “a *qualificação indireta* de pessoa ausente da localidade em que instaurado e efetuado o inquérito resulta mais do zelo da autoridade policial do que, propriamente, da ocorrência de indícios direcionados ao apontamento de autor de infração penal, embora a qualificação indireta deve ter lugar quando o indiciado, de qualquer modo, se furte ao indiciamento, sem poder com ele ser confundido. TUCCI, Rogério Lauria. Indiciamento e qualificação indireta. Fase de investigação criminal – distinção. In *Doutrinas Essenciais de Processo Penal. Vol. II*. Organ. NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza de Assis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 374-378.

⁵³⁴ Tratando-se o indiciamento de um juízo manifestado pela autoridade policial que preside a investigação é ato privativo do Delegado de Polícia e, portanto, não cabe requisição do Ministério Público ou do Poder Judiciário para que ele proceda ao indiciamento. O Supremo Tribunal Federal já questionado sobre o tema esclareceu que sendo o ato de indiciamento de “atribuição exclusiva da autoridade policial, não existe fundamento jurídico que autorize o magistrado, após receber a denúncia, requisitar ao Delegado de Polícia o indiciamento de determinada pessoa”. STF, HC nº 115.015/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Teori Zavaski, j. 27.08.2013.

infração criminal, sob a ótica do delegado de polícia, no curso da investigação⁵³⁵. No ato de indiciar apresenta-se explícita a manifestação de uma imputação em sentido amplo de modo que não há tanta resistência em admitir-se, a partir desse momento, que o imputado deve ter resguardado o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Aliás, esse reconhecimento é expresso no CPP que em seu art. 14 permite ao indiciado requerer diligências, podendo elas ser autorizadas ou não, a critério da autoridade policial⁵³⁶. Ou seja, a partir do indiciamento, o CPP admite não apenas que o imputado e seu defensor tenham acesso aos autos, mas também que requeiram diligências. Na doutrina é também claro que após o indiciamento, deve ser garantido o contraditório e a ampla defesa⁵³⁷.

LOPES JR. argumenta que o “indiciamento deve ser considerado uma carga para o sujeito passivo, mas também marca o nascimento de direitos, entre eles o de defesa”, isso porque, a situação do indiciado supõe “um maior grau de sujeição à investigação preliminar e aos atos que compõem o inquérito policial” além de representar uma “concreção de autoria, que será de grande importância para o exercício da ação penal”⁵³⁸. É desse reconhecimento de direitos que deriva a possibilidade de reconhecer e controlar aplicar, ainda na fase investigatória, violações ao *ne bis in idem*.

Quando ainda era esse o entendimento minoritário, STEINER já apontava a ilegalidade do ato de indiciamento antes da definição da materialidade delitiva e antes que suficientes os indícios de autoria. A autora já sinalizava que o indiciamento formal tem consequências que “vão muito além do *eventual abalo moral* que pudessem vir a sofrer os investigados” uma vez que a partir de então terão eles o registro nos Institutos de

⁵³⁵ ANSELMO, Márcio Adriano. Indiciamento: Fundamentação e Efeitos. *In Investigação Criminal pela Polícia Judiciária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p.91.

⁵³⁶ BADARÓ explica que não é possível concordar com tal discricionariedade por parte da autoridade policial uma vez que se “os meios de investigação são pertinentes e relevantes, não se mostrando desarrazoados ou inócuos, a autoridade policial deverá deferir-los”. E mais, em caso de indeferimento “o ato deverá ser motivado, justificando e explicitando as razões pelas quais se considerou que tal ato investigativo não era necessário, sob pena de cerceamento do direito de defesa”. BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. p. 117.

⁵³⁷ “Não existe acusação nessa fase, onde se fala em *indiciamento* (e não *acusado*, ou *réu*) mas não se pode negar que após o indiciamento surja o conflito de interesses com *litigantes* (art. 5, inc. LV, CF). Por isso, se não houver contraditório, os elementos probatórios do inquérito não poderão ser aproveitados no processo, salvo quando se tratar de provas antecipadas, de natureza cautelar (como o exame de corpo de delito), em que o contraditório é diferido. Além disso, os direitos fundamentais do indiciado não de ser plenamente tutelados no inquérito”. ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 26ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 63.

⁵³⁸ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. p. 336-337.

Identificação, tornando público o ato de investigação.⁵³⁹ Assim, o indiciamento é, sem dúvida, um veículo de manifestação da imputação em sentido amplo e, conseqüentemente, deve ser fundamentado nos elementos colhidos durante a investigação.

4.2.2.2 Manifestação da imputação através da imposição de medidas cautelares

Além do indiciamento, é certo que há na fase de investigação outras manifestações da imputação, sendo seu critério identificador a presença dos três elementos da imputação⁵⁴⁰. Desde o início de qualquer espécie de investigação, já há a identificação do fato concreto, embora o seu contexto fático possa ser expandido ou reduzido no desenvolvimento da atividade investigatória. Do mesmo modo, a qualificação jurídico-penal desse fato é também elemento presente já na fase inicial da investigação, estando por isso, também sujeita a alteração com base nos elementos probatórios colhidos.

Assim, é na determinação do sujeito a quem se atribui a realização da conduta delituosa que reside a manifestação do juízo de imputação, ou seja, quando há uma manifestação do juízo de probabilidade do cometimento do delito sobre um ou mais sujeitos determinados.

Ocorre que, no inquérito policial, mas não apenas nele, a manifestação do juízo pode coincidir com uma interferência estatal na esfera de direitos fundamentais do indivíduo⁵⁴¹. Se existe tal interferência é certo que, além de haver uma individualização do fato concreto com sua qualificação jurídico-penal, existe também a determinação do sujeito

⁵³⁹ “Sempre com a devida vênia, não nos parece que a inserção de ocorrências nas folhas de antecedentes comumente solicitadas para a prática dos mais diversos atos da vida civil seja fato irrelevante. E o chamado *abalo moral* diz, à evidência, com o ferimento à dignidade daquele que, a partir do indiciamento, está sujeito à publicidade do ato”. STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *O indiciamento em inquérito policial como ato de constrangimento - legal ou ilegal* (jurisprudência comentada). Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 6, n. 24, p. 305-308., out./dez. 1998. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=17224. Acesso em: 11.12. 2017.

⁵⁴⁰ DOMINIONI explica que podem haver diversos atos de imputação durante a instrução, não se restringindo ela ao ato de apresentação formal da acusação. Assim pois “ci si rende conto che l’instaurazione del processo penal può dipendere da diverse figure di atti, tutte però riconducibili allo schema dell’atto di imputazione. In particolare, oltre alla richiesta di istruzione formale (art. 296 c.p.p.), vengono in considerazione i seguenti: gli ordini e, per il pretore, i mandati di cattura, arresto, accompagnamento e comparizione contenenti il cenno commario del fatto”. DOMINIONI, Oreste. Imputazione (diritto processuale penal). In *Enciclopedia del diritto*, v. 20, p. 818-838. Milano: Giuffrè, 1970. p. 823.

⁵⁴¹ Ao tratar da cautelaridade no processo penal, GOMES FILHO explica que também no processo penal “surtem frequentemente situações que tornam imperiosas medidas urgente, destinadas a assegurar a correta investigação do fato criminoso a futura execução da sanção penal ou, ainda o ressarcimento do dano causado pelo delito”. Tendo em vista que muitas dessas medidas cautelares atingem a própria pessoa acusada, afetando-lhe a liberdade e dignidade, sua disciplina deve ser muito mais limitada que no processo civil. GOMES, Antonio Magalhães. *Presunção de Inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 56-57.

que é tido como provável autor desse fato. Assim, a manifestação do juízo de imputação em sentido amplo pode também ocorrer através da imposição de medidas cautelares durante a fase investigatória⁵⁴².

As medidas cautelares são providências urgentes, com as quais se busca evitar que a decisão da causa, ao ser obtida, não mais satisfaça o direito da parte e não realize, assim, a finalidade instrumental do processo, consistente em uma prestação jurisdicional justa⁵⁴³. Isso porque o processo é uma atividade que se desenvolve em determinado tempo e, inevitavelmente, existe entre o pedido formulado e a correspondente resposta jurisdicional um espaço temporal, daí a necessidade do ordenamento jurídico de prever medidas através das quais possam ser antecipados, excepcionalmente, certos resultados da atividade processual⁵⁴⁴. As medidas cautelares de natureza penal buscam garantir o normal desenvolvimento do processo e, como consequência, a eficaz aplicação do poder de penar, são medidas destinadas à tutela do processo⁵⁴⁵.

No processo penal, essa tutela cautelar não é prestada por meio de um verdadeiro processo cautelar, autônomo em relação ao principal, por isso a denominação “medidas cautelares” que podem ser aplicadas ao longo da persecução penal, sem a necessidade de um processo autônomo com base procedimental própria⁵⁴⁶. Trata-se de medidas incidentais em que não há o exercício de uma ação específica que gere um processo cautelar diferente do processo de conhecimento ou que possua uma ação penal autônoma,

⁵⁴² DOMINIONI explica que a imputação “ si tratta di atti con i quali viene per la prima volta formulata l'attribuzione del fatto-reato a un dato soggetto da parte dell'autorità giudiziaria”. São exemplos de atos a ordem judicial e o mandato os quais “tanto configurano un atto di imputazione in quanto naturalmente contengono il cenno sommario del fatto”. DOMINIONI, Oreste. Imputazione (diritto processuale penal). *In Enciclopedia del diritto*, v. 20, p. 818-838. Milano: Giuffrè, 1970. p. 823.

⁵⁴³ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. p. 286.

⁵⁴⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 10ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

⁵⁴⁵ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. p. 786.

⁵⁴⁶ BADARÓ explica que do gênero “tutela de urgência” surgem duas espécies: a tutela cautelar e a tutela antecipada. A primeira tem por finalidade assegurar a utilidade e a eficácia de um provimento jurisdicional futuro ao passo que a segunda objetiva propiciar, desde logo, uma antecipação, total ou parcial, dos efeitos da tutela jurisdicional que será proferida em tempo ainda distante. Somente serão compatíveis com o estado de inocência medidas cautelares já que seria incompatível com tal princípio qualquer forma de prisão antes do trânsito em julgado, que constitua execução penal provisória ou antecipada. BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. p. 948-950. No mesmo sentido GOMES explica que à luz da presunção de inocência, não se concebem quaisquer formas de encarceramento ordenadas como antecipação da punição, ou que constituam corolário automático da imputação. GOMES, Antonio Magalhães. *Presunção de Inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 65.

embora possam ser tomadas no curso da investigação preliminar, do processo de conhecimento e até mesmo no processo de execução⁵⁴⁷.

No Código de Processo Penal, alterado pela Lei n. 12.403/2011, há menção a duas espécies de medidas cautelares: pessoais e patrimoniais ou reais. Não há espaço para medidas cautelares inominadas ou para a imposição de “condições” com base em um poder geral de cautela do juiz criminal uma vez que todas as medidas cautelares implicam severas restrições na esfera dos direitos fundamentais do imputado e por isso exigem estrita observância do princípio da legalidade⁵⁴⁸.

As medidas cautelares, independentemente da espécie, caracterizam-se pela instrumentalidade, acessoriedade, preventividade, provisoriedade, cognição sumária, referibilidade e proporcionalidade. A doutrina, inspirada nos requisitos de cautelaridade existentes no processo civil, exige a presença de *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis* para a imposição de medidas cautelares. Trata-se, resumidamente, na probabilidade de ocorrência de um delito e no perigo que decorre do estado de liberdade do imputado.

É imperioso perceber que são requisitos para a imposição de medida cautelar, a necessidade de existência de um fato concreto tipificado penalmente e a determinação do seu provável autor que, mantendo-se em liberdade, pode ocasionar perigo à investigação. Eis a definição da manifestação de um juízo de imputação em sentido amplo através das medidas cautelares.

Resta, porém, esclarecer em que momento se dá a manifestação do juízo da imputação para fim de reconhecimento de uma possível violação ao *ne bis in idem* e consequente ativação do adequado controle para cessar a violação. Pois bem, as medidas cautelares, de acordo com o disposto pelo §2º do art. 282 do CPP podem ser decretadas: de ofício pelo juiz, a requerimento das partes, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

No tópico relativo ao sujeito ativo da imputação estabelecemos que o juízo deve ser manifestado por autoridade pública. Embora possam as medidas cautelares ser requeridas também pela vítima ou pelo titular de ação penal privada, a manifestação do juízo de

⁵⁴⁷ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. p. 789.

⁵⁴⁸ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. p. 790. A prisão em flagrante, após a reforma da Lei nº 12.403/2011, passou a ser uma pré-cautela, isto é, um estágio inicial da prisão preventiva ou de medidas cautelares alternativas à prisão não podendo ser considerada uma medida cautelar autônoma.

imputação deverá ser externalizada pelo sujeito ativo legitimado para tanto, a autoridade pública. De acordo com o CPP, há três autoridades públicas envolvidas na imposição de medidas cautelares, o delegado de polícia, o membro do Ministério Público e o juiz criminal.

O raciocínio que deve ser desenvolvido refere-se à autoridade competente para manifestação do juízo de imputação em sentido amplo. É necessário ressaltar que a identificação aqui proposta é voltada à posterior análise do adequado controle em cada manifestação de imputação. Aqui, trata-se de manifestação do juízo na fase investigatória através da imposição de medidas cautelares, portanto, é necessário identificar a autoridade competente e o veículo utilizado para facilitar posterior análise sobre o mecanismo adequado para controle de eventual *bis in idem*.

Entende-se, para o desenvolvimento do objetivo proposto nesse trabalho, que a manifestação do juízo se dá através da ordem judicial que autoriza a imposição de medida cautelar. Tanto a representação da autoridade policial quanto o requerimento do Ministério Público dependem de decisão judicial para tornar efetivo seu juízo e assim, não teriam o condão de por si mesmas impor qualquer tipo de restrição aos direitos fundamentais do sujeito.

O art. 282 do CPP dispõe que as medidas devem ser aplicadas atendendo aos critérios da necessidade, adequação e proporcionalidade, podendo ser impostas isolada ou cumulativamente. Assim, ao menos em teoria, a imposição de medida cautelar não passa apenas pelo filtro verificador da existência de *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*, como também pelos critérios legais do art. 282. Ou seja, a imposição de medida cautelar ocorre quando há não apenas uma “probabilidade de autoria da conduta delituosa”, mas, principalmente, quando a interferência que ocorrerá na esfera de direitos do sujeito se mostra necessária, adequada e proporcional⁵⁴⁹. É com base nessas premissas que se define a imputação em sentido amplo manifestada por medidas cautelares, na fase investigatória⁵⁵⁰.

⁵⁴⁹ GOMES FILHO explica que “com relação ao direito que fundamenta a cautela, trata-se de apresentar argumentos que mostrem a sua *probabilidade*, ao passo que em relação ao *periculum in mora* deve ser convenientemente demonstrada a sua efetiva ocorrência”. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2ª Ed. Rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 182.

⁵⁵⁰ No mesmo sentido, COLOMER explica que “(L)a condición de imputado, en este sentido (lato), se adquiere desde que se le comunica la admisión a trámite de una denuncia o querrela; desde que se lleve a cabo contra ella cualquiera actuación procesal implicándole en un hecho delictivo, o desde que haya sido objeto de detención o cualquier medida cautelar”. AROCA, Juan Montero; COLOMER, Juan Luis Gómez;

Por tratar-se de um juízo provisório sobre os fatos, feito com base nos elementos colhidos até aquele momento, a motivação do provimento cautelar deve atender, no que se refere à conduta criminosa, à necessidade de justificar não somente a real ocorrência do fato, mas também as razões de direito, ou seja, a tipificação desse mesmo fato na lei penal. E quanto à autoria, a lei não exige que o juiz chegue a um juízo de certeza, admitindo que a medida cautelar seja determinada à vista da probabilidade de uma futura condenação do sujeito, com base na valoração de pelo menos um *indício suficiente*⁵⁵¹.

4.2.2.3 Manifestação da imputação através da utilização de meios de obtenção de prova na fase investigatória

O inquérito policial é de fato um procedimento administrativo no qual não há uma contrariedade perfeita, contudo, é manifesto que muitas vezes essa espécie de investigação traz também “atos de instrução penal não provisória” que podem ser exemplificados nas buscas, apreensões, interceptações telefônicas, entre outros. A polícia investiga, quando só “rasteja a infração penal”, esse investigador poderá levar à instrução e a instrução se dá quando mediante elementos de convicção de natureza provisória ou definitiva, viabiliza, ou obsta o aforamento da demanda⁵⁵².

Os atos de instrução provisória tratados neste tópico referem-se aos meios de obtenção de prova utilizados na fase investigatória, isto é, os instrumentos para a colheita de elementos ou fontes de prova. BADARÓ ao explicar a diferença entre meios de prova e meios de obtenção de prova esclarece que os últimos se prestam apenas indiretamente ao convencimento do julgador e dependendo do resultado de sua realização poderão servir à reconstrução histórica dos fatos⁵⁵³.

REDONDO, Alberto Montón; VILAR, Silvia Barona. *Derecho Jurisdiccional III*. 18ª Ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010. p. 223.

⁵⁵¹ Quanto à autoria, a lei não exige que o juiz chegue a um juízo de certeza, “admitindo que a prisão cautelar seja determinada à vista da probabilidade de uma futura condenação do sujeito, com base na valoração de pelo menos um *indício suficiente*”. Trata-se de uma verdadeira necessidade de demonstrar como e por que os indícios são suficientes para autorizar a medida cautelar, não apenas enuncia-los. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2ª Ed. Rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 185-186.

⁵⁵² PITOMBO afirma que “no inquérito policial há atos processuais, praticados por delegação, e nele existe contingente *instrução criminal definitiva*” e são modelos dessa operação as buscas e apreensões, bem como todas as perícias, exames, vistorias e avaliações. PITOMBO, Sérgio M. Moraes. *Inquérito Policial: novas tendências*. Belém: CEJUP, 1987. p. 21.

⁵⁵³ BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. p. 383.

Em regra, os meios de obtenção de prova implicam “restrições a direitos fundamentais do investigado, em geral liberdades públicas ligadas à sua privacidade ou intimidade ou à liberdade de manifestação de pensamento”⁵⁵⁴. É o que ocorre na quebra de sigilo fiscal ou bancário, em que há restrição à intimidade, na busca e apreensão domiciliar, que implica restrição à inviolabilidade do domicílio ou, ainda, à interceptação telefônica, realizada como exceção constitucionalmente prevista à liberdade de comunicação telefônica⁵⁵⁵.

FERNANDES explica que há imputação quando as medidas impostas dão ao investigado a convicção de que é considerado o provável autor do crime, tal é o caso da decretação de quebra do sigilo de sua conta bancária, a interceptação de seu telefone, a busca e apreensão domiciliar. A partir do momento em que são realizadas essas diligências, “o suspeito sabe que passou a ser considerado o provável autor do fato investigado”⁵⁵⁶.

Contudo, não são todos os meios de obtenção de prova que tem o condão de manifestar um juízo de imputação, sob pena de inviabilizar a investigação. É que os meios de obtenção de prova podem ser direcionados para a reconstrução histórica dos fatos sem haver a determinação específica do provável autor da conduta delituosa, nesse caso, o meio de obtenção de prova é utilizado justamente para colher elementos que permitam formar um o juízo de imputação, é o caso da infiltração de agente policial⁵⁵⁷, da perícia e do exame de corpo de delito. Além disso, o momento da reação defensiva poderá variar, a depender do meio de obtenção de prova que manifestou tal juízo devendo, porém, ser preservado o momento em que se deu tal manifestação para análise da prevalência de uma das persecuções penais, conforme será explicado no capítulo seguinte⁵⁵⁸.

⁵⁵⁴ BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. p. 383.

⁵⁵⁵ BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. p. 383.

⁵⁵⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. *Reação defensiva à imputação*. p. 130.

⁵⁵⁷ A Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2013) estipula em seu art. 3, inciso VII que em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, determinados meios de obtenção da prova, incluindo a infiltração, por policiais, em atividade de investigação. A referida infiltração deve ser autorizada por decisão judicial, contudo, o requerimento do Ministério Público ou a representação do delegado de polícia para a infiltração de agentes não deve necessariamente conter a determinação do provável sujeito autor da conduta, apenas deverá incluir indícios de infração penal e demonstração de que a prova não pode ser produzida por outros meios disponíveis (arts. 10 e 11).

⁵⁵⁸ O art. 10 do PL nº 8045/2010 estipula o marco inicial da “condição jurídica de investigado”, a partir do momento em que é realizado o primeiro ato ou procedimento investigativo em relação à pessoa sobre a qual pesam indicações de autoria ou participação na prática de uma infração penal, independentemente de qualificação formal atribuída pela autoridade responsável pela investigação.

Interessa, neste tópico, tratar especificamente dos meios de obtenção de prova que geram restrição a direitos fundamentais dado que, se ocorre tal restrição é porque há a individualização do sujeito e a existência de um juízo que o considera o provável autor de uma determinada conduta qualificada jurídico-penalmente. O CPP disciplina apenas a busca e apreensão, os demais meios de obtenção de prova estão previstos em lei especial⁵⁵⁹. Contudo, para decretação de qualquer desses meios de obtenção de prova – que impliquem restrição a direito fundamental – é necessária a coexistência dos três elementos da imputação⁵⁶⁰.

É necessário ressaltar que a restrição a direitos fundamentais à qual nos referimos deve estar pautada em indícios que indiquem sua provável relação de autoria com a conduta delituosa sob investigação. Assim, a obtenção de dados cadastrais de uma empresa de telefonia móvel por exemplo, não implicaria restrição a direitos fundamentais e poderia contribuir com a investigação para, por exemplo, relacionar determinada pessoa a um número de celular⁵⁶¹. Os dados, embora privativos, constituem elementos de identificação que torna a comunicação possível, corrente e segura, por isso, “a proteção desses dados em si, pelo sigilo, não faz sentido”⁵⁶².

Atrair todo e qualquer meio de obtenção de provas à manifestação de um juízo de imputação penal afetaria não apenas a eficiência das investigações preliminares mas

⁵⁵⁹ Interceptações das comunicações telefônicas (Lei nº 9.296/1996) e Quebra do sigilo bancário ou fiscal (art. 5º, X, CF e LC105/2001).

⁵⁶⁰ Tratando especificamente da busca e apreensão, PITOMBO explica que as “fundadas razões” a que alude o Código, não se confundem com meras suspeitas. É necessário a presença de motivos concretos, fortes indícios da existência de elementos de convicção que se possam achar na casa, a qual se pretenda varejar. PITOMBO, Cleunice A. Valentin Bastos. *Da busca e da apreensão no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p.115.

⁵⁶¹ Em sentido contrário, MORAES explica os “dados telefônicos” representativos da materialização documental da relação de consumo entre usuário e prestador de serviço não registram as conversas tidas entre os locutores, motivo pelo qual não estariam protegidos pela Lei de Interceptação das Comunicações Telefônicas. Porém, mesmo os “dados cadastrais” mantidos e solicitados pelas prestadoras estariam acobertados pela proteção constitucional do inciso XII do art. 5 de modo que tais “dados mantidos pelas concessionárias de telefonia são acessíveis apenas por ordem judicial”. MORAES, Maurício Zanoide de. Interceptação Telefônica. In *Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial*. Vol. 1. FRANCO, Alberto Silva. STOCO, Rui (Coord). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. Entendemos que os “dados cadastrais” podem ser obtidos diretamente, sem necessidade de ordem judicial. Ocorre que, durante a investigação, é raro que a autoridade policial ou mesmo o Ministério Público precise apenas de dados cadastrais. Em geral, a utilidade investigatória é do conteúdo da conversa telefônica, e para acessar tal conteúdo é imprescindível ordem judicial devidamente fundamentada.

⁵⁶² A inviolabilidade de dados referentes à vida privada só tem pertinência para aqueles associados aos elementos identificadores usados nas relações de convivência. Os elementos de identificação só são protegidos quando compõem relações de convivência privativas: a proteção é para ela, não para eles. Em consequência, simples cadastros de elementos identificadores (nome, endereço, R.G., filiação, etc) não são protegidos. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, v. 88, p. 439-459, jan.1993. p. 449.

também o garantismo que se tenta aqui conferir ao sujeito alvo da imputação. A identidade das imputações deve ser explícita para que possa haver um reconhecimento da violação ao *ne bis in idem* já na fase pré processual⁵⁶³. Para que se possa evidenciar-se tal “explicitude”, é necessário que coexistam claramente os três elementos da imputação.

Assim como nas medidas cautelares, também aqui se parte da premissa de que o meio de obtenção de prova foi cuidadosamente analisado à luz dos elementos probatórios colhidos até aquele momento e que eles levaram à conclusão de que a pessoa alvo de tais diligências é o provável autor da conduta⁵⁶⁴. Havendo uma busca e apreensão domiciliar na residência de A, em razão da ocorrência de um roubo de joias que é também objeto de investigação em outro inquérito policial no qual A já foi indiciado, há a coexistência de duas manifestações diferentes do mesmo juízo de imputação penal, uma através da autorização de busca e apreensão e outro pelo despacho de indiciamento.

É certo que uma característica dos meios de obtenção de prova é o caráter surpresa, sua eficiência à efetiva colheita de elementos de prova úteis depende do desconhecimento do investigado de que é ou será alvo da diligência. Por isso, entendemos que não se pode exigir o reconhecimento da identidade e coexistência de imputações simultâneas antes da ciência de tais manifestações por parte do sujeito passivo desse juízo.

Tratando-se o *ne bis in idem* de um princípio que deve ser respeitado ao longo de toda a persecução penal não haveria óbice ao reconhecimento *ex officio* de uma violação a tal princípio ou, ainda, a um pedido de reconhecimento por parte do Ministério Público mesmo que essa seja uma possibilidade ainda distante. Um passo anterior a esse é admitir a possibilidade de reconhecimento de imputações idênticas e simultâneas na fase pré processual.

⁵⁶³ FERNANDES explica que não há dúvida “de que se deve assegurar ao indiciado a oportunidade de influir nos atos de persecução e, ainda, de se manifestar e produzir prova não complexa antes de ser admitida a acusação. O que não parece condizente é a participação em contraditório pleno em todos os atos da investigação”. FERNANDES, Antonio Scarance. *Reação defensiva à imputação*. p. 119.

⁵⁶⁴ Como bem explica ZILLI, a busca e apreensão devem “ser produto de uma decisão criteriosa, fundada em suficientes elementos fáticos e jurídicos, não sendo admissível, portanto, aventuras processuais que somente teriam o condão de banalizar a liberdade jurídica do indivíduo”. ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal*. p. 201. Essa ressalva mostra-se necessária pois haverá uma imputação suficientemente “completa e explícita” manifestada na autorização da medida para obtenção de prova se a decisão for corretamente proferida e por corretamente entende-se a decisão criteriosa mencionada por ZILLI.

4.2.2 Procedimento Investigatório Criminal – PIC

O procedimento investigatório criminal, popularmente denominado PIC, é também espécie de investigação preliminar e por isso deve ser analisado sob o enfoque da imputação em sentido amplo. Essa espécie de investigação é conduzida diretamente pelo Ministério Público, cuja possibilidade de investigar é ainda alvo de grande debate na doutrina nacional⁵⁶⁵. Os principais argumentos a favor da possibilidade de investigação direta pelo Ministério Público são: o fato de a investigação preliminar para fins criminais não ser atividade privativa da polícia, a chamada teoria dos poderes implícitos⁵⁶⁶ e a necessidade de uma investigação independente e efetiva em determinados crimes que envolvam agentes policiais ou mesmo autoridades políticas⁵⁶⁷.

Do ponto de vista contrário, isto é, da impossibilidade de investigação direta pelo Ministério Público aponta-se: a ausência de autorização legal expressa, bem como, a inexistência de lei específica disciplinando o procedimento investigatório realizado pelo Ministério Público e a negativa da teoria dos poderes implícitos já que concentrar nas mãos de um único órgão das atividades de investigação e promoção da ação penal implicaria um perigosíssimo acúmulo de poder⁵⁶⁸.

⁵⁶⁵ Aliás, trata-se de debate não apenas no âmbito do direito brasileiro, também na Argentina existe a polêmica em torno da investigação conduzida pelo Ministério Público. Sintetiza MAIER a polêmica argentina explicando que “los unos tratando de aclarar la naturaleza de la investigación dentro del procedimiento penal, los otros informando sobre el carácter particular de los actos que se practican”. MAIER, Julio B. J. *La Investigación penal preparatoria del Ministerio Público*. Buenos Aires: Lerner, 1975. p. 27.

⁵⁶⁶ Teoria segundo a qual se a Constituição Federal conferiu ao Ministério Público o direito de promover a ação penal, deve dispor dos meios necessários para fazê-lo, mesmo que para tanto não haja expressa previsão constitucional, e isso incluiria o direito de investigar diretamente as fontes de prova. BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. p. 143. A função persecutória preliminar, própria e direta, exercida pelo Ministério Público, é inerente à privatividade da ação penal pública que a Constituição lhe conferiu. “É um antecedente lógico e possível, se assim entender o Ministério Público”, diante da situação concreta que lhe for apresentada que possa impedir a apuração do fato-crime por ausência de investigação da polícia de atividade judiciária. RANGEL, Paulo. *Investigação Criminal Direta pelo Ministério Público Visão Crítica*. 5ª Ed. Rev. e Atual. São Paulo: Editora Atlas, 2016. p. 159.

⁵⁶⁷ SANTIN argumenta que são várias as razões que justificam “o aumento da participação do Ministério Público na investigação criminal: celeridade, imediação, universalização das investigações, prevenção e correção de falhas no trabalho policial e melhoria na qualidade dos elementos investigatórios”. O autor prossegue explicando que “a maior participação do Ministério Público nas investigações criminais proporcionará uma aceleração da elucidação dos crimes e melhoria da qualidade das investigações”. SANTIN, Valter Foletto. *O Ministério Público na Investigação Criminal*. 2ª Ed. Bauru: Edipro, 2007. p. 281.

⁵⁶⁸ BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. p. 143. TUCCI explica que o art. 129 da CF, geralmente evocado para fundamentar a teoria dos poderes implícitos, apenas destaca os campos de atuação de cada uma das instituições estatais atuantes na *persecutio criminis*, “distinguindo entre a atividade investigatória, atribuída à Polícia Judiciária, e a dela provocatória e supervisora, concedida ao Ministério Público. TUCCI, Rogério Lauria. *Ministério Público e Investigação Criminal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 30.

O Supremo Tribunal Federal, embora já questionado sobre esse assunto, ainda não proferiu decisão em plenário, porém, suas turmas têm admitido em caráter excepcional a investigação pelo Ministério Público, tais como: situações de lesão ao patrimônio público, excessos cometidos pelos próprios agentes e organismos policiais, intencional omissão da Polícia na apuração de determinados delitos ou configuração de intuito da própria corporação policial de frustrar a investigação entre outros⁵⁶⁹. Também a Súmula Vinculante nº 14 editada por esse tribunal faz menção a “procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária”.

A análise crítica da possibilidade de investigação direta pelo Ministério Público não é o foco do trabalho⁵⁷⁰, porém, é fato que o PIC é uma espécie de investigação existente e reconhecida atualmente, na qual pode ser identificada imputação em sentido amplo. Por isso o procedimento investigatório conduzido pelo Ministério Público também será abordado, independentemente da polêmica em torno do órgão responsável pela sua condução.

O art. 129 da Constituição Federal, em seus incisos VI e VIII estipula que são funções institucionais do Ministério Público, respectivamente “expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva” e “requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais”.

Assim, o procedimento investigatório criminal dirigido pelo Ministério Público é considerado procedimento administrativo no qual podem ser exercidas as atividades expressamente atribuídas ao Ministério Público pela Constituição Federal, através dos incisos anteriormente citados.

A Resolução nº 181 de 07 de Agosto de 2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, que revogou a Resolução nº 13 do mesmo órgão, dispõe sobre a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal conduzido pelo Ministério Público. Conforme art. 1º da referida resolução, o PIC é um procedimento investigatório criminal

⁵⁶⁹ “No modelo atual, não entendo possível aceitar que o Ministério Público substitua a atividade policial incondicionalmente, devendo a atuação dar-se de forma subsidiária e em hipóteses específicas”. STF, HC nº 84.965MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 14.02.2012. As situações excepcionais são listada no voto do Ministro Celso de Melo. STF, HC 89.837DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 20.10.2009.

⁵⁷⁰ Para um estudo aprofundado: TUCCI, Rogério Lauria. *Ministério Público e Investigação Criminal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004; RANGEL, Paulo. *Investigação Criminal Direta pelo Ministério Público Visão Crítica*. 5ª Ed. Rev. e Atual. São Paulo: Editora Atlas, 2016.

sumário e desburocratizado de natureza administrativa e inquisitorial, instaurado e presidido pelo membro do Ministério Público com atribuição criminal, e terá como finalidade apurar a ocorrência de infrações penais de natureza pública, servindo como preparação e embasamento para o juízo de propositura, ou não, da respectiva ação penal.

Nessa espécie de investigação preliminar, o promotor é o diretor da investigação, cabendo-lhe receber a notícia-crime direta ou indiretamente e investigar os fatos nela constantes⁵⁷¹. Para tanto, poderá dispor e dirigir a atividade da Polícia Judiciária, de modo que tanto poderá praticar por si mesmo as diligências como determinar que as realize a polícia segundo os critérios que o próprio Ministério Público determinar⁵⁷². O PIC é um procedimento administrativo voltado à investigação de crimes cometidos por membros do Ministério Público⁵⁷³ e outros que possam afetar o interesse público.

Existindo, também no PIC, a possibilidade de decretação de medidas cautelares decretadas e de realização de diligências, descritas no tópico anterior como meios de obtenção de prova, entende-se que a manifestação do juízo de imputação nessa espécie de investigação preliminar ocorrerá com o deferimento das medidas e diligências requeridas pelo Ministério Público⁵⁷⁴. Aqui, assim como no inquérito policial, o veículo de manifestação da imputação em sentido amplo será a decisão judicial deferindo o requerimento do Ministério Público.

Ocorrendo a manifestação de uma imputação no PIC, idêntica a outra já manifestada em um inquérito policial, por exemplo, é imprescindível reconhecer a existência de duas imputações idênticas e simultâneas. O fato de uma imputação ter sido

⁵⁷¹ “El antecedente más remoto de procedimiento preparatorio dirigido por el acusador puede ubicarse en el enjuiciamiento acusatorio romano – *quaestio, acusatio o iudicium publicum* – y su sistema de acusación popular – aunque parece haber tenido también existencia en el acusatorio griego – donde el ciudadano ungido como acusador realizaba una investigación preliminar – de parte – tendiente a colectar los elementos de prueba que pudieran avalar su pretensión”. MAIER, Julio B. J. *La Investigación penal preparatoria del Ministerio Público*. Buenos Aires: Lerner, 1975. p. 30.

⁵⁷² LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 270. O art. 6º da Resolução nº 13 do CNMP contém a lista de providências inerentes à atribuição funcional do Ministério Público na condução das investigações.

⁵⁷³ Conforme art. 18, parágrafo único da Lei Complementar Federal nº 75/1993 e art. 41, parágrafo único da Lei nº 8.625/1993. “Se a polícia instaurar inquérito policial e constatar a participação de membro do Ministério Público deverá enviar imediatamente os autos para o Procurador-Geral de Justiça (crime praticado por Promotor ou Procurador de Justiça) ou Procurador-Geral da República (delito cometido por Procurador da República) para continuidade das investigações, sob a presidência de um procurador”. SANTIN, Valter Foletto. *O Ministério Público na Investigação Criminal*. 2ª Ed. Bauru: Edipro, 2007. p. 270-271.

⁵⁷⁴ As requisições elencadas nos art. 7º da Resolução nº 181, se restritas a atos cadastrais, não constituem para este trabalho manifestações da imputação em sentido amplo no PIC e sim, meras diligências investigatórias voltadas à elucidação dos fatos e à colheita de elementos probatórios.

manifestada em Inquérito Policial e outra em PIC não autoriza a existência simultâneas de ambos juízos idênticos sobre o mesmo sujeito. E mais, havendo esse reconhecimento, é necessário controlar a violação ao princípio *ne bis in idem*⁵⁷⁵.

4.2.3 Comissões Parlamentares de Inquérito⁵⁷⁶

As comissões parlamentares de inquérito (CPIs)⁵⁷⁷ estão previstas no art. 58, §3º, da Constituição Federal, disciplinadas na Lei nº 1.579/52 e constituem comissões criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

As CPIs têm poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, com algumas exceções impostas pelo Supremo Tribunal Federal por entenderem que são poderes exclusivos de autoridade judiciária, “naquilo que convencionou-se chamar de cláusula de reserva de jurisdição”⁵⁷⁸, tais são: determinar indisponibilidade de bens do

⁵⁷⁵ O Supremo Tribunal Federal já estabeleceu que mesmo nos procedimentos investigatórios conduzidos pelo Ministério Público deve ser o indivíduo tratado como sujeito de direitos e não como objeto da investigação, “a unilateralidade das investigações preparatórias da ação penal não autoriza o Ministério Público tanto quanto a própria Polícia Judiciária – a desrespeitar as garantias jurídicas que assistem aos suspeito e ao indiciado, que não mais podem ser considerados meros objetos da investigação”. STF, HC nº 89.837/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 20.10.2009.

⁵⁷⁶ O raciocínio exposto neste item e no capítulo seguinte acerca das Comissões Parlamentares de inquérito refere-se às comissões instituídas em nível federal. Contudo, ressaltamos a possibilidade de existência de comissões especiais de inquérito estadual, previstas nas Constituições Estaduais.

⁵⁷⁷ TUCCI explica que as CPIs são espécie de *informatio delicti* cuja origem remonta, provavelmente, ao século XVI, na Inglaterra. TUCCI, Rogério Lauria. *Persecução Penal, Prisão e Liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 55. Contudo, somente nos séculos XVIII e XIX No início eram duas as modalidades reconhecidas: as comissões parciais (*select committees*), e as comissões totais (*committees of the whole House*). “Estas últimas, a bem dizer, nem mesmo seriam comissões, pois, ao contrário, significavam estar o próprio Parlamento, por inteiro, dedicado à investigação, certo, no entanto, que isso ocorria só excepcionalmente”. A partir do final do século XVIII quando foram instituídos os *Tribunals of Inquiry*. SPROESSER, Andyara Klopstock. *A Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado, 2008. p. 149. No Brasil, não se tem notícia da formação de uma CPI à época do Império, nem mesmo com a finalidade de apurar fatos relacionados à atuação de órgãos do Poder Executivo bem como, não há menção expressa às CPIs na Constituição de 1891, embora tivessem sido formadas quase duas dezenas, com diversificados escopos. TUCCI, Rogério Lauria. Comissão Parlamentar de Inquérito. Atuação, competência, caráter investigatório. In *Doutrinas Essenciais de Processo Penal. Vol. II*. Organ. NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza de Assis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 396.

⁵⁷⁸ DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 108.

investigado, decretar prisão preventiva, determinar interceptação telefônica e decretar busca e apreensão domiciliar⁵⁷⁹.

POZZER ao tratar da existência de acusação em procedimentos administrativos preparatórios a eventual propositura de ação penal, ressalta que no caso das CPIs, a existência de acusação é inegável porque “embora sem poder de julgar, apenas de instrução, podem as Comissões Parlamentares de Inquérito produzir provas suficientes, para formar a *opinio delicti* do órgão do Ministério Público”, no exercício de seus “poderes de investigação”.⁵⁸⁰

Historicamente, os inquéritos parlamentares, de origem inglesa, apresentaram-se como prerrogativa do Poder Legislativo, com caráter investigatório e informativo, e objetivando “fiscalizar a conduta administrativa do governo e manter o Congresso e a opinião pública informados sobre a situação do País”⁵⁸¹. TUCCI explica que a Comissão Parlamentar de Inquérito, conhecida como CPI, tem como atribuição precípua a apuração, da maneira mais ampla possível, de fatos relacionados com o exercício das funções parlamentares desempenhadas pelos membros integrantes do Poder Legislativo⁵⁸².

Trata-se de espécie de investigação dotada estritamente de caráter investigatório e informativo⁵⁸³. TUCCI explica que a CPI se restringe à determinação de diligências “tidas como indispensáveis ao esclarecimento do fato ou dos fatos perquiridos” e à inquirição de autoridades, “de indiciados (isto é, os apontados autores da prática ilícita investigada)” e de testemunhas, bem como, à requisição de quaisquer informações e documentos às repartições públicas e autárquicas⁵⁸⁴.

Porém, as CPIs não têm a natureza preparatória própria dos inquéritos pois seu objetivo principal não é lastrear a propositura de ações, embora tal providencia possa advir

⁵⁷⁹ STF, MS n. 23.452/RJ, rel. Min. Celso de Melo, j. 16.09.1999.

⁵⁸⁰ POZZER, Benedito Roberto Garcia. *Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2001. p. 57.

⁵⁸¹ TUCCI, Rogério Lauria. *Persecução Penal, Prisão e Liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 55.

⁵⁸² Contudo, o *inquérito parlamentar* “não abrange, a atuação do órgão dele encarregado, certamente, a classificação de infrações apuradas, nem a formulação de acusação pelos crimes elucidados”. TUCCI, Rogério Lauria. *Persecução Penal, Prisão e Liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 56.

⁵⁸³ SPROESSER conclui que as CPIs são instrumentos concedidos aos Poder Legislativo para que exerça os poderes a ele concedidos pela Constituição Federal. Assim, “o controle levado a efeito pelas CPI’s” reuniria três características: político, eventual, facultativo extraordinário e colegiado. SPROESSER, Andyara Klopstock. *A Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado, 2008. p. 214.

⁵⁸⁴ “Veja-se bem, ainda, na esteira da mesma e focada ensinança, incumbir aos membros componentes de *Comissão Parlamentar de Inquérito* locomoverem-se em direção aos locais onde se torne necessária a sua presença, para o bom êxito da investigação”. TUCCI, Rogério Lauria. *Persecução Penal, Prisão e Liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 57.

de suas atividades como resultado secundário. Eventualmente podem ser enviadas conclusões aos órgãos competentes para que estes tomem as providências cabíveis, podendo, daí, surgirem ações penais ou cíveis.⁵⁸⁵ Apenas de modo eventual podem as comissões como persecução preparatória ou prévia, isso ocorre porque, as conclusões ofertadas pelos trabalhos de investigação parlamentar podem ou não gerar efeitos na esfera criminal.

O fato apurado na seara parlamentar pode, além de se constituir em infração político-administrativa ou crime de responsabilidade, ou mesmo independente de gerar implicações político-administrativas, constituir-se em ilícito penal e neste caso poderá a ação penal ter início com os elementos probatórios carreados pela CPI já que dotados de regularidade na sua obtenção⁵⁸⁶.

É justamente nesse caráter excepcional preparatório de ação penal que reside o nosso estudo pois tal como analisado no inquérito policial e no PIC, é necessário verificar se há no procedimento da CPI uma imputação em sentido amplo e em que momento se dá tal imputação. Uma das exigências constitucionais para a criação de uma CPI é a existência de fato determinado, ou seja, a comissão deve ser instaurada para investigar acontecimentos concretos e estritamente definidos sobre os quais há indícios suficientemente fortes da ocorrência de irregularidades⁵⁸⁷. Assim, ao menos um dos elementos da imputação estará presente já na fase inicial da CPI, o fato concreto e individualizado⁵⁸⁸.

É lógico que a ilegalidade de tal fato deve também já estar presente na fase inicial, contudo é possível que nesse estágio prematuro da apuração não seja ainda possível uma qualificação jurídico-penal de tal fato – a apuração pode envolver algum ilícito

⁵⁸⁵ VILARES, Fernanda Regina. *Processo Penal: reserva de jurisdição e CPIs*. 1ª Ed. São Paulo: Ônixjur, 2012. p. 168-169.

⁵⁸⁶ “O inquérito parlamentar, realizado pela Comissão Parlamentar, pode, de modo eventual, servir de base à acusação criminal, quando o fato apurado aparenta ser ilícito e típico. No curso do inquérito parlamentar, o envolvido tem direito à assistência de advogado, bem como direito de guardar silêncio”. SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 136.

⁵⁸⁷ Fato certo e determinado, contudo, não deve significar fato único sendo admitida a investigação de outros acontecimentos relacionados, desde que de interesse público. VILARES, Fernanda Regina. *Processo Penal: reserva de jurisdição e CPIs*. 1ª Ed. São Paulo: Ônixjur, 2012.p.172-173 e 178.

⁵⁸⁸ “O requerimento da Comissão Parlamentar de Inquérito deve detalhar o fato ou fatos e determina-los. A indicação precisa do fato é condição *sine qua non* para a investigação, pois a falta de objetividade do fato acarreta a ineficácia das investigações. (...) A existência do fato é importante na medida em que não se admite a investigação *in abstracto*. A ilegalidade deve estar presente, pois o ato investigado deve ser irregular. SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. *Comissão Parlamentar de Inquérito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 52-53.

administrativo ou civil – pelo que tal elemento da imputação penal não será considerado como certo no momento da instauração da CPI. Os atos de investigação da CPI devem ser direcionados à obtenção de informações sobre o fato determinado que ensejou o requerimento da constituição da CPI, sendo que as informações sobre eventual fato típico não constituem o núcleo dos trabalhos, e só serão obtidas de forma acidental, é exatamente nesse ponto que reside a diferença entre o inquérito parlamentar e as demais investigações de cunho penal⁵⁸⁹.

As CPIs, ainda conforme autorização constitucional expressa, tem “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais. Trata-se de uma consequência direta da função fiscalizadora do Poder Legislativo que permite às CPIs a colheita de elementos de informação⁵⁹⁰. Assim, as CPIs podem realizar atos dotados de natureza administrativa, caracterizados por serem informativos e preparatórios para a tomada de ulteriores providências⁵⁹¹.

Dentre os atos investigativos que podem ser realizados pelas CPIs estão: quebrar sigilo bancário, fiscal e de dados (inclusive dados telefônicos), requisitar informações e documentos sigilosos diretamente às instituições, ouvir testemunhas sob pena de condução coercitiva e ouvir investigados ou indiciados⁵⁹². Há, porém alguns poderes englobados pela denominada “cláusula de reserva de jurisdição” que o Supremo Tribunal Federal entendeu serem exclusivos de autoridade judiciária⁵⁹³, caso tais medidas se mostrem necessárias no âmbito da CPI, será necessária a obtenção de uma decisão judicial ordenando a realização de tais medidas.

⁵⁸⁹ VILARES explica que a CPI está focada na fiscalização das atividades do Poder Executivo, razão pela qual possui natureza político-administrativa. VILARES, Fernanda Regina. *Processo Penal. Reserva de jurisdição e CPIs*. p. 199, nota n. 30.

⁵⁹⁰ LEMOS, Raphael Abs Musa de. *Aproveitamento da prova obtida pela CPI no processo penal*. 1ª Ed. Limeira: Editora do Conhecimento, 2016. p. 49.

⁵⁹¹ Providências tais como responsabilização civil ou criminal (via Ministério Público) e legiferação. LEMOS, Raphael Abs Musa de. *Aproveitamento da prova obtida pela CPI no processo penal*. 1ª Ed. Limeira: Editora do Conhecimento, 2016. p. 49.

⁵⁹² DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*. p. 108.

⁵⁹³ Os poderes foram delimitados no MS nº 23.452/RJ e são eles: determinar indisponibilidade de bens do investigado, decretar prisão preventiva, determinar interceptação telefônica, determinar o afastamento de cargo ou função pública durante a investigação e decretar busca e apreensão domiciliar de documentos. STF, MS nº 23.452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16.09.1999. Especificamente sobre a quebra do sigilo bancário, o STF já estabeleceu que a Comissão Parlamentar de Inquérito possui competência para decretar *ex própria auctoritate* a quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico das pessoas sujeitas as investigações legislativas promovidas por qualquer das Casas do Congresso Nacional. STF, MS nº 24.817/DF, Plenário, Rel. Min. Celso de Mello, j. 03.02.2005.

Em sede de reconhecimento de imputação em sentido amplo no âmbito de uma CPI, tanto as medidas derivadas dos poderes implícitos quanto aquelas que derivem dos poderes excluídos pela cláusula de reserva de jurisdição devem ser analisados sob o prisma dos elementos da imputação. Isto é, tanto a quebra do sigilo financeiro quanto a decretação de prisão preventiva devem, ao menos em teoria, necessariamente, identificar o indivíduo alvo das medidas descritas e o fato concreto tipificado penal que lhe está sendo atribuído.

Se existe a possibilidade de determinar o sujeito sobre o qual recairá a quebra do sigilo financeiro ou a privação de liberdade, e há fundamento para a imposição de tais medidas, é conclusão lógica que já existe determinação do fato concreto, de sua qualificação jurídica e do provável autor da conduta ilícita.

Em outras palavras, ao determinar as medidas oriundas dos poderes implícitos ou reservados à autoridade judicial, em sede de CPI, já há uma manifestação do juízo de atribuição de determinado fato delituoso a determinado sujeito. A imposição de tais medidas, seja diretamente pela CPI ou através de uma ordem judicial, evidencia – ao menos em teoria – que há indícios suficientes de que determinado sujeito é o provável autor do delito⁵⁹⁴ e tais medidas se fazem necessários para a obtenção de novas fontes de prova ou para o resguardo da investigação.

Assim, permitir que o mesmo sujeito seja alvo da atribuição do mesmo fato em uma CPI e em um inquérito policial, por exemplo, constitui violação ao princípio *ne bis in idem*. Havendo a manifestação de imputações idênticas em duas investigações preliminares distintas, ainda que não se trate da mesma espécie de investigação, acarreta *bis in idem*.

É certo que o objetivo principal das Comissões Parlamentares de Inquérito não é a coleta de indícios de autoria e prova da materialidade para composição da justa causa penal e, portanto, não são comissões necessariamente criadas como uma etapa prévia ao oferecimento da denúncia. O raciocínio aqui apresentado debruça-se sobre uma situação específica que pode ocorrer também no âmbito das CPIs mas que não constitui o procedimento padrão desse procedimento.

⁵⁹⁴ Ao tratar dos limites formais de investigação das CPIs, BADARÓ esclarece que se exige a motivação dos atos investigatórios, o que significa dizer que as comissões devem fundamentar a sua deliberação, apoiando-a em indícios que justifiquem a necessidade de adoção das medidas investigatórias, sempre que se relacionarem com direitos fundamentais do cidadão. Conforme o que foi definido pelo plenário do Supremo Tribunal Federal no MS n. 23.452 de relatoria do Ministro Celso de Mello. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Limites aos poderes investigatórios das comissões parlamentares de inquérito*. Boletim do IBCCRIM n. 83, Esp. Out. 1999.

Em primeiro lugar, as CPIs não investigam apenas ilícitos penais e para que exista a possibilidade de manifestar uma imputação penal é necessário um contexto fático tipificado penalmente. Em segundo lugar, as CPIs não têm a obrigação de exercer seus poderes implícitos ainda que se deparem com um ilícito penal, podem ao se deparar com tal fato, enviar as informações ao Ministério Público, titular da ação penal, para que este avalie se há justa causa para o oferecimento de ação penal ou se há necessidade de iniciar uma investigação criminal. Neste último caso, a CPI não manifestou qualquer juízo de imputação, apenas comunicou a possibilidade de ocorrência de um crime ao órgão competente.

Para reconhecer a multiplicidade de imputações simultâneas é necessário que exista prévia manifestação da mesma imputação em investigações diferentes. No caso das CPIs, a manifestação se dá com a realização de qualquer das medidas oriundas do seu poder implícito ou mesmo com a imposição de medidas derivadas de ordens judiciais expedidas no âmbito da CPI.

Para fim de reconhecimento, bastará a identificação dessa manifestação em sede de CPI, o sujeito ativo deverá ser analisado cuidadosamente a fim de determinar o mecanismo de reconhecimento adequado em cada caso. Isso porque, tratando-se a imputação de um juízo, o mecanismo de controle deve estar endereçado ao sujeito ativo do juízo que constituir *bis in idem*.

Tratando-se de manifestação do juízo imputacional veiculadas através das medidas investigativas praticadas diretamente pela CPI, o sujeito ativo será a autoridade que requereu a medida investigativa em comento, geralmente, o presidente ou vice-presidente da Comissão. Caso a manifestação tenha se dado por decisão judicial, deferindo medida requerida no âmbito da CPI, o sujeito ativo será a autoridade judicial⁵⁹⁵.

4.3 Imputação na fase processual

A persecução penal se desenvolve, ordinariamente, em duas fases: uma investigatória e outra processual. Encerrada a fase investigatória, ao receber o relatório final da investigação preliminar, o Ministério Público tem três opções: requerer o

⁵⁹⁵ Lei n. 1.579/52, art. 3º A: “Caberá ao presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito, por deliberação desta, solicitar, em qualquer fase da investigação, ao juízo criminal competente medida cautelar necessária, quando se verificar a existência de indícios veementes da proveniência ilícita de bens”.

arquivamento da investigação; requerer a continuidade da investigação para a realização de diligências imprescindíveis ao oferecimento da denúncia; e oferecer denúncia. Esta última opção, ou a queixa diretamente apresentada por particular, constituem a manifestação da imputação em sentido estrito. É a peça acusatória que servirá de veículo de manifestação da imputação em sentido estrito.⁵⁹⁶

A acusação não se confunde com a imputação⁵⁹⁷ pois a primeira além de contar em si a própria imputação tem também o pedido de condenação e de aplicação da pena, ou seja, a acusação abrange a imputação e o pedido⁵⁹⁸. Além disso, entendemos que a imputação antecede a acusação⁵⁹⁹ uma vez que já na fase investigatória existia o juízo de imputação em sentido amplo, a imputação, como juízo de atribuição a alguém de fato penalmente relevante, é sempre a mesma desde a investigação, variando o grau de exigência na formulação desse juízo em virtude dos efeitos dele decorrentes⁶⁰⁰.

Ao contrário do que ocorre na fase investigatória, na fase processual o momento da manifestação é claramente definido, bem como, os sujeitos ativo e passivo de tal juízo. Existirá ação penal, com acusação penal formal contendo imputação da prática de determinada infração penal⁶⁰¹. Isso se dá porque a peça acusatória, seja denúncia ou queixa, deve, obrigatoriamente, conter os requisitos listados no art. 41 do CPP sob pena de inépcia, são eles: exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias, qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo e a

⁵⁹⁶ Também denominada “imputación formal” é definida como “un paso de tuerca en la situación procesal del imputado” por atender a um requisito de procedibilidade para iniciar um julgamento. “La imputación formal queda, pues, siempre bajo control de un órgano jurisdiccional (normalmente un Juez de Instrucción). Él es quien va a determinar si concurren los elementos suficientes para entrar en la fase plenaria del proceso” AROCA, Juan Montero; COLOMER, Juan Luis Gómez; REDONDO, Alberto Montón; VILAR, Silvia Barona. *Derecho jurisdiccional III*. 18ª Ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2010. p. 224.

⁵⁹⁷ Embora exista posição doutrinária no sentido de serem iguais a acusação e a imputação. BADARÓ, Gustavo. *Correlação entre acusação e sentença*. p. 99; DOMINIONI, Oreste. *Imputazione (diritto processuale penale)*. p. 820-827. Adotamos como premissa ao longo do trabalho que a acusação contém a imputação, esta que por sua vez pode ser identificada e comparada desde a fase investigatória não dependendo da acusação para existir. Nesse sentido, POZZER explica que a acusação contém a imputação pois a esta deve ser acrescida a responsabilização para configurar a acusação. POZZER, Benedito Roberto Garcia. *Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2001. p. 65. e OLIVEIRA, Gilberto Callado de. *O conceito de acusação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 98.

⁵⁹⁸ OLIVEIRA esclarece a imputação é a atribuição do fato presuntivamente delitivo a seu autor, vinculando-o juridicamente a este ao passo que na acusação se pede, fundamentalmente, a inflicção da pena, isto é, exige-se do acusado em contrapartida, que satisfaça o débito penal, o que representa o efetivo exercício do *ius puniendi*. OLIVEIRA, Gilberto Callado de. *O conceito de acusação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 98.

⁵⁹⁹ Acusação entendida, neste trabalho, como a propositura formal de ação penal.

⁶⁰⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. *Reação defensiva à imputação*. p. 156.

⁶⁰¹ POZZER, Benedito Roberto Garcia. *Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2001. p. 64.

classificação do crime. Desse modo, a existência dos três elementos da imputação é exigência legal na fase processual.

A peça acusatória deve conter os detalhes acerca dos elementos da imputação, é esse o grande destaque da fase processual em relação à fase investigatória. Afinal, a fase pré processual dedicou-se a reunir um conjunto de elementos probatórios razoáveis sobre a existência do crime e da autoria⁶⁰² pois para que a ação penal seja proposta e se mantenha exige-se a existência de elementos probatórios que sirvam de fundamento razoável para sustentar esse constrangimento.

A denúncia ou a queixa-crime são tidas, pela própria legislação, como manifestações formais da imputação em sentido estrito, e como tais, devem conter requisitos mínimos que justifiquem o juízo de atribuição de determinada conduta delituosa a determinado indivíduo⁶⁰³. Trata-se, assim, de uma vantagem em relação à fase de investigação já que não há dúvida sobre qual é o momento inicial da imputação, na fase processual, e sendo assim, os mecanismos de controle devem ser aplicáveis desde então.

A imputação constante na acusação é um juízo hipotético de atribuição de crime e depende de confirmação pela prova a ser produzida durante o desenvolver da relação jurídica processual. É na formulação progressiva que se situa a imputação estrita da denúncia ou queixa assentada em elementos colhidos na investigação ou advindos de peças de informação e que indicam a existência do crime e provável autoria⁶⁰⁴.

FERNANDES explica que pela relevância da imputação em sentido estrito, que submete o acusado a processo criminal, além de escoar-se em base suficiente a respeito da probabilidade da autoria, deve ser formulada de forma clara, precisa e formal para eficiente reação defensiva⁶⁰⁵. A manifestação da imputação em sentido estrito dá-se na peça

⁶⁰² GRECO FILHO explica que no Brasil, o inquérito policial “investiga, colhe elementos probatórios, cabendo ao acusador apreciá-los no momento de dar início à ação penal e, ao juiz, no momento do recebimento da denúncia ou queixa”. GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 7ª Ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 78.

⁶⁰³ REDONDO explica que a imputação formal, supõe um “paso de tuerca en la situación procesal del imputado y, así entendida, responde a un acto judicial garantizador de que solo será enjuiciado cuando concurren indicios de responsabilidad racionalmente suficientes”. Assim, a “imputación formal queda, pues, siempre bajo control de un órgano jurisdiccional (normalmente un Juez de Instrucción). El es quien va a determinar si concurren los elementos suficientes para entrar en la fase plenaria del proceso”. REDONDO, Alberto Montón. El procedimiento preliminar (La instrucción). In *Derecho Jurisdiccional III*. Coord. AROCA, Juan Montero; COLOMER, Juan Luis Gómez; REDONDO, Alberto Montón; VILAR, Silvia Barona. 18ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 224.

⁶⁰⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. *Reação defensiva à imputação*. p. 157.

⁶⁰⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. *Reação defensiva à imputação*. p. 158.

acusatória, seja ela denúncia ou queixa, pois é nela que estão especificados os elementos essenciais da imputação.

A denúncia ou queixa é uma exposição narrativa e demonstrativa, narrativa porque deve revelar o fato com todas as suas circunstâncias, não apenas a ação transitiva, mas também a pessoa que o praticou (*quais*), os meios que empregou (*quibus auxiliis*), o malefício que produziu (*quid*), os motivos que o determinaram a isso (*cur*), a maneira por que a praticou (*quomodo*), o lugar onde o praticou (*urbi*) e o tempo (*quando*). É demonstrativa porque deve descrever o corpo de delito, dar as razões de convicção ou presunção e nomear as testemunhas⁶⁰⁶.

Em suma, consideramos que a acusação contém a imputação em sentido estrito, que por sua vez será manifestada no ato da acusação pelo veículo da peça acusatória. A fixação do conteúdo dessa imputação veiculada na denúncia ou queixa deve corresponder ao êxito de uma investigação esgotante em que se consiga que os fatos descritos coincidam totalmente com o acontecimento real.⁶⁰⁷

Todavia, para fins de identificação de imputações idênticas e simultâneas é necessário analisar cuidadosamente os elementos de ambas imputações a serem comparadas a fim de concluir pela sua identidade ou não. Este capítulo dedica-se a apresentar os elementos de reconhecimento de duas imputações idênticas manifestadas na fase processual e, caso seja reconhecida a violação ao *ne bis in idem* pela coexistência de duas imputações idênticas, o próximo capítulo tratará do controle dessa violação.

4.3.1 Elementos da ação e elementos da imputação no processo penal brasileiro

Na fase processual há uma manifestação expressa da imputação e, conseqüentemente, uma delimitação do objeto processual. Assim, para o processo penal foi também emprestada a figura e a terminologia do processo civil para referir-se a duas ações idênticas e simultâneas: litispendência. A palavra “litispendência” significa lide pendente,

⁶⁰⁶ ALMEIDA JUNIOR, João Mendes. *O processo criminal brasileiro*. Vol. 2. 2ª Ed. São Paulo: Typ. Aillaud, Alves & Cia, 1911. p. 166.

⁶⁰⁷ Contudo, é da própria natureza do conhecimento adquirido através de um processo de investigação penetrado por vetores de sentido contrário àquele que o êxito na descoberta da verdade seja, por vezes, parcial e que, por isso, só posteriormente à fixação do objeto do processo se adquira para do conhecimento. “Surtem, assim, fatos novos em relação à acusação e à pronúncia que o não são relativamente à realidade”. FERREIRA, Manuel Marques. *Da alteração dos factos objecto do processo penal*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Coimbra. Vol. 1, n. 2, p. 221-239, abr./jun., 1991.

isto é, aquela pretensão resistida pendente de julgamento. No processo civil há expressa proibição a instauração de uma nova ação idêntica a outra “lide” ainda “pendente” de julgamento. O processo penal emprestou a figura e a definição sem, contudo, adequá-la à realidade penal.

A declinatória da litispendência, tanto no processo civil quanto no penal, justifica-se pela mesma “regra que sustenta a de coisa julgada, que é *bis de eadem re non sit actio*⁶⁰⁸. É esse mesmo princípio dominador da teoria da coisa julgada, por cuja força é proibida a reprodução da mesma demanda já solucionada, que veda a simultânea instauração, no mesmo juízo ou em juízes diferentes, de mais de um processo sobre o mesmo fato”⁶⁰⁹. Invocada a litispendência e provado que já preexiste outra ação contra o réu, pelo mesmo fato, o juiz que recebeu a nova denúncia ou queixa não poderá leva-la adiante de modo que estaria prejudicado o andamento da segunda ação⁶¹⁰.

A teoria geral do processo estabelece que cada ação proposta em juízo, considerada em particular, apresenta intrinsecamente certos elementos, “de que se vale a doutrina em geral para a sua identificação”, ou seja, para isolá-la e distingui-la das demais ações propostas. Esses elementos são as *partes*, a *causa de pedir* e o *pedido*⁶¹¹. Partes são as pessoas que participam do contraditório perante o Estado-juiz, no processo penal, partes são o Ministério Público ou o querelante (no lado ativo) e o acusado, ou querelado (no lado passivo). Causa de pedir é o fundamento fático-jurídico da pretensão veiculada em juízo, e pedido é o provimento que se requer à autoridade judicial⁶¹². É a teoria dos três *eadem* (mesmas partes, mesma causa de pedir ou título, mesmo pedido), utilizada para identificar as ações.

No processo civil, a análise da litispendência é, justamente, realizada a partir da identificação dessa tripla identidade, partes, causa de pedir e pedido⁶¹³. Havendo mais de

⁶⁰⁸ “Não haja dupla ação sobre a mesma coisa” (Tradução livre)

⁶⁰⁹ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. Vol. 2. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. p. 294.

⁶¹⁰ ESPÍNOLA afirma que “seria um absurdo pretender pudesse a repetição da ação prejudicar o andamento da movida precedentemente, sob o pretexto de litispendência”. ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. Vol. 2. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. p. 295.

⁶¹¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 26ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 283-284.

⁶¹² “O direito brasileiro adota, quanto à causa de pedir, a chamada doutrina da *substanciação*, que difere da *individuação*, para a qual o que conta para identificar a ação proposta é a espécie jurídica invocada (coação, crime de homicídio *etc.*), não as meras “circunstâncias de fato” que o autor alega”. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 26ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 285.

⁶¹³ Art. 337, §2 do CPC.

uma ação, simultânea, contendo o mesmo sujeito, causa de pedir e pedido de outra, ainda pendente de julgamento, está caracterizada a situação de “litispêndência”. A identidade das causas é definida pela identidade de partes, causa de pedir e pedido. Em resumo, o reconhecimento de duas demandas idênticas, no processo civil, dá-se através da comparação de seus elementos.

No processo penal, pouco se escreveu sobre a situação de “litispêndência”. Isso porque é necessário enfrentar várias questões preliminares antes de adentrar no âmbito do reconhecimento de ações penais idênticas. A primeira questão está intimamente ligada à terminologia uma vez que ainda é objeto de discussão na doutrina a existência, adequação ou relevância de um conceito de lide no processo penal⁶¹⁴. A segunda questão, está relacionada ao critério identificador, não há também consenso acerca dos elementos identificadores da demanda, alguns autores defendem a necessidade, também no processo penal, da tripla identidade sendo a causa de pedir estabelecida na imputação⁶¹⁵.

Outros, afirmam que é necessário apenas a comparação entre o sujeito passivo da ação e o fato típico imputado a ele já que o pedido é sempre genérico – de condenação do acusado às penas previstas em lei – e pouco, importaria a identidade do sujeito ativo⁶¹⁶.

Ambas comparações, tanto no processo civil quanto no processo penal, têm como parâmetro os elementos da ação: sujeito, causa de pedir e pedido. As divergências existentes na doutrina processual penal também orbitam em torno dos elementos da ação, divergindo acerca de uma necessária identidade tripla ou dupla de tais elementos. LOPES JR. dá um passo à frente ao afirma que para identificação da ocorrência de *bis in idem*, no processo penal, é necessário se atentar para o fato natural que integra o caso penal, bem como para o imputado já que, necessariamente, deve haver pendência de duas acusações, contendo a mesma imputação, em relação ao mesmo fato natural e em relação ao mesmo

⁶¹⁴ Sobre este assunto revisar o item 2.3.2.1.

⁶¹⁵ Na doutrina: MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto processuale penale italiano. Vol. IV.* 6ª Ed. Torino: Editrice Torinese, 1972. p. 586-587. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal.* 14ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 217. Na jurisprudência: STJ, RHC nº 37.895/RS, 5ª Turma. Rel. Min. Laurita Vaz, j. 27/03/2014. STJ, HC nº 320.626/SP, 6ª Turma. Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 22.06.2015.

⁶¹⁶ BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal.* p. 328. “Leva-se em consideração para verificar a hipótese de litispêndência, se o acusado nas duas ou mais ações é o mesmo e se a imputação coincide, pouco importando quem incorpore a acusação”. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal.* 13ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 300. No mesmo sentido: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal. Vol. 2.* 34ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 699-700. MELLADO, José María Asencio. *Sistema Acusatorio y Derecho de Defensa en el Proceso Penal.* p. 99. Na jurisprudência: STJ, HC nº 345683/RS, 5ª Turma. Rel. Min. Jorge Mussi, j. 13/09/2016. STJ, RHC nº 68799/MA, 5ª Turma. Rel. Min. Jorge Mussi, j. 09/08/2016.

indivíduo a quem está sendo atribuído tal fato⁶¹⁷. O avanço do autor está em relacionar a identidade à imputação.

Desde o início do trabalho estabelecemos como foco de estudo o princípio *ne bis in idem* na sua vertente processual manifestada na proibição de persecuções penais simultâneas. Além disso, estabelecemos que o princípio incide integralmente sobre a persecução penal de modo que não seria possível a coexistência de investigações idênticas e simultâneas. Respeitadas tais premissas, não é possível restringir o princípio do *ne bis in idem* à fase processual e, tampouco, a uma figura transferida do processo civil (litispendência).

Assim, entendemos que a comparação, para fim de *ne bis in idem*, deve ser realizada entre os elementos da imputação e não os da ação. Para aqueles que defendem apenas uma identidade dupla pode parecer que se trata apenas de uma nova forma de explicar essa dupla identidade. Não é esse o caso.

A comparação entre os elementos da imputação, em contraposição à dos elementos da ação acarreta duas importantes consequências. A primeira é que não está a se comparar “ações penais” e sim “imputações”. A segunda é que ao comparar imputações é possível a identificação de imputações idênticas e simultâneas, ainda que em diferentes fases da persecução penal. Portanto, a violação ao princípio *ne bis in idem* pode caracterizar-se já na fase investigatória e pode ter por causa uma investigação e uma ação penal, não se restringe a proibição apenas a duas ações penais idênticas.

Frise-se também que ao se falar em simultaneidade de acusações idênticas a comparação também restringir-se à fase processual, uma vez que a acusação é própria da fase processual estando nela inseridos a imputação e o pedido. Há, de fato, violação ao princípio *ne bis in idem* decorrente da coexistência de duas acusações iguais, a recíproca, porém não é verdadeira. Nem toda violação ao *ne bis in idem* acarreta acusações iguais pois a violação pode ocorrer também na fase investigatória. Por isso, é necessária a comparação entre duas ou mais imputações.

⁶¹⁷ LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. p. 527.

4.3.2 Concurso de delitos

No que tange às formas de manifestação delitiva, tem-se que as combinações de comportamentos e normas transgredidas se agrupam de acordo com a unidade ou pluralidade de ações e a unidade ou pluralidade de preceitos penais transgredidos, a partir daí surge o concurso de delitos⁶¹⁸. MAIER explica que a solução para identificar se um fato é idêntico a outro que já está imputado ou se tratam-se de fatos distintos é, em grande parte, dada por essas ficções jurídicas elaboradas pelo direito penal⁶¹⁹.

Assim, após esclarecer que sob o pretexto da qualificação jurídica distinta não é possível promover uma nova persecução penal em razão da mesma imputação concreta “el examen debe vincularse con las reglas del Derecho penal, para establecer si se trata de *un mismo hecho* o de *hechos diversos*”.⁶²⁰ As principais hipóteses de concurso de delitos são o concurso material ou real, o concurso forma ou ideal e a continuidade delitiva⁶²¹.

O primeiro caracteriza-se quando o agente, “mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não”⁶²². O Código Penal disciplina o concurso material ou real no art. 69 estipulando os três requisitos para a caracterização dessa espécie de concurso: a) que um sujeito execute ou participe na execução de dois ou mais crimes; b) independência *fática e jurídica* entre os fatos puníveis e; c) que o agente não tenha sido condenado anteriormente por uma das infrações, pois, nesse caso não

⁶¹⁸ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro, volume I: parte geral, arts. 1º a 120*. 12ª Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 471. Isso porque “ainda que se esteja diante de uma única ação (vilipendiadora de mais de um tipo penal), a justa sanção não pode ser a mesma daquela atribuída a quem infringe um único dispositivo da lei penal, pois se estaria tratando igualmente situações desiguais”. SOUZA, Luciano Andreson de. Da aplicação da pena. In *Código Penal Comentado*. Coord. Miguel Reale Junior. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 218.

⁶¹⁹ MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal I: fundamentos*. 2ª Ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004. p. 610.

⁶²⁰ El Derecho penal o, mejor dicho, la ley penal, proporciona, entre nosotros, parámetros definidos para decidir la cuestión”. MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal I: fundamentos*. 2ª Ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004. p. 610.

⁶²¹ PRADO faz também referência à continuidade delitiva, porém, esclarece que em relação à matéria conceitual, o concurso ideal, real e a continuidade delitiva não devem ser confundidos com *unidade e pluralidade de ação*. Aqueles pertencem ao âmbito das consequências penais enquanto que os conceitos pluralidade e unidade de ação fazem parte dos tipos que determinam a aplicação das consequências jurídicas diferenciadas. PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro, volume I: parte geral, arts. 1º a 120*. 12ª Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 471.

⁶²² PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro, volume I: parte geral, arts. 1º a 120*. 12ª Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 474.

haveria concurso material, mas a aplicação de reincidência como circunstância agravante⁶²³.

Já o segundo, concurso formal, caracteriza-se quando “mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não”⁶²⁴. O concurso formal está contemplado no art. 70 do Código Penal que estabelece a hipótese de concurso formal quando o agente, mediante uma só conduta, pratica dois ou mais crimes. O concurso formal pode ser próprio, nas hipóteses em que o agente deseja apenas um resultado danoso, ou impróprio, se houver desígnios autônomos, isto é, vontade conscientemente orientada a fins diversos⁶²⁵.

O crime continuado constitui uma verdadeira ficção jurídica, não apenas no direito processual penal brasileiro. É que mesmo sendo constituído por uma pluralidade de ações, é tratado como unidade jurídico-material de ação, por uma opção legislativa⁶²⁶. Sobre o direito espanhol, MELLADO explica que o “delito continuado” é uma verdadeira “creación legal que va más allá de una simple regla técnica de carácter punitivo”, trata-se de um verdadeiro “delito autónomo cuyas características específicas residen en la concurrencia de una pluralidad de acciones singulares – de las que cada una podría constituir de por sí un delito independiente – realizadas en momento diferenciados y afectantes todas ellas a un bien jurídico y homogéneo”⁶²⁷. Em suma, todos os atos de execução aparentemente autônomos e singulares estão conectados pré-determinadamente para um fim específico e comum.

Sobre o concurso material, por tratar-se de pluralidade de condutas, BITENCOURT afirma que a “pluralidade delitiva poderá ser objeto de vários processos, que gerarão várias

⁶²³ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro, volume I: parte geral, arts. 1º a 120*. 12ª Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 474.

⁶²⁴ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro, volume I: parte geral, arts. 1º a 120*. 12ª Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 472-473. SOUZA explica que essa é a modalidade mais gravosa de concurso de crimes prevista no direito romano e, posteriormente, no germânico e canônico. Em razão da severidade dessa singela disciplina se desenvolveram os institutos do concurso formal e do crime continuado que representam seu temperamento. SOUZA, Luciano Andresson de. Da aplicação da pena. *In Código Penal Comentado*. Coord. Miguel Reale Junior. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 219.

⁶²⁵ Exemplo: no estupro o agente visa não apenas satisfazer a própria lascívia, como também transmitir doença venérea de que sabe estar contaminado. PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro, volume I: parte geral, arts. 1º a 120*. 12ª Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 476.

⁶²⁶ “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 causalidade’ sejam sancionados como um só crime”. SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria e perspectivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 190.

⁶²⁷ MELLADO, José María Asencio. *Sistema Acusatorio y Derecho de Defensa en el Proceso Penal*. 1ª Ed. Lince: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, 2008. p. 117.

sentenças”⁶²⁸. O autor trata o concurso material como hipótese de conexão na qual deve observar-se o art. 76 do CPP, devendo a extinção da punibilidade incidir sobre a pena de cada crime isoladamente (art. 119 do CP)⁶²⁹. Com efeito, por tratar-se de diversas condutas, haveria a possibilidade de instaurar diversas persecuções contra o mesmo sujeito, por cada uma das diversas condutas uma vez que o concurso material é figura jurídica estabelecida visando à unificação das penas. Processualmente, as persecuções poderiam ser unidas pela conexão, facilitando, assim, a instrução.

Contudo, no âmbito da análise do *bis in idem* em persecuções penais simultâneas, existe a possibilidade de reuni-las em uma única⁶³⁰. Cumpre esclarecer que a mera coexistência de persecuções distintas contendo imputações de duas ações cometidas em concurso material, por si só, não constitui violação ao *ne bis in idem*. Contudo, é recomendável reuni-las em uma única persecução para facilitar a reconstrução fática, otimizar a coleta e produção de provas, submeter o contexto fático inteiro à apreciação judicial e evitar que o imputado seja obrigado a apresentar defesa, idêntica ou substancialmente parecida, em ambas⁶³¹.

LEONE, embora referindo-se especificamente à coisa julgada, explica que o julgamento sobre um fato não constitui obstáculo a nova ação penal por outro fato, ainda que esteja vinculado ao primeiro por relações de conexão⁶³². MAIER explica que o

⁶²⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte I*. 13ª Ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 606.

⁶²⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte I*. 13ª Ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 606.

⁶³⁰ Tratando-se do *ne bis in idem*, sob o prisma da coisa julgada, em concurso material de delitos, tem-se que o réu poderá ser novamente processado pelos fatos não incluídos na primeira acusação, pois completamente distintos e independentes. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. p. 1131. No mesmo sentido, RANGEL explica que o caso julgado recairá sobre os dois fatos objeto de julgamento mas se por ventura o Ministério Público deixar de imputar um dos crimes, poderá, depois do trânsito em julgado, ser proposta nova ação penal por aquele fato não imputado e, conseqüentemente, não julgado. RANGEL, Paulo. *A coisa julgada no processo penal brasileiro como instrumento de garantia*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 201.

⁶³¹ Nesse sentido, O TEDH decidiu no caso *Oliveira v. Switzerland* que embora seja mais coerente com os princípios da administração da justiça a reunião de infrações cometidas em concurso em uma só persecução penal, o fato de que tal procedimento não tenha sido adotado no caso da Sra. Oliveira é irrelevante à luz do Art. 4 do Protocolo n. 7 da CEDH. O dispositivo invocado não impossibilita que diversas infrações sejam julgadas por diversos tribunais, especialmente se, como ocorreu no caso concreto, as penas são posteriormente unificadas. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"languageisocode":\["ENG"\],"docname":\["Oliveira"\],"respondent":\["CHE"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"kpdata":\["1997-12-11T00:00:00.OZ","2000-12-11T00:00:00.OZ"\],"itemid":\["001-58210"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) Acesso em: 10.12.2017. Art. 4 do Protocolo nº 7 da Convenção Europeia de Direitos Humanos: “No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that State”.

⁶³² LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal. Vol. III*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1963. p. 344.

concurso material de crimes, ao pé da letra, pressupõe a existência de fatos independentes, portanto, havendo concurso material haveria fatos distintos, não se trata, portanto de *eadem res*⁶³³.

Assim também, tratando-se de persecuções penais simultâneas, não haveria prejuízo na coexistência de persecuções penais diversas por crimes em concurso material. A abordagem adequada, porém, seria unificar as imputações, pela sua conexão. Contudo, ainda que não sejam unificadas as persecuções, não há, nesse caso *bis in idem* a ser reconhecido e controlado.

No caso do concurso formal é outra a dinâmica pois trata-se de uma única ação, isto é, o fato natural é único e ao acusador cabe apurar e imputar todos os tipos penais inseridos nesse contexto fático. Desse modo, o sistema processual penal deve excluir processos parciais, “como seriam os julgamentos distintos sobre delitos concorrentes em um só episódio”. Nesse sentido, LOPES JR. explica que a ficção jurídica do concurso formal visa a beneficiar o réu, a desconsideração dessa ficção, no momento da imputação, somada à ausência de proteção do *ne bis in idem* conduziriam “ao esvaziamento de toda legitimidade penal construída”.⁶³⁴

Analisando o concurso formal, sob o enfoque de persecuções penais simultâneas, tem-se que não é possível instaurar diversas persecuções independentes se a ação é única. Na fase de investigação, está sob apuração todo o contexto fático de modo que não se justifica a coexistência de diversas e autônomas investigações para cada “fragmento fático” componente da mesma ação⁶³⁵. Na fase processual, a acusação deve descrever detalhadamente todas as circunstâncias fáticas e a classificação jurídica correspondente, podendo ainda, aditar a denúncia posteriormente se apurar novos crimes inseridos na

⁶³³ “El concurso real o material de hechos punibles, que, a la letra, supone la imputación de *hechos independientes* (CP, 55), significa, desde el punto de vista que ahora observamos, la posibilidad de una persecución penal múltiple, esto es, la clave para establecer que, si se presenta la necesidad comparativa entre dos imitaciones cuyos objetos – hechos punibles = concurren ,aterialmente, debe desecharse la aplicación de la regla estudiada, pues se trata, precisamente, de hechos diversos, o si se quiere, no se trata de un mismo hecho (*eadem res*). MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal I: fundamentos*. 2ª Ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004. p. 613.

⁶³⁴ “Não se descarta que, no caso concreto, a coisa julgada não alcance o fato criminoso que não foi objeto de acusação, mas que se afigura como substancialmente mais grave do que aqueles apurados no processo originário, sob pena de se produzir flagrante desproporcionalidade. Ademais, é a pena do crime mais grave que norteia a dosimetria, de modo que, se ele não foi incluído no processo, não há como sustentar sua absorção no concurso formal”. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. p. 1128, nota 119.

⁶³⁵ Explica GRECO que a ação pode ser composta por um ou vários atos. Os atos que compõem uma ação não são ações em si mesmos, mas, sim, partes de um todo. GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 4ª Ed. Rev., atual. e ampl. Niterói: Impetus, 2010. p. 162.

mesma ação. Cabe à acusação valorar o contexto fático, classificar os potenciais delitos nele inseridos e apresentar o suporte probatório correspondente, não pode o réu ser submetido a novos julgamentos a cada alteração na imputação que o órgão acusatório decida efetuar⁶³⁶.

RANGEL discorda dessa análise e explica que o concurso formal é tratado como unidade delitual apenas para “fins de aplicação da pena” de modo que se o acusador deixar de incluir um dos crimes na denúncia, esse não fará caso julgado por não ter sido objeto de apreciação jurisdicional⁶³⁷. No mesmo sentido MARQUES argumenta que ocorrendo concurso formal de delitos, o julgamento de um dos delitos em concurso não impede nova ação penal relativamente ao outro crime⁶³⁸.

O Superior Tribunal de Justiça, no Informativo Jurisprudencial nº 0569 de 2015 estabeleceu a incidência do princípio *ne bis in idem*:

O agente que, numa primeira ação penal, tenha sido condenado pela prática de crime de roubo contra uma instituição bancária não poderá ser, numa segunda ação penal, condenado por crime de roubo supostamente cometido contra o gerente do banco no mesmo contexto fático considerado na primeira ação penal, ainda que a conduta referente a este suposto roubo contra o gerente não tenha sido sequer levada ao conhecimento do juízo da primeira ação penal, vindo à tona somente no segundo processo (g.n)⁶³⁹.

No mesmo sentido, MAIER explica que o concurso formal de crimes permite solucionar a questão de proibição de múltiplas persecuções penais idênticas já que se trata de uma única ação que admite uma única persecução penal. Se foi apurado apenas um dos crimes cometidos pela conduta, mas nada se opunha ao conhecimento integral dos crimes cometidos pela ação única do agente, não há razão para instaurar uma nova persecução

⁶³⁶ No mesmo sentido LOPES JR. explica que “ao acusador, tomando por base os mecanismos de investigação à disposição do Estado, incumbe oferecer a acusação por todas as condutas praticadas, até porque a ação penal é obrigatória e indivisível”. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. p. 1128

⁶³⁷ Se o “MP, maliciosamente ou por qualquer outra razão, deixar de imputar ao acusado um dos fatos do concurso formal a fim de imputá-lo separadamente visando a obtenção de uma pena maior do que aquela que alcançaria caso instaurasse um só processo” haverá o instituto da unificação das penas nos termos da Lei de Execução Penal. RANGEL, Paulo. *A coisa julgada no processo penal brasileiro como instrumento de garantia*. São Paulo: Atlas, 2012.

⁶³⁸ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal. Vol. III. 3ª atualização*. Campinas: Millennium, 2009. p. 74.

⁶³⁹ STJ, HC nº 285.589/MG, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 04.08.2015.

idêntica, “esa persecución se ha cumplido y no puede repetirse bajo pretexto de una nueva valoración”.⁶⁴⁰

Ao tratar do crime continuado é necessário ter em mente que todos os fatos particulares integram uma unidade jurídica, sendo essa unidade jurídica a que constitui o objeto da imputação e a que deve ser apreciada na sentença. Havendo duas imputações manifestadas em duas persecuções penais simultâneas, compostas por dois fatos aparentemente independentes, fazendo eles parte de uma unidade fática comum, cada fato perde sua individualidade e autonomia própria como fato processual para compor um único delito e fato processual junto aos demais episódios com os quais está conectada⁶⁴¹.

SABOYA argumenta que embora o crime continuado seja representado por uma unidade jurídica, trata-se, de fato, “de diversas condutas que, de forma independente, subsumem-se a diversos tipos legais, inclusive em momentos consumativos autônomos”. Por isso, devem ser entendidos como fatos cometidos em uma série continuada de modo que, quando não constantes de determinado caso penal julgado, podem ser objeto de outro processo, sem que isso represente violação ao princípio *ne bis in idem*.⁶⁴²

MAIER, porém, explica que no caso de crime continuado “los diferentes actos, en sí típicos y punibles individualmente, son considerados como una única imputación,

⁶⁴⁰ “Un caso académico de concurso ideal (CP, 54) es el de la violación en un lugar público, de manera que tal hecho, además de atacar la libertad sexual (CP, 119, inc, 3), lesiona el pudor público (exhibiciones obscenas: CP, 119); el caso sólo admite una única persecución penal y, si sólo se advirtió uno de sus sentidos, aunque influya un error, pero nada se oponía, abstractamente (reglas jurídicas), al conocimiento total del hecho y a su valoración completa, esa persecución se ha cumplido y no puede repetirse bajo pretexto de una nueva valoración”. MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal I: fundamentos*. 2ª Ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004. p. 614.

⁶⁴¹ MELLADO aborda a questão pelo prisma da coisa julgada e explica que a “unidad legal fática y jurídica genera determinadas consecuencias respecto al contenido de la acusación y la sentencia, así como al ámbito de la cosa juzgada material”. MELLADO, José María Asencio. *Sistema Acusatorio y Derecho de Defensa en el Proceso Penal*. 1ª Ed. Lince: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, 2008. p. 118. Portanto, “si la acusación nace con vocación de generalidad, algo similar habrá que predicar de la sentencia que, y al tratarse del delito continuado de un solo delito y un único hecho procesal, podrá, sin que ello implique ruptura alguna con el deber de correlación, incorporar todos los hechos singulares que lo componen, aun los no acusados, siempre que sean anteriores a la acusación que se erige en el momento preclusivo de dicha unidad jurídica”. Da mesma forma, “con base en los mismos postulados, a la inversa se produce un efecto similar, de modo que la sentencia que se dicte consumirá el delito en su totalidad y afectará a todos los actos en él integrables, incluso los no enjuiciados y los descubiertos con posterioridad”. DOMÍNGUEZ, Valentín Cortéz. *La cosa juzgada penal*. Boloni: Publicaciones del Real Colegio de España, 1975. p. 135 e 310.

⁶⁴² “Além disso, instaurados processos distintos em relação às condutas de uma continuidade delitiva, não há óbice que, depois do transito em julgado da decisão condenatória em algum deles, sejam as penas unificadas”. SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria e perspectivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 192. Sobre a unificação das penas, BADARÓ adverte que havendo sido atingido o limite máximo do aumento de pena por continuidade delitiva, ainda será possível a instauração de um novo processo e a condenação por “um crime que não havia sido julgado”, porém, “não será possível o aumento da pena, que já havia sido fixada no máximo”. BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. p. 551.

porque se trata de *hechos dependientes*, es decir, que no cumplen la condición de independencia entre sí, que caracteriza al concurso real”⁶⁴³. Para efeito de *ne bis in idem*, sob o prisma de persecuções penais simultâneas, concordamos que a ficção jurídica pode ter seu limite no aditamento da denúncia.

O crime continuado, efetivamente, constitui-se de diversas condutas independentes que se repetem durante um determinado período. Ao manifestar a imputação, o veículo de manifestação contém certo período, contudo, pode ocorrer que as condutas continuem se repetindo para além do período considerado ao manifestar a imputação. Tratando-se da fase investigatória, haverá possibilidade de inclusão das novas condutas e, conseqüente, alargamento do período, se comprovada sua ocorrência.

Na fase processual, haverá a possibilidade de aditamento da denúncia para essa inclusão de modo que, entendemos ser possível a instauração de uma nova persecução penal tomando por base condutas ocorridas em um período posterior se já houver sido atingida a impossibilidade de aditamento da denúncia (sentença pendente de recurso, por exemplo). Aquelas condutas ocorridas e/ou apuradas enquanto a denúncia ou queixa era ainda passíveis de aditamento, mas não incluídas na acusação, não podem ser objeto de uma nova persecução penal, simultânea ou sucessiva.

MAIER resume as hipóteses tratadas anteriormente explicando que o importante a ser observado nessas hipóteses em que se configura a unidade delitiva e, conseqüentemente, a possibilidade de uma única persecução penal, é que a persecução inicial, qualquer que seja sua deficiência penal, esgota todo o conteúdo da imputação. Assim, havendo unidade delitiva “sólo tolera una y sólo una persecución penal”, a reavaliação dos elementos não observados na primeira persecução somente será possível “mientras la primera persecución no se haya decidido definitivamente y las reglas del procedimiento permitan, incorporar esos elementos al procedimiento único, para que se resuelva sobre ellos en la sentencia”.⁶⁴⁴ Contudo, diversa é a situação das ações que embora, conexas, continúan sendo cometidas após a sentença, “los hechos posteriores al procedimiento y su decisión, por consiguiente, no están abarcados, cualquiera que sea la

⁶⁴³ “Si, por ejemplo, A ha sido condenado por actos 1 al 5, que integran un delito continuado, el descubrimiento, posterior a sentencias, de los actos 6 a 10, que también lo integran, no permite volver – nuevo proceso – sobre la misma imputación, incluso en el caso de que algunos de los actos descubiertos con posterioridad hubieran permitido agravar la condena”. MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal I: fundamentos*. 2ª Ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004. p. 615.

⁶⁴⁴ MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal I: fundamentos*. 2ª Ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004. p. 617.

solución jurídico-material acerca de la posibilidad de que prosiga la continuación o permanencia delictiva”⁶⁴⁵.

CABIEDES aborda también una figura a que ele denomina de *litispêndência parcial*. Trata-se dos casos “en que existiendo en un anterior proceso una acumulación objetiva de acciones, que deriven de distintos títulos o causas de pedir, alguna de estas acciones es ejercitada de nuevo, en un ulterior proceso, entre los mismos litigantes”.⁶⁴⁶ O autor explica que não se trata de um caso de conexão já que não está se pleiteando algo conexo mas sim algo parcialmente idêntico e também se distingue da conexão pelo seu objeto limitado a uma ação não ao objeto integralmente⁶⁴⁷. Assim, no caso da litispêndência parcial o que procede, teoricamente, é a declaração da litispêndência no segundo processo, porém, limitando-a estritamente à ação duas vezes contemplada⁶⁴⁸.

4.3.3 Crime permanente e crime habitual

O crime permanente é caracterizado pela existência de uma única ação, bem como, de uma única consumação e se distingue pelos efeitos produzidos pelo fato típico e pela lesão ao bem jurídico protegido que não se esgotam em um momento concreto e determinado, mas se estendem de forma mais ou menos indefinida no tempo⁶⁴⁹. Trata-se de um delito único cujo momento consumativo se protraí no tempo, por exemplo o crime de extorsão mediante sequestro (art. 159 do CP). Havendo nessa espécie, um único delito, “somente será permitida a proposição de uma única ação penal contra o agente”⁶⁵⁰. Há

⁶⁴⁵ MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal I: fundamentos*. 2ª Ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004. p. 618.

⁶⁴⁶ CABIEDES, Eduardo Gutierrez de. *Estudio de Derecho Procesal*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1974. p. 311-312.

⁶⁴⁷ “para cambiar la competencia del Juez respecto a la acción que se vuelva a interponer, para conseguir su enjuiciamiento con nuevo material probatorio”. CABIEDES, Eduardo Gutierrez de. *Estudio de Derecho Procesal*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1974. p. 312.

⁶⁴⁸ No direito espanhol, a identidade de processos própria da litispêndência pode desencadear uma exceção dilatória ou uma acumulação de processos. “Desde un punto de vista funcional, entre litispêndencia y acumulación existe una notable diferencia. La excepción es un medio estratégico, que tiende a ganar el proceso, mientras la acumulación, es una simple táctica, cuya finalidad es situarse mejor en el litigio, pero no ganarlo de inmediato”. CABIEDES, Eduardo Gutierrez de. *Estudio de Derecho Procesal*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1974. p. 312.

⁶⁴⁹ Sobre o delito permanente, MELLADO explica que se trata de um único delito. “La sentencia, así, agota el hecho y todas sus consecuencias aunque éstas se extiendan en el tiempo más allá del momento mismo de la sentencia”. MELLADO, José María Asencio. *Sistema Acusatorio y Derecho de Defensa en el Proceso Penal*. 1ª Ed. Lince: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, 2008. p. 122.

⁶⁵⁰ SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria e perspectivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 189.

controvérsia, contudo, no caso de a permanência delitiva subsistir ao processo e à sentença⁶⁵¹.

No que concerne ao *ne bis in idem*, nos crimes permanentes há uma prolongação da conduta delituosa ao longo do tempo de modo que haveria *bis in idem* na manifestação de diversas imputações contendo o mesmo contexto fático, separados apenas em “parcelas”. Tomando-se o exemplo acima, não é possível oferecer denúncia contra o indivíduo por extorsão no processo A e, simultaneamente, no processo B oferecer denúncia por sequestro, são apenas parcelas do mesmo contexto fático que não podem ser “divididas” em vários delitos independentes pois provocariam a coexistências de imputações idênticas.

Embora tratando especificamente de coisa julgada, NUCCI esclarece que no caso dos crimes permanentes há uma só infração penal, embora com o prolongamento da consumação no tempo, portanto, trata-se de um fato único⁶⁵². Desse modo, um sequestro que se arraste por várias cidades, já que os agentes mudam a vítima de cativo toda semana, até serem descobertos, não pode ser processado em várias comarcas ao mesmo tempo a pretexto de que o sequestro também ocorreu em cada uma delas⁶⁵³.

Diversa é a situação do crime habitual que consiste em diversas ações que, isoladamente, não possuem relevância penal, por serem fatos atípicos, mas, vistos no conjunto permitem a constituição da tipicidade de um crime habitual. Daí porque se alguém for acusado de exercício ilegal da medicina (art. 282 do CP), crime que exige a habitualidade para sua configuração e, após a sentença penal condenatória transitar em julgado, forem descobertos novos fatos ocorridos naquele mesmo período de tempo, não poderá ser o agente novamente acusado⁶⁵⁴. O crime somente se configura pela habitualidade, de modo que os fatos posteriormente descobertos (mas ocorridos naquele período) estão abrangidos pela punição⁶⁵⁵.

No caso dos crimes habituais, mesmo após a propositura da ação penal, o agente pode continuar a exercitar a mesma conduta, dando início a uma nova fase de formação do

⁶⁵¹ Assim, “se após ser oferecida a denúncia por quadrilha ou bando, reativa a um determinado período, a quadrilha mantiver a sua existência, tem-se admitido um novo processo pelo período não compreendido na primeira denúncia”. BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. p. 350.

⁶⁵² NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 11ª Ed. Rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 310.

⁶⁵³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 11ª Ed. Rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 310.

⁶⁵⁴ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. p. 1130.

⁶⁵⁵ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. p. 1130.

delito habitual o qual estaria sujeito a um novo processo⁶⁵⁶. BADARÓ explica que “será possível um segundo processo, após uma sentença transitada em julgado, desde que o objeto da nova denúncia seja uma nova cadeia de atos suficientes para caracterizar uma segunda habitualidade, e que estes sejam totalmente desligados daquele já julgado⁶⁵⁷. MAIER complementa explicando que o tribunal ou juiz encarregado de julgar os fatos ocorridos após a sentença não está vinculado pela sentença anterior⁶⁵⁸.

Sob o ponto de vista da proibição de imputações idênticas e simultâneas, não haveria, realmente, justificativa para instaurar diversas persecuções penais com base no mesmo contexto fático, entendido como crime permanente. Contudo, em relação ao crime habitual, assim como ocorre com o crime continuado, entende-se que haveria uma “interrupção na habitualidade”, desde que, a denúncia não seja mais passível de aditamento. Havendo sido encerrada a fase instrutória a questão deve ser analisada cuidadosamente uma vez que, apesar de tratar-se do mesmo fato concreto, não há mais espaço para comprovação da efetiva prolongação do fato no tempo.

Requer-se, porém, uma análise do caso concreto, no exemplo do crime de extorsão mediante sequestro haverá um marco temporal traçado pelo próprio tipo penal, isto é o crime prolongou-se desde o momento em que a pessoa foi privada de sua liberdade até o momento em que o sequestrador exigiu alguma vantagem em troca da sua liberação. Se após o telefone exigindo resgate, por exemplo, o sequestro durou 3 meses ou 6 horas, já não influi na imputação, embora não se descarte a consideração de tal circunstancia na dosimetria da pena. Isso porque, trata-se de delito único cuja consumação se prolonga no tempo, e não de diversas condutas típicas independentes que foram um tipo penal.

⁶⁵⁶ “Mas por ação anterior, embora não incluída na denúncia do primeiro processo, não pode ser processado, pois faz parte do todo que compõem a infração penal habitual”. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 11ª Ed. Rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 310-311.

⁶⁵⁷ Embora não concorde completamente com o posicionamento de NUCCI, BADARÓ admite que se não fosse possível um segundo processo, haveria uma espécie de “licença” para continuar a delinquir após o oferecimento da denúncia. BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. p. 550-551. MAIER explica que a sentença funciona como uma espécie de “causa interruptiva” da continuidade ou permanência delitativa. Porém, o problema em relação a essa interrupção se dá porque não há base legal para tal interrupção, ela se assenta apenas no “horror” que produz admitir-se a solução contrária que conferiria uma espécie de “crédito” para continuar a execução do delito após sentença judicial, “sin amenaza penal alguna, argumento de efecto que cumple con creces su función, por la irracionalidad del resultado, pero que no explica la solución sino que sólo pone de manifiesto el problema”. MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal I: fundamentos*. 2ª Ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004. p. 621.

⁶⁵⁸ MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal I: fundamentos*. 2ª Ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004. p. 623.

Outra é a situação do crime de associação criminosa (art. 288 do CP), a denúncia oferecida refere-se ao período de março de 2012 a outubro de 2014. Encerrada a fase instrutória, o Ministério Público deseja alterar o período para estendê-lo até janeiro de 2015. A questão central a ser analisada neste ponto antecede a imputação, o órgão acusador deve comprovar que de outubro de 2014 a janeiro de 2015 os sujeitos efetivamente praticaram o delito de organização criminosa e, deve dar-se aos acusados a possibilidade de defender-se especificamente sobre esse período⁶⁵⁹. Nesse ponto, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu que a “imputação, em mais de uma peça acusatória, do crime de integração de organização criminosa em razão de conduta única” configura ofensa ao princípio *ne bis in idem*⁶⁶⁰.

Como a fase de instrução já foi encerrada, não poderia haver simplesmente um “acréscimo” desse período sem efetivo exercício do contraditório e da ampla defesa. Por outro lado, não se pode também vetar completamente a possibilidade de persecução do crime cometido entre outubro de 2014 e janeiro de 2015. Nesse caso, haveria a possibilidade de outra persecução penal pois há um novo contexto fático instaurado entre outubro e janeiro⁶⁶¹.

4.3.4 Coautoria e participação

Este tópico insere-se no concurso de pessoas, trata-se esta da cooperação desenvolvida por mais de uma pessoa para o cometimento de uma infração penal⁶⁶².

⁶⁵⁹ “A consumação se dá no momento da associação que tenha por finalidade específica a prática de crimes, pois somente em tal momento se poderá afirmar o surgimento do perigo abstrato. Disso decorre não só que não é necessário que algum dos crimes inseridos no projeto tenha, de fato, sido cometido, como que a desistência pode levar a cabo o projeto criminoso, embora possa até atenuar a pena, não tem efeitos quanto à consumação”. ESTELLITA, Heloisa. Dos crimes contra a paz pública. In *Código Penal Comentado*. Coord. Miguel Reale Junior. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 849.

⁶⁶⁰ Trecho da ementa: “o delito de integrar organização criminosa não pode ser imputado a acusado que já foi denunciado por esse crime, com relação aos mesmos fatos, no âmbito do Inquérito 4.112, o que configura evidente ofensa ao princípio do *ne bis in idem*”. STF, Inq. 3990/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Edson Fachin, j. 14.03.2017.

⁶⁶¹ Trata-se de uma situação muito peculiar pois estamos aqui partindo do pressuposto que, desde o início da investigação passando por toda a fase instrutória, não foi possível apurar que o crime se prolongou por mais 3 meses. Dado o tempo de duração média de uma persecução penal no Brasil, desde a fase de investigação, até a prolação da sentença, parece pouco provável que a descoberta dos 3 meses adicionais fosse concluída apenas após o encerramento da fase instrutória.

⁶⁶² NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 6ª Ed. Rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 362.

Haverá concurso de pessoas sempre que um crime for praticado por mais de uma pessoa⁶⁶³. São, portanto, requisitos do concurso de pessoas a existência de dois ou mais agentes, a relação de causalidade material entre as condutas desenvolvidas, o resultado e o vínculo de natureza psicológica ligando as condutas entre si⁶⁶⁴.

PASCHOAL explica que sempre que ocorre um crime, tendo havido o concurso de duas ou mais pessoas para sua prática, o julgador estará obrigado a verificar, individualmente, a culpabilidade de cada um dos intervenientes, “seja para fins de checar se todos merecem resposta penal, seja para, em havendo responsabilidade penal de todos, definir a pena proporcional à culpabilidade (reprovabilidade) de cada qual”⁶⁶⁵.

O Código Penal fixa as normas relativas ao concurso de pessoa no art. 29⁶⁶⁶ e a doutrina divide a pluralidade de agentes em duas categorias: coautoria e participação⁶⁶⁷. A primeira refere-se àquele que, de acordo com um plano delitivo, presta contribuição independente, essencial à prática do delito, não obrigatoriamente na execução⁶⁶⁸. A segunda refere-se à colaboração dolosa em um fato alheio, em tomar parte, contribuir ou cooperar na conduta delitiva do autor⁶⁶⁹. Se o afastamento da função atribuída a determinada pessoa inviabilizar a investida delitiva, trata-se de coautor. Caso se constate

⁶⁶³ PASCHOAL, Janaína Conceição. Concurso de pessoas. In *Código Penal Comentado*. Coord. Miguel Reale Junior. São Paulo: Saraiva, 2017. 138.

⁶⁶⁴ “Não há necessidade de ajuste prévio entre os coautores. Ex.: uma empregada decidindo vingar-se da patroa, deixa propositamente a porta aberta, para que entre o ladrão. Este, percebendo que alguém permitiu sua entrada, vale-se da oportunidade de provoca o furto. São colaboradores a empregada e o agente direto da subtração, porque suas vontades se ligam, pretendendo o mesmo resultado, embora nem mesmo se conheçam”. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 6ª Ed. Rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 368.

⁶⁶⁵ O estudo do concurso de pessoas se alicerça em dois pilares: a unidade de desígnios e o domínio do fato. PASCHOAL, Janaína Conceição. Concurso de pessoas. In *Código Penal Comentado*. Coord. Miguel Reale Junior. São Paulo: Saraiva, 2017. 138.

⁶⁶⁶ Art. 29 do CP: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. § 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço. § 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave”.

⁶⁶⁷ “Com efeito, uma vez identificado um concurso de pessoas, recorre-se à teoria do domínio do fato para saber quais agentes podem ser considerados autores e quais podem ser considerados partícipes”. PASCHOAL, Janaína Conceição. Concurso de pessoas. In *Código Penal Comentado*. Coord. Miguel Reale Junior. São Paulo: Saraiva, 2017. p.138.

⁶⁶⁸ Na coautoria, o domínio do fato é comum a várias pessoas de modo que todo coautor (que é também autor) deve possuir condomínio do fato. PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro, volume I: parte geral, arts. 1º a 120*. 12ª Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 461.

⁶⁶⁹ “É a contribuição dolosa – sem o domínio do fato – em um fato punível doloso e outrem. Cuida-se de um conceito *referencial*, já que a participação é sempre *acessória ou dependente* de um fato principal – teoria da acessoriedade *mínima* (conduta típica do autor). PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro, volume I: parte geral, arts. 1º a 120*. 12ª Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 463-464.

que a ausência dos atos desse apenas dificulta a realização do crime, estar-se-á diante de um partícipe⁶⁷⁰.

FERREIRA afirma que haverá alteração substancial dos fatos da acusação ou pronúncia quando o título da participação, passagem da autoria à coparticipação e vice-versa, do agente provocar aumento do limite máximo da sanção aplicável⁶⁷¹. CABIEDES ao tratar do critério utilizado para identificação do fato traz interessante argumentação voltada aos casos de coautoria, participação e encobrimento pois explica que nesses casos o critério do elemento normativo essencial deve ser complementado com o critério do bem jurídico lesado já que haveria unidade do objeto processual de fatos que historicamente são diversos⁶⁷².

Desse modo, existiria identidade se o objeto normativo permanece inalterado, mas também, em certos casos, se o bem jurídico lesado é o mesmo, ou, se havendo alteração do bem jurídico, o novo bem está de alguma maneira vinculado ao bem jurídico lesado.

Tomando por base imputações manifestadas na fase investigatória, entendemos que haverá identidade de imputações se, sobre a mesma conduta – fato concreto – forem realizadas duas classificações jurídicas diferentes acerca da participação do indivíduo.

A conduta do indivíduo é única, divergindo-se apenas sobre a qualificação jurídica dada a essa conduta. Na fase de investigação a conduta ainda está sob apuração de modo que posteriormente será possível a alteração da classificação pelo Ministério Público. Na fase processual há também possibilidade de aditamento da denúncia de modo que não há fundamento para a subsistência de duas ações penais idênticas contra o mesmo indivíduo variando apenas a classificação de sua participação no fato delituoso.

Sob a perspectiva da coisa julgada, SABOYA argumenta que a inversão da forma de cometimento do ilícito – autoria ou participação – não provoca modificação substancial dos fatos já julgados, uma vez que, por se referirem ao mesmo evento danoso os fatos

⁶⁷⁰ PASCHOAL, Janaína Conceição. Concurso de pessoas. In *Código Penal Comentado*. Coord. Miguel Reale Junior. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 139.

⁶⁷¹ FERREIRA, Manuel Marques. *Da alteração dos factos objecto do processo penal*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Coimbra. Vol. 1, n. 2, p. 221-239, abr./jun., 1991. p. 233.

⁶⁷² “¿Qué hay de común entre matar a otro y colaborar, inducir, auxiliar, etc., al autor del homicidio? Indudablemente, el atentado de diversas maneras contra el bien único protegido: la vida. En el encubrimiento, el elemento de unión no es el bien jurídico protegido. El que oculta, alberga, etc., al delincuente, una vez ocurrida la muerte, no atenta contra la vida. La vida está ya irreparable y definitivamente atacada. Atenta más bien contra la administración de justicia que está interesada en aprehender al delincuente”. CABIEDES, Eduardo Gutierrez de. *Estudio de Derecho Procesal*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1974. p. 529.

atribuídos posteriormente não são “novos”, tampouco “independentes” da primeira imputação⁶⁷³. Autor e partícipe respondem pelo mesmo crime, tendo-se em vista que o fato praticado em concurso de pessoas é comum a todos os seus participantes, *lato sensu*, sendo, ao contrário, individuais suas culpabilidades⁶⁷⁴.

Ao tratar de correlação entre acusação e sentença BADARÓ explica que não se pode admitir uma condenação por autoria de um indivíduo denunciado por participação sem que se apliquem as regras da *mutatio libelli*. Embora o autor entenda, para fins de correlação entre acusação e sentença, que se trata de fato diverso e não apenas de qualificação jurídica diversa, tem ele razão ao estabelecer que um “mesmo fato não pode ser enquadrado simultaneamente como conduta de quem realizou a ação típica e como conduta de quem não realizou a ação nuclear do tipo. Há nisso uma contradição insuperável”⁶⁷⁵.

Com efeito, o fato imputado apenas pode ser caracterizado como autoria ou como participação, as duas situações “não podem conviver”⁶⁷⁶. LOPES JR. explica que ao tratar de *ne bis in idem* a dinâmica difere da correlação entre acusação e sentença pois enquanto nesta o que importa é o conceito de fato processual, naquela, ainda que se possa falar em fato processual, “o que realmente importa é o fato natural”⁶⁷⁷.

Mesmo na fase processual, sob o prisma do *ne bis in idem*, entendemos que não há verdadeiramente um fato diverso que possibilite a instauração de uma nova persecução simultânea. Se até o momento da sentença, existe a possibilidade de aditamento da denúncia para alteração de autoria para participação, ou vice-versa, não há justificativa para uma violação ao *ne bis in idem* instaurando nova persecução penal. O fato será o mesmo, a consideração da acusação – durante ou mesmo após a instrução – é que sofrerá alteração. Submeter o indivíduo a duas persecuções penais simultâneas, sendo uma na

⁶⁷³ SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: História, Teoria e Perspectivas*. p. 228.

⁶⁷⁴ “Além do mais, até no que se relaciona à delimitação da figura típica a distinção entre autoria e participação, *prima facie*, não tem grande ressonância, sendo importante apenas na aferição e valoração do juízo de culpabilidade e da individualização da pena”. SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: História, Teoria e Perspectivas*. p. 228.

⁶⁷⁵ O autor faz referência expressa à jurisprudência (extinto TACrim SP, Ap. 292.999, 5ª Câmara, j. 24.08.1982, v.u., rel. Juiz Silva Franco, RT 573/397) e explica que é impossível condenar alguém como partícipe de um delito se a denúncia era por coautoria sem que se proceda à *mutatio libelli* sob pena de nulidade da sentença. Isso porque, na opinião do autor não se trata de mera mudança de qualificação jurídica de uma conduta mas há, claramente, uma mudança fática sendo necessário imputar ao acusado tal alteração relevante do fato processual. BADARÓ, Gustavo. *Correlação entre acusação e sentença*. p. 223, nota 11.

⁶⁷⁶ BADARÓ, Gustavo. *Correlação entre acusação e sentença*. p. 224.

⁶⁷⁷ “Assim, recordemos que: fato processual = fato penal + fato natural. Mas, no estudo da coisa julgada, o ponto nevrálgico é o fato natural e o imputado”. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. p. 1125.

qualidade de autor e outra na de partícipe constitui flagrante violação ao princípio *ne bis in idem*.

Ao abordar a identidade de sujeitos para identificação de situações de *bis in idem*, MAIER explica que a solução deve ser dada pelos métodos identificativos (nominal, antropométrico, datiloscópico, etc), ou seja, deve se tratar da mesma pessoa física ou jurídica, nos casos em que há possibilidade de imputar conduta delituosa contra pessoa jurídica⁶⁷⁸.

Da mesma forma, a garantia não pode ser estendida a outra pessoa que não esteja sendo alvo da mesma imputação, qualquer que tenha sido o fundamento de absolvição, trancamento ou arquivamento em persecução anterior. Especificamente sobre concurso de agentes, explica MAIER que “ni siquiera aprovechan a un imputado las declaraciones – *obiter dictum* – que, referidas a él, en general o individualmente son efectuadas en el proceso que sigue a otro imputado”⁶⁷⁹.

Para a identificação de imputações simultâneas, interessa a complexidade fática decidida, independentemente da definição jurídica que receba, pois o que se busca evitar é que ao indivíduo seja imputado um determinado fato que já está sendo objeto de outra persecução penal ainda que a definição jurídica seja diversa. E mesmo tratando-se de persecuções sucessivas, se o autor de um delito é absolvido porque não foi possível provar a materialidade do delito e, posteriormente, um partícipe ou coautor é condenado pelo mesmo fato, em um processo posterior, não haverá possibilidade de perseguir novamente o autor absolvido pois sua conduta já foi alvo de análise pelo poder judiciário uma vez. Reprocessá-lo, mesmo que sob uma rubrica diversa, seria violar claramente o princípio *ne bis in idem*.

4.3.5 Crime tentado e crime consumado

O delito doloso, como ação dirigida pela vontade humana, desenvolve-se no tempo e subordina-se a determinadas circunstancias de ordem causal. Após ter sido idealizado e

⁶⁷⁸ MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal I: fundamentos*. 2ª Ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004. p. 605.

⁶⁷⁹ “Ninguna resolución judicial en materia penal posee fuerza vinculante para otra posterior en otro proceso salvo el caso del *ne bis in idem*, esto es, que se refiera al mismo imputado, sobre el cual recae la resolución, y al mismo hecho”. MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal I: fundamentos*. 2ª Ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004. p. 605.

planificado, passa-se à fase de sua exteriorização, contudo, os atos preparatórios não são passíveis de sanção de modo que é necessário estabelecer a partir de que momento cabe a intervenção penal⁶⁸⁰. O Código Penal disciplina o assunto no art. 14⁶⁸¹.

Tem-se, portanto, que o delito estará formalmente consumado quando o tipo de injusto objetivo esteja plenamente realizado, ou seja, quando o tipo concreto se enquadrar no tipo abstrato⁶⁸². A tentativa configura-se quando o tipo não foi completado dado que a realização incompleta da conduta típica não é punida como crime autônomo⁶⁸³.

No crime consumado há uma congruência entre a conduta paradigmaticamente descrita na norma e a conduta concreta efetivada. Entre os crimes consumado e tentado há uma relação de todo e parte, uma vez que, na tentativa, uma parcela objetiva da conduta descrita no tipo não se perfaz, consistindo em uma ação típica incompleta⁶⁸⁴. A problemática que se apresenta, no âmbito do *ne bis in idem*, envolvendo crime consumado e crime tentado refere-se à existência de duas ou mais persecuções penais simultâneas relativas ao mesmo fato típico, porém, ora na sua modalidade consumada ora na tentada.

A discussão instalada refere-se a duas persecuções sobre o mesmo fato, porém, em uma o fato é classificado como crime tentado e na outra como crime consumado. Trata-se de hipótese do mesmo crime (ex: roubo), porém, em uma persecução a conduta atribuída é a de tentativa e na outra a de roubo consumado. Temos que o fato concreto é igual para ambas as persecuções, variando a apreciação jurídica incidente sobre ele.

Nesse caso, também, não se vê justificativa para a subsistência de ambas as persecuções, o crime não pode ter sido tentado e consumado ao mesmo tempo, são características excludentes. Se ao longo da investigação, ou mesmo da instrução, apura-se que o crime foi consumado, existe a possibilidade de aditamento da denúncia.

A fase de investigação representa uma verdadeira etapa preliminar de apuração dos fatos e colheita dos respetivos elementos probatórios, portanto, pode haver uma

⁶⁸⁰ PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro, volume I: parte geral, arts. 1º a 120*. 12ª Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 411.

⁶⁸¹ Art. 14 - Diz-se o crime: I - consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal; II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente. Parágrafo único - Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços”.

⁶⁸² NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 6ª Ed. Rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 316.

⁶⁸³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 6ª Ed. Rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 316.

⁶⁸⁴ REALE JÚNIOR, Miguel. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017. p.53.

classificação preliminar de tentativa que, posteriormente, seja alterada para consumação, e vice-versa. A coexistência de duas investigações, sobre o mesmo fato, uma na modalidade tentativa e outra consumação, consiste em flagrante violação ao princípio *ne bis in idem*. Da mesma forma, na fase processual, mesmo após o encerramento da fase instrutória é possível o aditamento da denúncia, de modo que não haveria justificativa para a subsistência de múltiplas persecuções simultâneas⁶⁸⁵.

MAIER explica que a regra genérica que governa o princípio, prescinde, em um primeiro momento, de toda e qualquer valoração jurídica do fato. Assim, o *ne bis in idem* procura impedir que a imputação concreta, como atribuição de um comportamento determinado historicamente, seja repetida, qualquer que seja o seu significado jurídico ou *nomen iuris* empregado para classificar a imputação ou designar o fato. “Se mira al *hecho* como *acontecimiento real*, que sucede en un lugar y en un momento o período determinados, sin que la posibilidad de subsunción en distintos conceptos jurídicos afecte la regla”⁶⁸⁶.

A identidade se refere ao comportamento como acontecimento histórico de modo que basta que esse acontecimento histórico seja igual em mais de uma persecução, ainda que as circunstancias atribuídas ou conhecidas na segunda persecução sejam diferentes ou mais abrangentes⁶⁸⁷. Assim, não é possível também a coexistência de duas imputações sobre o mesmo fato e o mesmo sujeito, variando apenas a modalidade da culpa já que nesses casos, qualquer que tenha sido a imputação primeira, por crime doloso ou culposo, consome as subsequentes⁶⁸⁸.

Polêmica é a situação da “produção posterior de resultado mais grave” em fase recursal. Por exemplo se “A” é acusado de tentativa de homicídio, porque, em determinado local e data, atirou na vítima “B”, não tendo produzido imediatamente a sua morte. É

⁶⁸⁵ No âmbito da correlação entre acusação e sentença, BADARÓ explica que sempre que em função da descoberta de um novo aspecto fático seja necessária a passagem do crime consumado ao crime tentado e vice-versa, será necessário o aditamento da denúncia, sem o qual a sentença terá violado regra da correlação com a acusação. BADARÓ, Gustavo. *Correlação entre acusação e sentença*. p. 222.

⁶⁸⁶ MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal I: fundamentos*. 2ª Ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004. p. 607.

⁶⁸⁷ A fórmula “hace referencia a un único comportamiento básico como objeto de cognición y decisión en varios procesos, aunque en alguno de ellos se prediquen más elementos o circunstancias de ese comportamiento central, que en otro”. MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal I: fundamentos*. 2ª Ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004. p. 609.

⁶⁸⁸ “La solución no reside en el hecho de que imputar un delito doloso sea lo mismo que atribuir un delito culposo, sino, por el contrario, en advertir que se somete a una misma persona a un doble riesgo de persecución penal en relación a un mismo acontecimiento histórico básico”. MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal I: fundamentos*. 2ª Ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004. p. 609-610.

oferecida de denúncia contra A por homicídio tentado, “A” é condenado e enquanto a sentença pende de recurso, B morre em decorrência das lesões causadas por A.

Entendemos que, o fato é ainda o mesmo e que, portanto, não será possível instaurar nova persecução contra A por homicídio. Até a prolação da sentença haveria a possibilidade de aditamento da denúncia, porém, em fase recursal a situação é delicada e assemelha-se à da coisa julgada. Sobre esse ponto de vista, LOPES JR explica que o transito em julgado de sentença, condenatória ou absolutória, impediria um novo processo pois haveria *bis in idem* na submissão do réu a novo processo devido à identidade substancial do fato natural e também do imputado⁶⁸⁹.

4.3.6 Crime de menor potencial ofensivo

A Lei nº 9.090/95 que dispõe sobre os Juizados Especiais cíveis e penais, define, no seu art. 61 os crimes de menor potencial ofensivo como sendo as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa. Esses crimes devem ser submetidos ao Juizado Especial Criminal respeitadas as regras de conexão e continência⁶⁹⁰.

Sob o enfoque das persecuções penais simultâneas, há que abordar hipóteses em que o mesmo fato é imputado ao mesmo indivíduo, variando apenas a classificação jurídica e envolvendo crime de menor potencial ofensivo. O Superior Tribunal de Justiça já reconheceu que a sentença prolatada por juiz absolutamente incompetente – homologação de transação penal – faz coisa julgada material e, portanto, impede um novo julgamento, ainda que no juízo competente. O agente havia sido submetido à prestação de serviços à comunidade em razão de homologação de transação penal realizada perante o Juizado Especial Criminal e, posteriormente, foi denunciado pelos mesmos fatos perante a Justiça Militar. Houve, portanto, reconhecimento do *bis in idem*.⁶⁹¹

⁶⁸⁹ “Assim, deve ser reconhecido o efeito impeditivo inerente à coisa julgada material, pelos mesmos postulados de política processual que impedem revisão criminal *pro societate* (e, portando, contra o réu). Do contrário, estaria sendo criada uma situação de pendência, em que, mesmo após o transito em julgado, o réu poderia, a qualquer tempo, voltar a ser processo – agora por delito consumado – em caso de morte da vítima”. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. p. 1131.

⁶⁹⁰ No concurso de crimes, se as penas somadas dos delitos ultrapassam 2 anos, o processo deverá ser remetido ao juízo comum, porém, em relação a cada infração penal que, isoladamente, seria infração de menor potencial ofensivo, deverá ser aplicada a transação penal. BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. p. 625.

⁶⁹¹ STJ, HC nº 90.472, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 29.09.2009.

É certo que os crimes de menor potencial ofensivo se submetem ao procedimento sumaríssimo que é caracterizado pelos critérios da oralidade, informalidade, simplificação, economia processual e celeridade⁶⁹². Contudo, caracterizada uma coexistência de persecuções penais no juizado especial e no juízo comum, simultaneamente, deverá observar-se o princípio *ne bis in idem*.

É fato que ambas persecuções não podem coexistir se manifestam imputações idênticas. Contudo, embora a regra geral seja que é a primeira persecução a que deve subsistir, no caso do Juizado Especial entendemos que até a apuração efetiva dos fatos, os autos devem ser remetidos ao juízo comum, ainda que neste tramite a persecução mais recente.

4.2 Conflito de Jurisdições

No desempenho de sua *função jurídica* o Estado regula as relações intersubjetivas através de duas ordens de atividades distintas, mas intimamente relacionadas: a legislação e jurisdição⁶⁹³. Interessa, neste tópico, a segunda que consiste na ordem de atividades jurídicas mediante a qual o Estado busca a realização prática das normas legislativas em caso de conflito⁶⁹⁴.

Aliado ao conceito de jurisdição, está o de competência que representa o âmbito legítimo de exercício da jurisdição conferida a cada órgão jurisdicional⁶⁹⁵, é um conjunto de regras que asseguram a eficácia da garantia da jurisdição, delimitando-a e condicionando seu exercício⁶⁹⁶. Especificamente no âmbito penal, quando ocorre um determinado crime, para se definir qual o juiz competente, deve ser seguido um processo gradativo de concretização da competência⁶⁹⁷.

Embora a aplicação do princípio *ne bis in idem* incida integralmente sobre todo o território brasileiro e, toda espécie de jurisdição, é necessário esclarecer como se dá a

⁶⁹² Art. 62 da Lei n. 9099/95: “Art. 62. O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de Liberdade”.

⁶⁹³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 26ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 44.

⁶⁹⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 26ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 44.

⁶⁹⁵ BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. p. 219.

⁶⁹⁶ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. p. 445.

⁶⁹⁷ BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. p. 221.

convivência de tal princípio com os casos nos quais, apesar de tratar-se do mesmo contexto fático, há mais de uma jurisdição envolvida e, portanto, há diversos juízes competentes para julgar o mesmo contexto fático.

No caso dos estados federativos existe a previsão de duas espécies de jurisdições, uma estadual e outra federal (art. 109 da CF). Também no âmbito da jurisdição penal, é possível imaginar a existência de situações que possam reclamar tanto a atuação da Justiça do Estado membro onde a infração penal foi praticada, quanto a atuação da Justiça Federal, quer por haver concurso de crimes, quer porque a mesma conduta configura, ao mesmo tempo, crime estadual e crime federal⁶⁹⁸. Da mesma forma, existem jurisdições especializadas que cuidam de matérias específicas, no âmbito penal destacam-se a justiça militar e a eleitoral⁶⁹⁹.

4.2.1 Jurisdição Federal x Jurisdição Estadual

No Brasil, a denominada "Justiça Comum" pode ser estadual ou federal. A competência da Justiça Federal é residual em relação às especiais, sendo sua atuação restrita aos crimes que não sejam de competência daquelas. Contudo, a justiça federal prevalece sobre a estadual. A competência da Justiça Federal está expressamente estabelecida no art. 109 da Constituição Federal, sendo à estadual reservada qualquer assunto que não compita à justiça especializada ou à justiça federal. No âmbito penal, interessam à justiça federal os crimes previstos nos incisos IV, V, VI, IX e X do art. 109⁷⁰⁰.

⁶⁹⁸ CRUZ ressalva que a situação pode ser instada pela consumação da infração em outra jurisdição, a depender da opção dogmática de cada país. CRUZ, Rogério Schietti Machado. *A proibição de dupla persecução penal (ne bis in idem): limites no direito brasileiro*. Tese de Doutorado. Orientador: Professor Doutor Antônio Magalhães Gomes Filho. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007. p. 134.

⁶⁹⁹ Para a definição de 'Justiça' competente, deve-se considerar a matéria em julgamento e começar a análise pela esfera mais restrita das Justiças Especiais, para, por exclusão, chegar às Justiças Comuns. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. p. 447.

⁷⁰⁰ Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: (...) IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral; V - os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente; VI - os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira; IX - os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar; X - os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o "exequatur", e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização;

A Lei de Lavagem de capitais, Lei nº 9.613/98, também estabelece critérios para a submissão de crimes à competência da justiça federal⁷⁰¹.

No direito processual penal brasileiro, pode dar-se uma coincidência de jurisdições quando a ação delitiva imputada ao agente criminoso encontra correspondência em duas ou mais figuras típicas, nem todas sujeitas à mesma jurisdição. Em face da existência de alguma circunstância que atraia a competência para a Justiça Federal ou para a Justiça Especializada, ou até mesmo, para algum Tribunal Superior⁷⁰².

A jurisdição do Estado brasileiro é configurada segundo um modelo federativo, de modo que a aplicação do *ne bis in idem* tem algumas particularidades ao relacionar-se com diversas jurisdições. O ordenamento processual penal brasileiro não admite a possibilidade de um indivíduo responder, pelo mesmo ato, perante jurisdições diferentes, simultânea ou sucessivamente⁷⁰³.

Nos Estados Unidos, por exemplo, existe a possibilidade de a mesma conduta criminosa ser, em sua inteireza, considerada como ilícito penal tanto no âmbito da Justiça Estadual quanto no da Justiça Federal. Desse modo, o indivíduo pode ser submetido a duas persecuções, em distintas jurisdições, derivadas do mesmo contexto fático, sucessiva ou simultaneamente⁷⁰⁴. A noção de *double jeopardy* no direito norteamericano funda-se na ideia de que há duas soberanias e governos, um no âmbito estadual e outro no federal. O

⁷⁰¹ Art. 2, III da Lei 9.613/98: “são da competência da Justiça Federal: a) quando praticados contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira, ou em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas; b) quando a infração penal antecedente for de competência da Justiça Federal.

⁷⁰² O Supremo Tribunal Federal está atualmente discutindo questão de ordem levantada na Ação Penal (AP) 937 acerca da possibilidade de restringir o foro por prerrogativa de função conferido aos parlamentares federais. Até 23.11.2017 prevaleceu a posição do relator do caso Ministro Luís Roberto Barroso, no sentido de que o foro será aplicável apenas a crimes cometidos no exercício do mandato e em razão do cargo. O Ministro Alexandre de Moraes divergiu parcialmente concordando que o foro deve valer para crimes praticados no exercício do cargo, mas alcançando todas as infrações penais comuns, independentemente de se relacionarem ou não com as funções de parlamentar. Essa decisão pode alterar as regras de conexão e continência futuramente. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=362700> Acesso em: 04.12.2017.

⁷⁰³ CRUZ, Rogério Schiatti Machado. *A proibição de dupla persecução penal (ne bis in idem): limites no direito brasileiro*. Tese de Doutorado. Orientador: Professor Doutor Antônio Magalhães Gomes Filho. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007. p. 134.

⁷⁰⁴ CRUZ explica que a “questão crucial nos julgamentos em que se alega a violação à regra proibitiva de nova persecução penal diz respeito ao relevo e ao grau de autonomia reconhecidos aos Estados que compõem a federação norte-americana”. CRUZ, Rogério Schiatti Machado. *A proibição de dupla persecução penal (ne bis in idem): limites no direito brasileiro*. Tese de Doutorado. Orientador: Professor Doutor Antônio Magalhães Gomes Filho. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007. p. 136.

governo do estado pode processar e julgar a mesma conduta e o mesmo indivíduo já submetido à jurisdição federal e vice-versa.⁷⁰⁵

Assim, o denominado *double jeopardy* “bars a second prosecution only if jeopardy attached in the original proceeding” sendo que um dos requisitos é que “the court hearing the case must have proper jurisdiction”⁷⁰⁶. A doutrina da *dual sovereignty* não proíbe múltiplas persecuções pelo mesmo fato por diversas cortes de soberanias diferentes, contudo, essa doutrina não é aplicável a nível municipal⁷⁰⁷. Essa exceção ocorre por entender a jurisprudência norte-americana que cidades, condados e outras subdivisões políticas dos Estados não possuem soberania própria⁷⁰⁸.

A jurisprudência brasileira, porém, já estabeleceu a impossibilidade de julgamentos simultâneos ou sucessivos, perante a justiça estadual e a justiça federal, com fundamento no mesmo fato e contra o mesmo indivíduo. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu que, mesmo as imputações não consideradas idênticas – e portanto, não ensejadoras de *bis in idem* - mas conexas, não podem tramitar separadamente e devem ser

⁷⁰⁵ *Bartkus v. Illinois*, 359 U.S. 121 (1959): “Petitioner was tried and acquitted in a Federal District Court for violation of 18 U.S.C. § 2113, which makes it a crime to rob a federally insured bank. On substantially the same evidence, he was later tried and convicted in an Illinois State Court for violation of an Illinois robbery statute”. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/359/121/case.html> Acesso em: 04.12.2017 *Abbate v. United States*, 359 U.S. 187 (1959): “Indicted in an Illinois State Court for violating an Illinois statute making it a crime to conspire to injure or destroy the property of another, petitioners pleaded guilty, and each was sentenced to three months' imprisonment. Thereafter, because of the same conspiracy, they were indicted, tried and convicted in a Federal District Court for violating 18 U.S. C. § 371 by conspiring to violate 18 U.S. C. § 1362, which forbids the injury or destruction of communications facilities "operated or controlled by the United States". Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/359/187/case.html> Acesso em: 04.12.2017.

⁷⁰⁶ “This analysis can be nuanced and complex. In a jury trial, jeopardy attaches when the jury is sworn (...) If a case is tried before a judge, after waiver of a jury, jeopardy attaches when the first double jeopardy protection against trial on the charge in the indictment or information. If a case is dismissed or terminated prior to the attachment of jeopardy, the defendant may have to respond to the same criminal charges in subsequent proceedings”. WEAVER, Russell L.; BURKOFF, John M.; HANCOCK, Catherine; HOEFFEL, Janet C.; SINGER, Stephen; FRIEDLAND, Steven I. *Principles of Criminal Procedure*. 5ª Ed. Saint Paul: West Academic, 2016. p. 452.

⁷⁰⁷ WEAVER, Russell L.; BURKOFF, John M.; HANCOCK, Catherine; HOEFFEL, Janet C.; SINGER, Stephen; FRIEDLAND, Steven I. *Principles of Criminal Procedure*. 5ª Ed. Saint Paul: West Academic, 2016. p. 453. Nesse sentido *Waller v. Florida*, 397 U.S. (1970): “Petitioner was convicted by the St. Petersburg municipal court of violating two ordinances, destruction of city property and disorderly breach of the peace, and sentenced to 180 days in jail. Thereafter, an information, concededly based on the same acts that led to the previous convictions, was filed by the State of Florida charging petitioner with grand larceny. The State Supreme Court denied a writ of prohibition to prevent the second trial on petitioner's claim of double jeopardy. Petitioner was tried and convicted of grand larceny”. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/387/case.html> Acesso em 04.12.2017.

⁷⁰⁸ “Political subdivisions of States counties, cities, or whatever -- never were and never have been considered as sovereign entities. Rather, they have been traditionally regarded as subordinate governmental instrumentalities created by the State to assist in the carrying out of state governmental functions”. *Waller v. Florida*, 397 U.S. (1970): Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/387/case.html> Acesso em 04.12.2017.

unidas em um só feito, no caso concreto, uma única investigação. Explicou o STJ que a existência de dois procedimentos de investigação policial possivelmente conexos configura o constrangimento ilegal face à probabilidade de duplicidade de instrução processual, etc⁷⁰⁹.

Assim também, em relação à coisa julgada, outra vertente do princípio *ne bis in idem*, o Superior Tribunal de Justiça definiu que a sentença proferida por juízo absolutamente incompetente “impede o exame dos mesmos fatos ainda que pela justiça constitucionalmente competente”, pois, ao contrário, estar-se-ia não só diante de vedado *bis in idem* como também na contramão da necessária segurança jurídica que a imutabilidade da coisa julgada visa garantir. Ademais, ao se sopesar a garantia do juiz natural e o princípio do *ne bis in idem*, deve preponderar esse último em razão da prevalência, no que concerne à persecução penal, da dignidade da pessoa humana - axioma centro do ordenamento jurídico-constitucional - sobre o *ius puniendi* estatal⁷¹⁰.

Se após o trânsito em julgado não é possível reexaminar um fato já decidido mesmo que por autoridade incompetente, menos pode ter-se o mesmo fato apreciado, simultaneamente, por duas jurisdições diversas. Enquanto pende de julgamento o fato, ainda é possível definir a competência correta, contudo, manter duas persecuções penais simultâneas sobre o mesmo fato e contra o mesmo indivíduo, ainda que uma perante a justiça estadual e outra perante a justiça federal constitui flagrante violação ao princípio *ne bis in idem*.

Não é necessário aguardar o trânsito em julgado em uma das persecuções para então barrar a continuação da outra, a mera coexistência de ambas já configura violação sujeita a reconhecimento e controle.

4.2.2 Jurisdição Comum x Jurisdição Especializada

Além da divisão entre justiça estadual e justiça federal, no âmbito do direito penal existe também a competência da justiça comum, da justiça militar e da justiça eleitoral para

⁷⁰⁹ STJ, RHC nº 10.763/ SP, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 07.06.2001.

⁷¹⁰ “Discordo totalmente da conclusão alcançada pela Corte Estadual. Partindo-se da premissa que os recorrentes já responderam criminalmente na Justiça Militar pelos fatos narrados na denúncia ofertada perante a Justiça Comum, não vejo como ignorar os efeitos produzidos por sentença judicial que, embora emanada de Juízo absolutamente incompetente, extinguiu a punibilidade após o devido cumprimento das condições estabelecidas na proposta de suspensão condicional do processo “ STJ, RHC nº 29.775/ PI, 5ª Turma, Rel.Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 18.06.2013.

juízo de crimes. A definição da competência parte sempre da análise da esfera mais restrita, ou seja, da justiça especializada. Apenas se não for competência dessa é que será feita uma análise acerca da justiça comum.

A justiça militar foi instalada no Brasil em 1808, por D. João VI, então com o nome de Conselho Supremo Militar e de Justiça e, desde então, tem servido para julgar crimes militares, tanto no âmbito federal quanto nos estados⁷¹¹. A Constituição Federal prevê a competência da justiça militar nos art. 124 (federal) e 125, §4 (estadual) para processar e julgar os crimes militares definidos em lei. Essa lei a que se refere a Constituição é o Código Penal Militar que em seu art. 9 contém a definição de “crimes militares, em tempo de paz”.

LOPES JR explica que além dos elementos positivados, a jurisprudência tem exigido também o “interesse militar” para definição de competência da Justiça Militar. “Assim, afasta-se a competência da Justiça Militar – por falta de uma ‘situação de interesse militar’ – quando o réu (militar) chegando em casa surpreende sua esposa com o amante e, utilizando artefatos militares, causa lesões corporais em ambos”. A tendência é que tal fato seja julgado pela Justiça Comum, e não na especial militar pois falta o real “interesse militar” numa situação como essa⁷¹².

No direito processual brasileiro, trata-se de competências distintas e, frequentemente, há conflito entre a justiça comum e a justiça militar. Esse conflito existe pois não é possível submeter o mesmo indivíduo a duas persecuções penais distintas, ainda que em jurisdições diferentes, pelo mesmo fato⁷¹³. Tomando o exemplo anterior, suponha-

⁷¹¹ CRUZ, Rogério Schiatti Machado. *A proibição de dupla persecução penal (ne bis in idem): limites no direito brasileiro*. Tese de Doutorado. Orientador: Professor Doutor Antônio Magalhães Gomes Filho. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007. p. 148.

⁷¹² LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. p. 451. Em 13 de outubro de 2017 foi sancionada pelo Presidente da República a Lei nº 13.491/2017 que altera o Código Penal Militar para transferir para a Justiça Militar a competência para o julgamento de crimes cometidos por militares contra civis, dentro de determinado contexto. A atual redação do art. 9º, §2º do CPM é: “Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, serão da competência da Justiça Militar da União, se praticados no contexto: I – do cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa; II – de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante; ou III – de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no art. 142 da Constituição Federal e na forma dos seguintes diplomas legais: a) Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 - Código Brasileiro de Aeronáutica; b) Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999; c) Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969 - Código de Processo Penal Militar; e d) Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral.”

⁷¹³ CRUZ ao analisar o tema explica que, independentemente do conflito de competência que possa ser suscitado, é necessário reafirmar a observância da regra de proibição de dupla persecução penal, a qual protege contra quem, em função do mesmo comportamento, vier a instaurar-se inquérito ou ação penal

se que existe uma persecução penal em tramite na justiça comum por lesão corporal e outra na justiça militar pelo mesmo fato.

Analisando a imputação penal, tem-se o mesmo fato e o mesmo indivíduo. Porém, 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 Constitucional⁷¹⁴.

Apenas a roupagem jurídica concedida ao fato é diferente pois em uma persecução há classificação como crime comum e na outra como militar. Essa diferença, contudo, incide sobre o mesmo fato, não sobre condutas diferentes inseridas no mesmo contexto, gerando um conflito de competência. Na sua essência, trata-se da mesma imputação e, por isso, não pode o indivíduo ser submetido a persecuções penais simultâneas na justiça comum e na justiça militar.

Assim como ocorre na hipótese de crime consumado e crime tentado, o fato não pode ser, simultaneamente, crime comum e crime militar. Trata-se de classificação excludente, ou o crime contém todos os requisitos necessários para ser submetido à justiça especializada ou deve permanecer sob competência da justiça comum.

Ao lado da Militar, a Eleitoral é a outra Justiça Especial. Não existe uma hierarquia entre uma e outra pois ambas atuam em esferas distintas, não se trata de prevalência mas de cisão⁷¹⁵. Já na relação da Justiça Eleitoral com as Justiças Comuns (Estadual e Federal) existe uma prevalência da Especial sobre a Comum. A competência da Justiça Eleitoral está prevista no art. 121 da Constituição Federal⁷¹⁶ sendo complementada pelo rol de

militar, além de inquérito ou ação penal perante a justiça comum. CRUZ, Rogério Schiatti Machado. *A proibição de dupla persecução penal (ne bis in idem): limites no direito brasileiro*. Tese de Doutorado. Orientador: Professor Doutor Antônio Magalhães Gomes Filho. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007. p. 149.

⁷¹⁴ STJ, HC nº 90.472/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 29.09.2009.

⁷¹⁵ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. p. 454.

⁷¹⁶ Art. 121. Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais. § 1º - Os membros dos tribunais, os juízes de direito e os integrantes das juntas eleitorais, no exercício de suas funções, e no que lhes for aplicável, gozarão de plenas garantias e serão inamovíveis. § 2º - Os juízes dos tribunais eleitorais, salvo motivo justificado, servirão por dois anos, no mínimo, e nunca por mais de dois biênios consecutivos, sendo os substitutos escolhidos na mesma ocasião e pelo mesmo processo, em número igual para cada categoria. § 3º - São irrecorríveis as decisões do Tribunal Superior Eleitoral, salvo as que contrariarem esta Constituição e as denegatórias de *habeas corpus* ou mandado de segurança. § 4º - Das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais somente caberá recurso quando: I - forem proferidas contra disposição expressa desta Constituição ou de lei; II - ocorrer divergência na interpretação de lei entre dois ou mais tribunais eleitorais; III - versarem sobre inelegibilidade ou expedição de diplomas nas eleições federais ou estaduais; IV - anularem diplomas ou decretarem a perda de mandatos eletivos federais ou estaduais; V - denegarem *habeas corpus*, mandado de segurança, *habeas data* ou mandado de injunção.

crimes previstos no Capítulo II do Código Eleitoral que estabelece o rol de crimes eleitorais. Os crimes eleitorais conexos com um crime comum, previsto no Código Penal, serão de competência da Justiça Eleitoral, conforme previsto no art. 35, II do Código Eleitoral e no art. 78, IV do Código de Processo Penal⁷¹⁷.

Conforme afirmamos desde o início do trabalho, o princípio *ne bis in idem* proibição engloba, inclusive, investigações criminais. Respeitadas as condições e características estabelecidas no capítulo 3, a coexistência de investigações criminais, uma em âmbito comum e outra em âmbito militar, já constitui violação ao princípio do *ne bis in idem*. Portanto, pode o indivíduo submetido a tal violação pleitear o respectivo reconhecimento e controle.

O Superior Tribunal de Justiça já definiu que mesmo decisões proferidas por juízo absolutamente incompetente impedem uma nova análise da mesma imputação. Assim, a decisão que absolveu sumariamente o ora paciente no âmbito da Justiça Comum, em virtude da incidência de causa excludente de ilicitude, impossibilita a instauração de ação penal perante a Justiça Especializada, uma vez que o Estado-Juiz já se manifestou sobre o fato. Ainda que se trate de decisão proferida por juízo absolutamente incompetente, deve-se reconhecer a prevalência dos princípios do *favor rei*, *favor libertatis* e *ne bis in idem*, de modo a preservar a segurança jurídica que o ordenamento jurídico demanda⁷¹⁸.

O pedido de reconhecimento da dupla imputação deve dar-se na persecução instaurada por último. O controle, contudo, estará intimamente à definição da competência. É fato que as duas persecuções não podem subsistir, contudo, nesse caso, a definição de qual deve continuar não se restringe à análise de em qual persecução foi a imputação manifestada primeiro. É necessário considerar também a justiça competente para aquele fato, ainda que a manifestação de imputação tenha sido realizada por último.⁷¹⁹

⁷¹⁷ Os únicos crimes em que tal reunião dá ensejo a grande discussão são aqueles de competência do Tribunal do Júri (previstos no art. 74, §1 do CPP), especialmente o de homicídio doloso. Nesses casos tem prevalecido a posição de que, quando o crime eleitoral for conexo com o homicídio doloso haverá cisão: o crime eleitoral será julgado na Justiça Eleitoral e o homicídio no Tribunal do Júri. “Isso porque a competência do júri é constitucional, prevalecendo sobre o disposto em leis ordinárias (como o Código Eleitoral e o CPP)”. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. p. 455.

⁷¹⁸ Esse foi o fundamento do STJ para determinar o trancamento da ação penal perante a Justiça Militar. STJ, HC nº 362.054/PB, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 09.08.2016.

⁷¹⁹ A definição da competência é apenas um cuidado especial, não constitui elemento autorizador de uma nova persecução penal por ter sido o fato, inicialmente, submetido a uma autoridade incompetente. Sobre esse ponto, o STJ já definiu que a apreciação do fato, mesmo que por autoridade incompetente “impossibilita a instauração de ação penal na Justiça especializada, uma vez que o Estado-Juiz já se manifestou sobre o fato,

O aproveitamento dos elementos e/ou provas obtidas e/ou produzidos no âmbito da jurisdição incompetente deve também ser apreciado pela autoridade encarregada pela definição da competência, de modo a preservar os direitos e garantias do imputado conforme o procedimento competente⁷²⁰.

Sobre a impossibilidade de duas persecuções penais, simultâneas ou sucessivas, em distintas jurisdições, a jurisprudência já estabeleceu sua impossibilidade, conforme exemplificado anteriormente⁷²¹. CRUZ observa que, a referência usual se dá em relação à impossibilidade de novo julgamento em outra jurisdição, após o transito em julgado de sentença (coisa julgada), o que demonstra que em países de tradição romano-germânica, como o Brasil, o *ne bis in idem* é muito mais identificado como uma mera decorrência da *res judicata* do que, propriamente, como uma garantia de proteção ao indivíduo⁷²².

Tratando-se de imputações conexas, o Supremo Tribunal Federal já estabeleceu que a conexão e a continência não constituem óbice à separação obrigatória de processos quando da ocorrência de concurso entre crime militar e crime comum⁷²³. Trata-se de um caso diverso ao de imputações idênticas, nele as imputações são apenas conexas e não são cumuladas em uma única persecução por pertencerem à competência de jurisdições distintas.

dando-o por atípico, o que enseja coisa julgada material”. STJ, Informativo nº 0466 de 2011, em referência ao HC n. 173.397-RS, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 17.03.2011.

⁷²⁰ Ao tratar de sentença produzida no âmbito de jurisdição incompetente, CRUZ analisa que considerar inexistente tal ato seria ignorar uma realidade fática que ocorre na vida do cidadão submetido à sentença. Mostra-se, segundo o autor, mais compatível ao sistema brasileiro a opinião de que, absolutória ou condenatória, a sentença proferida por justiça incompetente, mesmo em nível constitucional, impede seja o réu novamente processado perante o órgão efetivamente competente. “A razão é simples: no juízo penal a nulidade da sentença por incompetência do órgão jurisdicional pode dar causa a uma ação de revisão criminal, se condenatório o *decisum*, mas não pode render outra ação penal contra o mesmo réu, em virtude do mesmo fato – já perante a justiça militar, já perante a justiça comum – porque violaria o direito de qualquer pessoa a não ser submetida a duplo processo pela mesma conduta criminosa”. CRUZ, Rogério Schiatti Machado. *A proibição de dupla persecução penal (ne bis in idem): limites no direito brasileiro*. Tese de Doutorado. Orientador: Professor Doutor Antônio Magalhães Gomes Filho. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007. p. 151.

⁷²¹ STF, HC n. 86.606-MS, 1ª Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 22.05.2007; STJ, AP n. 560-RJ, Corte Especial, Rel. Min. Felix Fischer, j. 16.09.2009; HC n. 90.472-RS, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 29.09.2009; RHC n. 17.389-SE, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 20.11.2007; HC n. 36.091-RJ, 6ª Turma, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 24.02.2005.

⁷²² CRUZ, Rogério Schiatti Machado. *A proibição de dupla persecução penal (ne bis in idem): limites no direito brasileiro*. Tese de Doutorado. Orientador: Professor Doutor Antônio Magalhães Gomes Filho. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007. p. 149. Cumpre ressaltar que o foco do trabalho é uma abordagem do *ne bis in idem* como princípio regente do processo penal brasileiro que deve, obviamente, ser aplicado mediante a garantia individual de não ser submetido a duas imputações penais idênticas, simultaneamente. Contudo, como princípio que é, o *ne bis in idem* deve também ser considerado elemento inerente ao devido processo penal de modo a legitimar o processo penal.

⁷²³ STF, HC 105.301/MT, 2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 05.04.2011.

CAPÍTULO 5 - DUPLA IMPUTAÇÃO E VIOLAÇÃO AO *NE BIS IN IDEM*: CONTROLE NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Trata-se de uma análise sobre a identidade de imputações, independentemente da possibilidade de condenação em uma ou em ambas. Não há, pelas premissas que estabelecemos ao longo do trabalho, a necessidade de apurar o momento em que o sujeito é colocado em “perigo” de ser submetido a duas persecuções penais pelo mesmo fato como acontece no direito norte-americano⁷²⁴. A manifestação de uma imputação idêntica a outra já previamente manifestada em outra persecução penal constituirá violação ao *ne bis in idem* ainda que se entenda como “pouco provável” ou “difícil” a condenação ou a continuação da persecução mais recente.

O “marco inicial” do reconhecimento seria a manifestação de uma segunda imputação idêntica. Quanto ao controle, pode ocorrer *ex officio* como será explicado adiante, ou a partir do momento em que o acusado ou seu defensor toma ciência da coexistência de duas ou mais imputações idênticas. É nesse sentido que a doutrina explica que a condição de imputado é adquirida “desde que se le comunica la admisión a trámite de una denuncia o querrella; desde que se lleve a cabo contra ella cualquier actuación procesal implicándole en un hecho delictivo, o desde que haya sido objeto de detención o cualquier medida cautelar”⁷²⁵.

5.1 Aplicação do princípio à fase pré-processual

O presente trabalho se propôs a analisar a aplicação do princípio *ne bis in idem* no processo penal brasileiro, mais precisamente, a disciplina de reconhecimento e controle de *bis in idem* em casos de dupla imputação. Houve, desde o princípio uma preocupação em referir-se à dupla imputação – e não à litispendência – por se entender que o princípio

⁷²⁴ “Double jeopardy bars a second prosecution only if jeopardy attached in the original proceeding (...) If a case is tried before a judge, after waiver of a jury, jeopardy attaches when the first witness is sworn. Jeopardy also attaches when the trial court accepts a guilty plea. Conversely, withdrawal of a guilty plea is a waiver of the double jeopardy protection against trial on the charge in the indictment or information. If a case is dismissed or terminated prior to the attachment of jeopardy, the defendant may have to respond to the same criminal charges in subsequent proceedings”. WEAVER, Russell L.; BURKOFF, John M.; HANCOCK, Catherine; HOEFFEL, Janet C.; SINGER, Stephen; FRIEDLAND, Steven I. *Principles of Criminal Procedure*. 5ª Ed. Saint Paul: West Academic, 2016. p. 452.

⁷²⁵ AROCA, Juan Montero; COLOMER, Juan Luis Gómez; REDONDO, Alberto Montón; VILAR, Silvia Barona. *Derecho jurisdiccional III*. 18ª Ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2010. p. 223.

incide tanto na fase investigatória quanto na processual e, portanto, deve-se identificar e controlar eventuais violações em ambas as fases.

A investigação preliminar é uma peça fundamental para o processo penal e trata-se do conjunto de atividades desenvolvidas concatenadamente por órgãos do Estado, a partir de uma notícia-crime, com caráter prévio, de natureza preparatória com relação ao processo penal e que pretende averiguar a autoria e circunstâncias de um fato aparentemente delituoso com o fim de justificar ou não o processo.⁷²⁶

O principal fundamento para a existência de uma fase investigatória é evitar acusações infundadas e tal função resta plenamente concretada se levados em consideração três fatores: o custo do processo, o sofrimento que causa para o sujeito passivo o estado de ânsia prolongada e a estigmatização social e jurídica que gera o processo penal.⁷²⁷

MAEIR explica que a obrigatoriedade e indisponibilidade da persecução penal determina que a suspeita ou simples afirmação de uma conduta delitiva imponha sua investigação automática. Isso torna necessária uma etapa preliminar predominantemente informativa que permita ao acusador reunir os elementos de convicção necessários para fundamentar sua pretensão penal “sea ella para pedir el castigo de la persona que cree responsable o para liberarlo de persecución en caso contrario”.⁷²⁸ Assim, a fase investigatória da persecução exibe dupla função, preservadora e preparatória.

Assumindo tal premissa, é também necessário esclarecer que embora a etapa investigatória seja frequentemente rotulada de “inquisitória” em contraste à fase processual que se caracteriza pela natureza “acusatória”, deve-se manter o respeito aos direitos fundamentais do indivíduo⁷²⁹. Esse respeito deriva de uma leitura do processo penal a partir da constitucionalização dos direitos humanos que sustenta a existência de um processo penal humanitário, nele também inserida a fase preliminar de investigação.

⁷²⁶ “No Brasil, provavelmente por culpa das deficiências do sistema adotado (o famigerado inquérito policial), tem sido relegada a um segundo plano. Apesar dos problemas que possam ter, a fase pré-processual (...) é absolutamente imprescindível, pois um processo penal sem a investigação preliminar é um processo irracional, uma figura inconcebível segundo a razão e os postulados básicos do processo penal constitucional”. LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 254 e 256.

⁷²⁷ “Não se deve começar um processo penal de forma imediata. Em primeiro lugar, deve-se preparar, investigar e reunir elementos que justifiquem o processo ou o não processo. É um grave equívoco que primeiro se acuse, para depois investigar e ao final julgar. O processo penal encerra um conjunto de ‘penas processuais’ que fazem com que o ponto nevrálgico seja saber se deve ou não acusar”. LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. p. 254.

⁷²⁸ MAIER, Julio B. J. *La Investigación penal preparatoria del Ministerio Público*. Buenos Aires: Lerner, 1975. p. 24.

⁷²⁹ SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. p. 205-207.

A fundamentação do Estado de Direito, sob o pilar da dignidade da pessoa, produz importantes efeitos jurídicos, inclusive, no âmbito da investigação criminal na qual o “suspeito ou o imputado não podem ser instrumentalizados, tratados como objeto, como se uma *res* fossem, mas como sujeitos de direitos, sujeitos da *persecutio criminis* e não meros objetos desta”⁷³⁰.

Ademais, a base convencional internacional da dignidade da pessoa constitui-se em fundamento do Estado de Direito (art. 1, III, CF), cujo tratamento digno, no âmbito criminal, decorre, também, do princípio-garantia do estado de inocência (art. 5, LVII, CF) que produz seus efeitos dentro e fora do processo, inclusive no que tange ao tratamento dispensado ao suspeito, acusado, processado, imputado⁷³¹.

O próprio constituinte, ao consagrar a presunção de inocência no texto constitucional efetuou uma escolha juspolítica clara, “a *persecutio criminis* deve ter, em todos os seus instantes, um cunho garantidor e igualitário ao imputado, não se admitindo mais um sistema autoritário e desigual típico de regimes despóticos”⁷³².

É certo que a integral participação da defesa, tal como acontece na fase processual, poderia comprometer a eficiência das atividades investigatórias, certas diligências são eficazes na elucidação dos fatos na medida em que seu alvo desconhece a iminência de sua realização. Seria utópico imaginar que dando amplo e irrestrito acesso aos autos do inquérito ao suspeito e ao seu defensor, inclusive data, hora, equipe e mandado judicial de uma busca e apreensão domiciliar, o investigado permaneça inerte à espera da realização da diligência.

⁷³⁰ GIACOMOLLI explica que a “base humanitária adentra no âmbito criminal como um limite invencível da interferência do poder, em seu aspecto negativo, ou seja, de não-violação das esferas de dignidade, de não-aceitação de violação, bem como positivo ou prestacional, de respeito e efetivação da dignidade. GIACOMOLLI, Nereu José. Qualidade do Inquérito Policial. In *Polícia e investigação no Brasil*. Coord. AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; VASCONCELOS, Eneas Romero de; LERNER, Daniel Joséf. Brasília: Gazeta Jurídica EDPAL, 2016. p. 160-161. Em sentido contrário, NUCCI afirma que o indiciado deve ser considerado como *objeto da investigação* por ser essa a posição natural ocupada por ele durante o desenvolvimento do inquérito policial. “Não é ele, como no processo, sujeito de direitos, a ponto de poder requerer provas e, havendo indeferimento injustificado, apresentar recurso ao órgão jurisdicional superior. Não pode, no decorrer da investigação, exercer o contraditório, nem a ampla defesa, portanto”. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 13ªEd. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 120-121.

⁷³¹ “Nessa perspectiva, o ser humano é de ser tratado como tal, não como objeto e nem ser instrumentalizado pelo aparato criminal, pelo fato de ser sujeito passivo, pois é o Estado que serve ao homem e não este que serve aos aparelhos político-organizacionais”. GIACOMOLLI, Nereu José. Qualidade do Inquérito Policial. In *Polícia e investigação no Brasil*. Coord. AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; VASCONCELOS, Eneas Romero de; LERNER, Daniel Joséf. Brasília: Gazeta Jurídica EDPAL, 2016. p. 162.

⁷³² MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 355

É fato que esse conhecimento prévio pode interferir na reconstrução dos fatos e na coleta de elementos probatórios que possam contribuir para a justa causa. Contudo, o oposto também se mostra descabido, privar o investigado e seu defensor de todo e qualquer conhecimento acerca da investigação é incompatível com um Estado Democrático de Direito já que durante essa fase haverá sérias consequências para os direitos fundamentais do indivíduo.

Assim, é necessário também na fase investigatória buscar o equilíbrio entre a eficiência da investigação e a proteção das garantias do indivíduo submetido a esse procedimento, de modo que qualquer indivíduo submetido a uma persecução penal deve submeter-se a um sistema de regras e princípios que conjuguem eficiência e garantia em um procedimento assentado em alguns paradigmas extraídos do devido processo penal⁷³³. “Há que ser compatibilizado o interesse do Estado na *persecutio criminis* com a proteção dos direitos fundamentais do suspeito: tratamento como sujeito de direitos e não como mero objeto”⁷³⁴.

É inegável que a investigação preliminar será dirigida à obtenção de elementos probatórios que confirmem a notícia crime e lancem, ao menos indícios, sobre a autoria do fato delituoso para dar início à fase processual⁷³⁵. Porém, essa não é a sua única função, há na investigação preliminar a preocupação em tentar reconstruir os fatos e para tanto, são realizadas diversas diligências que podem interferir na esfera de direitos fundamentais do indivíduo, privando-lhe a liberdade, devassando-lhe a privacidade, restringindo sua locomoção ou privando-lhe de seus bens.

⁷³³ FERNANDES explica que a eficiência no processo penal é a capacidade de produzir um efeito, no caso da investigação criminal, trata-se da capacidade de reconstrução histórica dos fatos através da coleta de elementos probatórios que podem, posteriormente, servir de fundamento para a ação penal. O procedimento a ser instituído, para se obter um resultado justo, deve propiciar a efetivação dos direitos à segurança e à liberdade dos indivíduos, devendo, contudo, inserir-se no sistema estatal organizado através de estruturas e órgãos dirigidos à atuação eficaz do direito punitivo, levado a cabo mediante procedimentos, atos e fases que se destinam a assegurar a ação de tais órgãos. FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide. *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 9-12.

⁷³⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. Qualidade do Inquérito Policial. In *Polícia e investigação no Brasil*. Coord. AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; VASCONCELOS, Eneas Romero de; LERNER, Daniel Joséf. Brasília: Gazeta Jurídica EDPAL, 2016. p. 163.

⁷³⁵ LOPES JR. Explica que a investigação preliminar tem também uma função simbólica já que “as atuações preliminares a cargo da Polícia Judicial servem como *estímulo negativo* para a prática de novas infrações. Inclusive a pronta intervenção policial pode evitar a consumação de uma conduta criminosa em desenvolvimento”. Concordamos com a posição do autor especialmente no tocante à afirmação de que a investigação preliminar tem “a função de evitar acusações infundadas” e, portanto, assume a característica de uma espécie de “filtro processual” LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 260.

Pode, inclusive, ser produzida prova contra o investigado nessa etapa, ainda que excepcionalmente⁷³⁶, de modo que seria incompatível com um sistema democrático de direitos realizar tais diligências e negar ao investigado o exercício das garantias do contraditório⁷³⁷ e da ampla defesa. Ambas estão indissolúvelmente ligadas, “porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é essa – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório”⁷³⁸.

Entendemos que o contraditório se manifesta na fase investigatória através do acesso aos autos e às informações neles contidas, em oposição ao contraditório dito “amplo e irrestrito” no qual há a ciência prévia do ato a ser realizado com a oportunidade de participação e reação⁷³⁹.

O inquérito policial, espécie de investigação preliminar, tem sido considerado “representante” dos procedimentos da etapa investigatória e ao referir-se ao inquérito, a doutrina discutiu amplamente a natureza do imputado nessa fase preliminar. Diversos autores entendem que ao imputado, no âmbito da investigação preliminar, não se aplicam os princípios processuais constitucionais.⁷⁴⁰

⁷³⁶ Art. 155 do CPP: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

⁷³⁷ BADARÓ explica que a incidência do contraditório deve ser analisada, na fase investigatória, a luz da valoração dos elementos probatórios. Havendo as exceções previstas em lei das provas cautelares, irrepitíveis e antecipadas, as quais mesmo tendo sido produzidas na fase investigatória serão posteriormente valoradas como se na instrução processual houvessem nascido, é inegável a incidência do contraditório nessas situações. Contudo, não é possível assumir a incidência do contraditório durante toda a investigação preliminar já que “uma investigação policial contraditória, seguida de uma instrução processual também contraditória, seria uma duplicação desnecessária”. BADARÓ, Gustavo. O valor probatório do inquérito policial. In *Polícia e investigação no Brasil*. Coord. AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; VASCONCELOS, Eneas Romero de. Brasília: Gazeta Jurídica EDPA, 2016. p. 260. Sem entrar no mérito da profunda discussão sobre a incidência do contraditório no inquérito policial, aqui referimo-nos ao contraditório em sua acepção mais ampla, de acesso à informação. Esse “direito de informação” adquire relevância na medida em que será através dele que será exercida a defesa.

⁷³⁸ “A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório”. GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 10ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 87.

⁷³⁹ FERNANDES argumenta que não há razão para se estender à investigação um contraditório amplo e irrestrito, o qual deve ser reservado ao estágio processual sob pena de perder-se a atividade repressiva e prejudicar a rapidez das apurações, com o qual nem mesmo o indiciado ganharia. Contudo, a falta de contraditório nessa fase deve ser compensada por soluções legislativas tendentes a evitar que o juiz julgue com base nos dados obtidos da investigação. FERNANDES, Antonio Scarance. *Reação defensiva à imputação*. p. 120-122.

⁷⁴⁰ “A atividade que se desenvolve no inquérito é administrativa, não se aplicando a ela os princípios da atividade jurisdicional, como o contraditório, a publicidade, as nulidades, etc”. GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 77. No mesmo sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 13ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 120-121. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. Vol. 1. 34ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 244-

Respeitosamente discordamos de tal posição, inclusive, partimos da premissa de que o imputado – ainda que em fase investigatória – deve ser considerado sujeito de direitos e a ele deve ser facultado o gozo e o exercício das garantias processuais penais, assim como, nessa etapa preliminar é também imprescindível o respeito aos princípios fundadores de um devido processo.

Aliás, partimos da premissa de que qualquer das manifestações de imputação anteriormente apresentadas, representa uma *acusação em sentido amplo*, daí a menção do legislador constituinte a *acusados em geral*, “para abranger um leque de situações com um sentido muito mais amplo que a mera acusação formal (vinculada ao exercício da ação penal) e com um claro intuito de proteger o sujeito passivo”⁷⁴¹.

Assim, entende-se que a persecução penal é una, mas está composta por duas fases uma investigatória e outra processual. A etapa investigatória, ao contrário do que possa parecer, também possui “atos fiscalizados pelo Poder Judiciário”, sendo que a pessoa sobre a qual recaem indícios de autoria do crime, tem interesse em se defender para ver a investigação encerrada e, conseqüentemente, não ser denunciada.⁷⁴²

Da mesma forma, é necessário esclarecer que a existência da fase processual depende do desenvolvimento da fase investigatória de modo que o respeito ao princípio do devido processo penal deve permear toda a persecução penal, inclusive a fase denominada “pré processual”. Existe a necessidade de se reconhecer a possibilidade de exercício do direito de defesa na investigação preliminar pois é manifesto que elementos de convencimento são colhidos na fase extrajudicial do procedimento da persecução penal,

245. LOPES JR. explica que a interpretação restritiva dada ao art. 5, LV da CF é o ponto crucial da discussão. Isso porque a postura do legislador foi claramente protetora, e a confusão terminológica (falar em processo administrativo quando deveria ser procedimento) não pode servir de obstáculo para sua aplicação no inquérito policial. LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. p. 338.

⁷⁴¹ Não é possível alegar que o fato de mencionar *acusados*, e não *indiciados*, é um impedimento para sua aplicação das garantias do contraditório e da ampla defesa na fase investigatória. Isso porque a expressão empregada “não foi só *acusados*, mas sim *acusados em geral*, devendo nela ser compreendidos também o indiciamento e qualquer imputação determinada” já que “não deixam de ser *imputação em sentido amplo*”. LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. p. 338.

⁷⁴² “Nesse sentido, pode-se assegurar que também a ela se referiu a Constituição, ao garantir ampla defesa. Não teria sentido, obviamente, estabelecer a Constituição contraditório em todos os procedimentos excepcionando o inquérito policial”. A Constituição deve ser interpretada sistematicamente e dessa interpretação depreende-se que são estabelecidos amplos direitos e garantias individuais, mesmo na fase investigatória. COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. Inquérito Policial e a investigação dos fatos que antecede a ação penal no ordenamento jurídico instaurado pela Constituição de 1998. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v.5, n. 19, jul/set. 1997. p. 175.

ensejando acusação formal⁷⁴³, bem como, direitos fundamentais são restringidos nessa fase para obtenção de material probatório ou para resguardo do correto andamento da investigação.

Especificamente tratando-se de *ne bis in idem* é imperioso destacar que se já na fase de investigação é possível identificar duas ou mais imputações idênticas e simultâneas não há fundamento para que tal reconhecimento não seja feito. Uma vez identificadas as imputações, é necessário ativar os mecanismos necessários para que apenas uma delas subsista. Submeter o indivíduo a diversas imputações idênticas e simultâneas apenas porque não há um “processo” propriamente dito no qual pode ser arguida a “exceção de litispendência” constitui clara violação ao princípio do *ne bis in idem*.

Historicamente destacam-se dois modelos ou sistemas, assim entendidos os campos criados a partir do agrupamento de unidades que se interligam em torno de uma premissa⁷⁴⁴. O sistema inquisitório caracterizava-se por concentrar os poderes processuais penais nas mãos de um único órgão e sua “principal meta é a busca de uma verdade histórica, não importando, para tanto, os meios e os modos utilizados para o cumprimento de tal mister”⁷⁴⁵. Trata-se de um sistema no qual o réu não era tido como parte, mas sim objeto do processo penal.

O outro sistema historicamente destacado é o de modelo acusatório, neste há uma clara divisão entre as funções de acusar e julgar primando o contraditório e o respeito às garantias do acusado que é visto como sujeito de direitos⁷⁴⁶. Ainda há, atualmente, autores que invoquem o caráter inquisitório da etapa investigatória de modo a justificar nas características desse sistema a necessidade de se atingir uma fase processual – e às vezes até um trânsito em julgado – para então reconhecer a multiplicidade de imputações idênticas e então analisar qual delas deve subsistir.

⁷⁴³ Marta Saad explica que “há de se reconhecer a possibilidade de exercício do direito de defesa no inquérito policial pelo fato de este ter natureza jurídica de procedimento administrativo, não obstante sua finalidade judiciária”. SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 241.

⁷⁴⁴ Os sistemas processuais funcionam “como uma indicação abstrata de um modelo processual penal constituído de unidades que se relacionam e que lhe conferem forma e características próprias”. ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 34.

⁷⁴⁵ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 40.

⁷⁴⁶ “Como decorrência lógica do equilíbrio e divisão de poderes processuais penais, não há coincidência subjetiva entre o órgão acusador e julgador, fator essencial para distingui-lo do sistema marcadamente inquisitório”. ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 38.

A partir do momento em que se manifesta o juízo de imputação, é imprescindível o reconhecimento do exercício do direito de defesa, compreendido de forma ampla como sendo resistência à sobreposição de imputações idênticas, mesmo que ainda não se tenha atingido a fase processual da persecução⁷⁴⁷. Qualquer manifestação do juízo de imputação surge como uma “atuação do caráter coercitivo contra uma pessoa determinada, configurando uma ‘agressão’ ao seu estado de inocência e de liberdade, capaz de autorizar uma resistência em sentido jurídico-processual”⁷⁴⁸.

O indivíduo é, na verdade, sujeito de direitos sempre, sem importar em que estágio o procedimento se encontre já que os direitos e garantias constitucionais não tem limites especiais nem obedecem a procedimentos devendo ser obedecidos sempre⁷⁴⁹. Aliás, para analisar o controle da dupla imputação, ainda na fase pré processual, é necessário estabelecer como premissa a possibilidade de exercício da ampla defesa durante a investigação preliminar.

No direito europeu a tendência é garantir maior participação da defesa e do imputado durante a fase investigatória. Na Alemanha, a regra geral é de acesso aos autos da investigação, excetuada a hipótese em que a ciência das diligências e evidências contidas nos autos por parte do imputado e seu defensor possa por em perigo a investigação⁷⁵⁰.

Na Itália o sigilo das investigações também é exceção e mesmo assim, o sigilo não pode estender-se além do encerramento das investigações preliminares⁷⁵¹. Além disso, é exigido aviso prévio de 24 horas ao defensor para que possa ele estar presente no interrogatório, acareação ou inspeção sendo admitida a suspensão do aviso apenas pelo próprio Ministério Público, presidente da investigação, em caso de fundado receio de que possa haver interferência do imputado ou seu defensor nos traços ou efeitos materiais do crime⁷⁵².

⁷⁴⁷ FERNANDES explica que o direito de ter ciência da imputação é pressuposto necessário do direito à reação pois não há como reagir sem conhecer. O professor explica que na fase investigatória, a partir da imputação, “as diligências têm finalidade determinada: coleta de elementos a respeito de eventual prática delituosa pelo indiciado. Por isso, a ele se deve proporcionar o direito de ter conhecimento das investigações procedidas, mediante acesso aos autos”. FERNANDES, Antonio Scarance. *Reação defensiva à imputação*. p. 115-117.

⁷⁴⁸ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. p. 340.

⁷⁴⁹ SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 206.

⁷⁵⁰ Código de Processo Penal alemão (Strafprozessordnung), §147 (2).

⁷⁵¹ Código de Processo Penal Italiano, art. 329.

⁷⁵² Código de Processo Penal Italiano, art. 364.

No Brasil, o Código de Processo Penal autoriza no art. 14 o indiciado a requerer diligências investigatórias, as quais poderão, ou não, ser realizadas a juízo da autoridade. A súmula vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal resguarda ao defensor o direito de acesso “aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório” digam respeito ao exercício do direito de defesa.

POZZER explica que é necessária uma atualização terminológica do dispositivo do CPP para adaptá-lo ao dispositivo constitucional que trata sobre o direito de defesa e o contraditório. Isso porque, se alguém é indiciado “haverá acusação e acusado, a exigir a observância ao mandamento constitucional, seja em qualquer tipo de procedimento estabelecido: judicial ou administrativo, público ou privado.”⁷⁵³

A afirmação do homem como titular de direitos, deveres ou ônus no processo, ultrapassada a época em que era mero objeto da prova, tem provocado, nas sociedades modernas e democráticas, a valorização do contraditório e da ampla defesa⁷⁵⁴. O imputado como sujeito de direitos, tem assegurado o exercício da ampla defesa mesmo na fase investigatória⁷⁵⁵.

Partindo dessa premissa, base do sistema democrático, temos que é necessário reconhecer também a incidência do princípio *ne bis in idem* na fase investigatória e assim, fornecer ao acusado – e ao seu defensor – possibilidade controle das violações, desde a fase investigatória.

Negar ao imputado a possibilidade de identificar, comunicar e requerer que tal *bis in idem* cesse, apenas porque ainda não se trata de fase processual, é negar-lhe o exercício do contraditório e da ampla defesa na fase investigatória, aqui definidos como a possibilidade de tomar ciência da imputação e dos elementos embasadores de tal juízo e apresentar sua defesa.

Ao exercer o contraditório, o imputado tem acesso aos autos e, portanto, pode tomar ciência dos fatos que lhe estão sendo imputados e de sua classificação jurídica,

⁷⁵³ “Se ao indiciado permite-se, expressamente, defesa é porque existe imputação de infração penal”. POZZER, Benedito Roberto Garcia. *Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2001. p. 63.

⁷⁵⁴ POZZER, Benedito Roberto Garcia. *Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2001. p. 54.

⁷⁵⁵ “O tratamento que se confere ao acusado, desde quando convergem sobre ele indícios de sua participação no delito cuja prática se está a apurar, revela o grau de respeito efetivo que se tem aos direitos e garantias individuais assegurados constitucionalmente”. SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 207.

mesmo que se trate de classificação preliminar que sofra posterior mudança ao momento do oferecimento da denúncia ou queixa. Uma vez manifestada a imputação em sentido amplo, o imputado que, inevitavelmente, tome ciência da imputação contra si deve poder conhecer os fatos que lhe estão sendo imputados e os elementos probatórios que fundamentam o juízo de atribuição daquela conduta delituosa contra si.

Após o acesso aos autos e havendo identificado a ocorrência de imputação contra si, idêntica a outra imputação efetuada em outra persecução penal, deve o acusado poder exercer seu direito de defesa para requerer o encerramento da segunda investigação já que é idêntica a outra pré-existente⁷⁵⁶.

Se é reconhecida a impossibilidade de submeter o mesmo indivíduo a múltiplos julgamentos pela mesma imputação, e sendo a investigação preliminar o procedimento preparatório para a fase processual, não há sentido em negar à fase de investigação a incidência da proibição de incorrer em *bis in idem*. Negá-la corresponderia a submeter o acusado, desnecessariamente, a uma investigação preliminar que ao transformar-se em ação penal seria rejeitada sob o fundamento de violação ao *ne bis in idem*.

5.1.1 Delimitação do conceito de imputação e sua manifestação na fase investigatória

Pois bem, reconhecida a incidência do princípio também em fase investigatória é necessário identificar em que momento é possível reconhecer que há uma “dupla imputação”. Isto é, como é possível reconhecer que duas ou mais investigações simultâneas são idênticas de modo que apenas uma possa prosseguir.

No capítulo 3 foram apresentadas as espécies de imputação, em sentido amplo e em sentido estrito, bem como os elementos da imputação, que são comuns a ambas: fato concreto, qualificação jurídica do fato e sujeito a quem se atribui a conduta delituosa. É, portanto, necessária a identificação dos três elementos na fase investigatória para reconhecer eventual *bis in idem*.

A imputação, conforme já explicado anteriormente, consiste em um juízo de atribuição de um fato delituoso a determinado sujeito. FERNANDES explica que nem

⁷⁵⁶ FERNANDES explica que a “defesa é o direito que tem o indivíduo de reagir à ação contra si proposta, a fim de perseguir decisão favorável e, assim, preservar direitos substanciais”. FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 25.

sempre o juízo de imputação externa-se por ato certo e determinado, podendo na investigação mostrar-se pela forma como a pessoa suspeita é tratada em várias manifestações da autoridade policial⁷⁵⁷. Isto é, a imputação, entendida como juízo, possui diversos meios de externalização que não se restringem apenas à denúncia ou queixa, podendo englobar inclusive atos realizados durante a fase de investigação e que podem ocasionar restrição a direitos fundamentais de determinado sujeitos.

A questão principal, neste tópico, é delimitar em que momento ou quais os requisitos necessários, na fase de investigação, para caracterizar a imputação. Partindo dos elementos da imputação, é necessário que o juízo seja dirigido a um sujeito determinado. Assim, as investigações instauradas contra o sujeito “a apurar” não configuram imputações por ausência de elemento essencial.

Contra o mencionado sujeito devem existir elementos fortes de convicção de que ele praticou determinado fato que pode ser qualificado juridicamente como crime ou contravenção penal. Eis então uma imputação em sentido amplo contendo todos os elementos característicos. Desde a fase preliminar, a autoridade encarregada da investigação pode formular juízo no sentido de se determinar o provável autor do crime apurado, passando a tratá-lo como tal⁷⁵⁸.

A necessidade de uma “manifestação formal” desse juízo está intimamente ligada à possibilidade de reconhecimento e controle uma vez que não há no direito processual penal figura semelhante à “exceção de litispendência” em fase investigatória e, portanto, não há espaço para instrução.

Sendo assim, repousa no *habeas corpus* grande parte do “fardo” de controlar a ocorrência de violações ao *ne bis in idem* ocorridas na etapa investigatória. Mantendo-nos fiéis à necessidade de equilíbrio no desenvolvimento da persecução penal entre eficiência e garantismo, admitimos que sendo o *habeas corpus* a via eleita, é necessário que a identidade de imputações seja perceptível e delimitada facilmente a fim de que o reconhecimento da violação ao princípio possa ser efetuado sem delongas.

⁷⁵⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 102.

⁷⁵⁸ “Pode a investigação iniciar quando era desconhecido quem praticou o crime noticiado, faltando imputação e imputado, mas, em certo momento convergem indícios em direção a determinada pessoa e esta passa a ser tratada pela autoridade da persecução como provável autora do crime”. FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 102.

Porém, o reconhecimento também não deve ser impedido única e simplesmente por entender-se inadequado o *habeas corpus* para o exercício do controle devido a sua restrição probatória. É certo que a jurisprudência é pacífica no sentido de que o *habeas corpus*, porquanto vinculado à demonstração de plano de ilegalidade, não se presta a dilação probatória, exigindo prova pré-constituída das alegações, sendo ônus do impetrante trazê-la no momento da impetração, máxime quando se tratar de advogado constituído⁷⁵⁹.

Contudo, o que defendemos neste ponto é justamente um equilíbrio entre a demonstração de efetiva violação ao *ne bis in idem* e a análise que será realizada sobre a alegada multiplicidade de imputações idênticas e simultâneas. Não pode a defesa alegar *bis in idem* por meio de *habeas corpus* e esperar que nesse âmbito seja produzida a demonstração da efetiva violação bem como. Também não podem os julgadores rejeitar o pedido de reconhecimento apenas por ter sido veiculado através de *habeas corpus*.

Ressalte-se que houve no capítulo anterior a preocupação em esclarecer que a manifestação pode se dar, na fase investigatória, através de medidas cautelares e meios de obtenção de prova que acarretem restrição a direitos fundamentais. Mais precisamente, a manifestação da imputação através de desses veículos consolida-se na decisão judicial que autoriza a imposição de medidas cautelares ou a realização dos meios de obtenção de prova.

Não há na representação da autoridade policial ou no requerimento do Ministério Público o condão de causar restrição a direitos fundamentais, eles dependem de decisão judicial, a qual se constitui no veículo de manifestação da imputação em sentido amplo. Assim, as diligências autorizadas no art. 15 da Lei de Organizações Criminosas que independem de autorização judicial não podem ser consideradas veículos de manifestação da imputação em sentido amplo⁷⁶⁰.

⁷⁵⁹ “A verificação da litispendência entre as outras ações penais, o pedido de absolvição e pleito de desclassificação do delito doloso para o culposo exigiriam, necessariamente, o cotejo minucioso de matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de *habeas corpus*” STJ, HC nº 310.705/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 04.02.2016. No mesmo sentido: STJ, HC nº 388.711/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 26.09.2017; HC nº 405.765/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 21.09.2017. STF, HC nº 146.503/PA, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 15.09.2017; HC nº 101.754, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Grace, j. 08.06.2010. TJSP, HC nº 0004523-02.2016.8.26.0000, Rel. Des. José Raul Gavião de Almeida, j. 28.01.2016.

⁷⁶⁰ Lei nº 12.850/2013, art. 15 “O delegado de polícia e o Ministério Público terão acesso, independentemente de autorização judicial, apenas aos dados cadastrais do investigado que informem exclusivamente a qualificação pessoal, a filiação e o endereço mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito”.

A obtenção de dados cadastrais diretamente das instituições insere-se na atividade investigativa inerente e característica da fase pré-processual da persecução penal, dado que a lei possibilita a obtenção direta de tais dados⁷⁶¹. Sem realizar uma análise crítica dessa possibilidade, entende-se que não é obrigatória a coexistência dos três elementos da imputação, especificamente, não há um juízo de atribuição do cometimento de uma conduta delituosa a um determinado sujeito ou grupo de sujeitos. A obtenção desses dados tem a primordial função de colher elementos que permitam delimitar os prováveis sujeitos autores ou partícipes da conduta delituosa sob investigação⁷⁶².

Portanto, exige-se uma atribuição precisa, determinada, lastreada em elementos fortes de convicção que sustentem razoável suspeita em torno da pessoa imputada, para caracterizar a imputação em sentido amplo. Ainda que a imputação possua natureza de juízo e que tal possa já ser configurado através do tratamento que a autoridade investigatória dispensa ao acusado⁷⁶³, para o controle de *bis in idem* em fase investigatória é necessário pontuar as manifestações pelas quais se externa tal juízo.

Assim, é necessária a manifestação do juízo de imputação através de ato formal para se “reconhecer” a imputação e, a partir desse reconhecimento, compará-la a outras imputações simultâneas a fim de identificar a ocorrência de *bis in idem* e sanar tal violação.

⁷⁶¹ BUSATO argumenta que o cruzamento de dados através de ferramentas de inteligência é um dos mecanismos mais eficazes de produção probatória de modo que os dados de cadastros públicos “não só podem e devem ser acessados pelas autoridades encarregadas de qualquer investigação, como resulta até mesmo curioso que não haja ainda no Brasil uma plena interação dos sistemas de informações de órgãos públicos que permita a qualquer agente encarregado de investigações ter acesso a tais dados”. Entende o autor que nesse caso de acesso direto a dados cadastrais, ocorre um controle de identificação pessoal já que pretender que o Estado juiz se submeta a sigilo derivado de interesses privados em face de registros de caráter pública resultaria completamente insustentável, contudo, qualquer abuso na utilização desses dados será passível de responsabilização correspondente, “no plano penal e extrapenal”. BUSATO, Paulo César. As inovações da Lei 12.850/2013 e a atividade policial. *In In Polícia e investigação no Brasil*. Coord. AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; VASCONCELOS, Eneas Romero de; LERNER, Daniel José. Brasília: Gazeta Jurídica EDPAL, 2016. p. 228-229.

⁷⁶² Trata-se de disposição semelhante àquela do art. 17-B da Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613/98). BARRETTO explica que os dados cadastrais “consistem apenas em informações básicas do cotidiano de qualquer pessoa, sobre as quais não recai o dever de sigilo”. Nesses casos, trata-se de dados relacionados “à qualificação pessoal, à filiação e aos endereços mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas do ramo de telefonia, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito”. BARRETTO, Arthur Felipe Azevedo. *A quebra do sigilo de dados como meio de obtenção de prova no processo penal: eficiência e garantismo*. Dissertação de Mestrado. Orientador: Professor Titular Antonio Scarance Fernandes. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2017. p. 178. Não constituem, portanto, informações capazes de transparecer um verdadeiro juízo de imputação penal, ainda que prematuro e preliminar, em sentido amplo.

⁷⁶³ Entendemos que haveria um tratamento, anterior a qualquer ato formal (indiciamento por exemplo) que permita definir imputação e imputado ainda que o “ato” ainda não tenha se realizado. É comum tal tratamento em fase de inquérito policial, ainda que a autoridade policial não realizado o indiciamento e insista em afirmar que o imputado será ouvido como testemunha de modo a não exercer seu direito ao silêncio.

E mais, é necessária a manifestação para apontar o sujeito ativo de tal imputação e a ele direcionar o pedido de aplicação do respectivo mecanismo de controle do *ne bis in idem*.

5.1.2 Controle da dupla imputação na fase investigativa

Identificada a existência simultânea de duas imputações idênticas, independentemente da espécie de investigação preliminar na qual estão inseridas as imputações, é necessário analisar qual imputação foi manifestada antes. Essa análise deve levar em conta os veículos de manifestação tratados no capítulo anterior, seja na fase investigatória ou na fase processual, uma vez que o controle da violação ao *ne bis in idem* deverá dirigir-se à manifestação de imputação mais recente.

O princípio refere-se à proibição de processar mais de uma vez uma mesma pessoa pelo mesmo fato. Tomado o conteúdo do princípio concluímos que não é admitida a coexistência de duas imputações idênticas já que a imputação contém não apenas o fato concreto com sua qualificação jurídica mas também o sujeito a quem é atribuído aquele fato.

Pois bem, se a proibição se refere à existência simultânea de duas imputações idênticas, a violação ocorre ao manifestar-se uma imputação idêntica a outra já existente e manifestada. A violação ocorre no momento em que há uma nova manifestação da mesma imputação que já foi manifestada anteriormente, mesmo que em outra espécie de investigação, ou ainda, em outra etapa da persecução.

A imputação manifestada, idêntica a outra já existente é, desde o seu nascimento, inválida justamente porque viola o princípio do *ne bis in idem*⁷⁶⁴. Por isso, o controle do *bis in idem* presume a identificação da imputação viciada pois essa identificação permite delimitar o sujeito ativo da imputação violadora do *ne bis in idem*.

O pedido controle da violação ao princípio deve ser dirigido ao sujeito ativo da segunda imputação manifestada pois foi ela que deu origem ao *bis in idem*. Assim, a escolha do adequado mecanismo de controle, dentre os disponíveis e existentes atualmente

⁷⁶⁴ O termo “inválida” colocado aqui na sua acepção mais ampla, fazendo referencia a atos processuais praticados em desconformidade com o modelo legal e, portanto, não são aptos a produzirem os efeitos desejados. GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 10ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 20.

no processo penal brasileiro, deverá levar em conta a identidade do sujeito que manifesta a imputação “proibida” e a espécie de investigação na qual foi inserida essa a manifestação.

Parte-se da premissa, como já foi explicado no primeiro capítulo, que o *ne bis in idem* é um princípio e que, portanto, deve orientar o desenvolvimento de toda a persecução penal uma vez que se está lidando, no processo penal, com graves violações a bens jurídicos e com a liberdade do indivíduo a quem é atribuída a violação. Ocorrendo uma falha na observância do princípio *ne bis in idem* em qualquer fase da persecução penal, entende-se que deve o indivíduo estar munido de mecanismos que lhe possibilitem arguir a ocorrência da inobservância do princípio e pleitear que a violação incorrida cesse.

Embora a defesa, vista no caso concreto e sob uma ótica individualista, seja o direito do acusado de reagir à pretensão acusatória na preservação de seus direitos, principalmente o direito de liberdade, encarada em face do direito público, ressurge como garantia necessária da pessoa acusada e da própria sociedade, para que num Estado de Direito seja legítimo o exercício da função jurisdicional⁷⁶⁵.

Isso porque, a proibição de incorrer em *bis in idem* é parte essencial do devido processo e este é mais do que um instrumento de consecução do direito material, consubstancia-se em verdadeira forma de legitimação da atuação do Estado pois a solução imposta às partes assume um caráter legítimo na medida em que é observado o devido processo legal.

5.1.2.1 Inquérito Policial

Já foi estabelecida, no capítulo anterior, a premissa de que o imputado mesmo em sede de investigação preliminar na espécie de inquérito policial deve ser tido como sujeito de direitos e como tal deve ter assegurado seu direito de defesa. A defesa, como explica SAAD é um direito declaratório protegido por garantias próprias, tais como *habeas corpus* e mandado de segurança, sendo certo que pode ser exercido por todos os meios e recursos, mas é também garantia da efetividade de outros direitos igualmente fundamentais⁷⁶⁶. É o

⁷⁶⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. *Reação defensiva à imputação*. p. 26.

⁷⁶⁶ Explica a autora que a defesa, sob o enfoque técnico-jurídico, visa à preservação e restauração dos direitos do acusado, para tutela de sua liberdade jurídica, a defesa no processo tem como escopo preservar os direitos do acusado – ou do condenado -, de tratamento injusto e inadequado. SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. p. 212 e 214.

caso do direito a não ser processado mais de uma vez pelo mesmo fato, ainda que as perseguições estejam ainda em andamento e em fases diferentes⁷⁶⁷.

Portanto, havendo a manifestação de uma imputação, no inquérito policial, idêntica a outra já existente, não necessariamente em outro inquérito policial, deve o sujeito passivo das imputações poder exercer seu direito de defesa contra o *bis in idem*. Ao indivíduo deve ser facultado arguir violação ao seu direito de não ser alvo de imputações idênticas e simultâneas.

No inquérito policial abordamos três veículos de manifestação da imputação em sentido estrito, o despacho de indiciamento, o deferimento de medidas cautelares e o deferimento de diligências consideradas meios de obtenção de provas com restrição a direitos fundamentais. O primeiro tem como sujeito ativo o delegado de polícia que preside o inquérito policial e os dois últimos juízos são manifestados pelo juiz de direito, independentemente de tratar-se de decisão judicial provocada por representação da autoridade policial ou por requerimento de membro do Ministério Público⁷⁶⁸.

Assim, o mecanismo de controle deve estar endereçado ao sujeito ativo correspondente, no caso do indiciamento por exemplo, deve-se notificar ao delegado de polícia da existência prévia de uma imputação idêntica e requerer que seja cessado o *bis in idem* configurado a partir da emissão de seu despacho de indiciamento.

Especificamente no caso do indiciamento, entendemos que configurada a existência de duas imputações simultâneas será possível elaborar uma petição dirigida ao delegado notificando a existência prévia de imputação idêntica, apresentando os dados da

⁷⁶⁷ NUCCI ao tratar sobre exceção de litispendência aponta que “*exceção é medida cuja finalidade é obstaculizar o andamento de determinado processo, não se pode utilizá-la para impedir o trâmite de um inquérito, que tenha por base exatamente o mesmo fato e idêntico réu, já denunciado. Para tanto, utiliza-se o habeas corpus, trancando-se a investigação policial repetitiva*”. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 13ªEd. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 300.

⁷⁶⁸ Tanto as medidas cautelares (art. 282, §2º do CPP) quanto os meios de obtenção de prova tratados no capítulo 4 (busca e apreensão, interceptação das comunicações telefônicas e quebra do sigilo bancário) podem ser também autorizadas de ofício pelo juiz. Sobre a atuação de ofício por parte do juiz no curso da investigação criminal ZILLI explica que uma atuação de ofício, durante o curso do inquérito policial, não se coadunaria com os preceitos de uma iniciativa instrutória já que a medida, nessa etapa, seria preponderantemente investigatória e a iniciativa instrutória estaria informada pela necessidade de melhor acerto daquele fato descrito por uma acusação já formalizada. Especificamente sobre a busca e apreensão, o autor defende que “a busca e apreensão de ofício, vislumbradas pela Lei 9.613/1998, deveriam ser relegadas para a fase judicial, circunscritas, ainda, pelo critério da excepcionalidade e informadas pela necessidade, quer de complementação, quer de suplementação das provas apresentadas pelos sujeitos parciais”. ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal*. p. 202. Embora concordemos integralmente com o autor, tendo estabelecido que o veículo de manifestação da imputação nesses casos será a decisão judicial, não haverá modificação na manifestação da imputação se a medida ou o meio de obtenção de prova forem requeridos ou autorizados de ofício.

investigação ou processo no qual já foi manifestada tal imputação, requerendo o reconhecimento do *bis in idem* e o trancamento da investigação com o envio de eventuais peças informativas à investigação ou processo pré-existente.

Note-se que o pedido é para envio das peças de modo a que possam ser aproveitadas diligências investigativas lá realizada, contudo, deve-se tomar o cuidado de não manter dois números diferentes como se fosse o caso de um pensamento ordinário. A manutenção de dois números diferentes, após o reconhecimento da identidade das imputações não se justifica e pode gerar a estigmatização do imputado que, embora tenha tido reconhecida a violação ao *ne bis in idem* tem seu nome e identidade atrelados a duas persecuções penais distintas.

A estigmatização do indivíduo devido a sua figuração em uma persecução penal é um fato, a quantidade de persecuções penais atreladas a ele apenas intensifica a estigmatização já existente. Atualmente há que se considerar não apenas as inovações tecnológicas que permitem maior acesso a informações antes obtidas após um longo e burocratizado processo mas também as normas de *compliance* que vem sendo crescentemente implementadas e fomentadas em entidades públicas e particulares.

Uma das políticas internas que tem sido estimulada, especial e incisivamente após a deflagração da Operação Lava Jato, é a política de relacionamento com terceiros e o que diversas empresas estrangeiras tem denominado como *know your client*. Esta última está na verdade inserida na primeira e uma das medidas tomadas nesse âmbito é a pesquisa prévia do perfil de potenciais terceiros com os quais as empresas ou entidades estatais irão interagir de modo a conhecer e avaliar os eventuais riscos de interação com determinado potencial terceiro.

Como parte da pesquisa, há uma verificação dos processos judiciais relacionados ao indivíduo, com especial atenção para processos criminais. Manter diversos números diferentes para imputações idênticas, após o reconhecimento do *bis in idem* pode prejudicar a reputação do indivíduo que tem seu nome atrelado a diversas persecuções penais, embora sejam elas derivadas da mesma imputação tendo, inclusive, sua identidade já sido reconhecida.

Como não é esperado que essas pesquisas se aprofundem a ponto de identificar que já houve reconhecimento de *bis in idem* e que na verdade os número, embora diferentes, referem-se à mesma imputação, o resultado da pesquisa pode conduzir a conclusões

equivocadas e lesar a possibilidade relacionamento comercial ou profissional com esse indivíduo⁷⁶⁹.

Tratando-se de manifestação da imputação através do indiciamento, entendemos que o mecanismo adequado para o controle do *bis in idem* é uma petição endereçada ao delegado de polícia. Contudo, compreendemos que o delegado pode acionar o Ministério Público como órgão legitimado para dar início à ação penal a se manifestar.

Caso o delegado entenda que não se trata de imputações idênticas, deve fundamentar as diferenças que levaram a tal conclusão não podendo restringir-se a manter o indiciamento e argumentar que a decisão acerca da procedibilidade de uma ação penal contra o indivíduo cabe ao Ministério Público.

Com relação às manifestações de imputação através de decisão judicial, seja referente a medidas cautelares ou aos meios de obtenção de prova tratados no capítulo anterior, entendemos que deve ser dirigida petição à autoridade judicial, demonstrando a ocorrência de *bis in idem* e fornecendo as informações relativas à imputação precedente. Assim como no caso do indiciamento, a petição deve dirigir-se ao sujeito ativo da imputação que, tanto no caso de medidas cautelares quanto no de meios de obtenção de prova, é a autoridade judicial que proferiu a decisão.

Em qualquer dos casos, não prosperando o pedido de reconhecimento e controle através de petição ao sujeito ativo, mostra-se legítimo o *habeas corpus* para sanar tal violação. O *habeas corpus*, em face da amplitude de sua utilização no direito brasileiro presta-se para garantir os mais diversos direitos do imputado que se violados coloquem em risco sua liberdade de locomoção. Trata-se do remédio constitucional para reagir a quaisquer efeitos decorrentes da imputação durante a investigação que, de uma forma ou outra, constriam ou constituam ameaça à sua liberdade de locomoção.

Consiste também o *habeas corpus* em instrumento hábil para trancar o inquérito policial e impedir o indiciamento do investigado. Da mesma forma quando, “no ataque ao

⁷⁶⁹ As pesquisas, denominadas também *background checks* são pesquisas superficiais porém específicas, assim, existindo diversos números de inquéritos policiais ou qualquer outro tipo de investigação preliminar, é possível que a análise acerca do risco de interação com esse indivíduo conclua por um risco maior do que o real já que foram apenas consideradas informações gerais como quantidade de persecuções, natureza do delito, posição do indivíduo na persecução (réu, testemunha, vítima) e status do andamento. No caso específico do indiciamento, FERNANDES explica que o nome da pessoa é incluído nos registros policiais e anotação permanece e é fornecida quando solicitada informação a respeito da pessoa, influenciando negativamente no seu conceito social. FERNANDES, Antonio Scarance. *Reação defensiva à imputação*. p. 128-129.

decreto de prisão temporária ou preventiva, pretenda-se evidenciar a ilegalidade da custódia porque não há fundada suspeita contra o indiciado, ou seja, não há dados para ele ser imputado o fato investigado”⁷⁷⁰.

A própria jurisprudência já tem reconhecido o *habeas corpus* como mecanismo adequado ao controle de multiplicidade de imputações idênticas na fase pré processual, inclusive com o reconhecimento de que o inquérito policial que deve subsistir é o que primeiro foi instaurado. Além disso, a ementa reproduzida a seguir esclarece que o apensamento dá-se em razão da necessidade de aproveitamento do que já foi colhido na segunda investigação.

*HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE INQUÉRITO. DUPLICIDADE. I - Reconhecido pelo MM. Juízo de 1º grau a duplicidade de inquéritos, instaurados para a apuração dos mesmos fatos, deve o inquérito instaurado por último ser trancado, devendo permanecer apensado por linha, para eventual aproveitamento do que for útil, e não simplesmente apensado ao primeiro, permanecendo em aberto na distribuição; II - Ordem concedida.*⁷⁷¹ (g.n)

5.1.2.2 Procedimento Investigatório Criminal

O procedimento investigatório criminal (PIC) também consiste em espécie de investigação criminal que pode ensejar ação penal. Assim, a multiplicidade de imputações idênticas pode ocorrer em várias espécies de investigação. Pode haver manifestação da mesma imputação em um inquérito policial e em um PIC, ou em dois PICs, por exemplo.

Tendo em vista que o mecanismo escolhido para controle da violação ao *ne bis in idem* deve levar em conta a espécie de investigação e o sujeito ativo da imputação manifestada em duplicidade cumpre, inicialmente, esclarecer a possibilidade de reconhecimento e controle da multiplicidade de imputações idênticas também no PIC.

A regulamentação do PIC foi alterada recentemente e uma das alterações incluiu a ressalva expressa que também no procedimento investigatório criminal devem ser observados os direitos e garantias individuais sendo direito do defensor, no interesse do

⁷⁷⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. *Reação defensiva à imputação*. p. 141.

⁷⁷¹ TRF 2, HC nº 5156 RJ 2007.02.01.006703-8, 2ª Turma Especializada, Rel. Des. Messod Azulay Neto, j. 30.10.2008.

representado ter amplo acesso aos elementos de informação já documentados. E mais, há expressa indicação do respeito do exercício do direito de defesa no PIC⁷⁷².

Caso a imputação inválida seja manifestada em procedimento investigatório criminal conduzido pelo Ministério Público, é conferido ao imputado o direito de arguir a duplicidade de imputações idênticas e requerer o controle de tal violação de modo a que cesse o *bis in idem* instaurado a partir da manifestação de imputação no PIC.

Pois bem, uma vez estabelecida a possibilidade de reconhecimento e controle do *ne bis in idem* também no âmbito do PIC, resta identificar o mecanismo adequado para tal. No capítulo anterior, ficou estabelecido que as manifestações de imputação ocorridas no âmbito do PIC serão veiculadas por decisão judicial. Isto é, a manifestação do juízo de imputação dar-se-á com o deferimento de medidas cautelares ou meios de obtenção de prova no âmbito do PIC. Ainda que tais medidas sejam fruto de um requerimento efetuado pelo Ministério Público, considera-se a manifestação efetiva do juízo de imputação através da decisão judicial que autoriza a realização de tais medidas.

Sendo assim, o mecanismo de controle da ocorrência de *bis in idem* deve estar dirigido ao sujeito ativo da imputação que deu início à violação, a autoridade judicial. No caso de uma decisão judicial proferida em PIC, sendo posterior a uma manifestação do juízo de imputação já veiculado em qualquer outra espécie de investigação, a autorização judicial é o veículo de manifestação da imputação violadora do princípio *ne bis in idem*.

Assim, o pedido de reconhecimento e controle deve dirigir-se à autoridade judicial, apresentando-se a identidade e simultaneidade das imputações e requerendo que apenas a que primeiro foi manifestada subsista. Essa apresentação e explicação pode dar-se por petição dirigida à autoridade judicial acompanhada, inclusive, de cópias das manifestações de imputações simultâneas de modo a evidenciar a violação que deve ser controlada.

Tratando-se de um procedimento dirigido pelo Ministério Público, titular legítimo da ação penal, é esperado, e inclusive recomendado, que a autoridade judicial conceda vista ao Ministério Público e considere seu parecer antes de proferir uma decisão acerca da coexistência de imputações idênticas. Contudo, reconhecida a multiplicidade de

⁷⁷² Art. 21 da Resolução nº 181 do Conselho Nacional do Ministério Público: “No procedimento investigatório criminal serão observados os direitos e as garantias individuais consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil, aplicando-se, no que couber, as normas do Código de Processo Penal e a legislação especial pertinente. Parágrafo único. É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de informação que, já documentados em procedimento investigatório realizado pelo Ministério Público, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

imputações idênticas e simultâneas, deve a autoridade judicial ordenar o encerramento da investigação cuja manifestação da imputação deu-se por último devendo, porém, ser aproveitados os elementos informativos nela colhidos.

Caso a autoridade judicial não reconheça a violação, o veículo mais apropriado para requerer o controle é o *habeas corpus* que terá como autoridade coatora a autoridade judicial que não reconheceu a existência simultânea de imputações idênticas. Contudo, novamente é necessário esclarecer que o reconhecimento da violação na etapa investigatória deve ser evidente, por isso, o *habeas corpus* apresenta-se como mecanismo subsidiário, acionado após a petição de reconhecimento e controle.

A petição dirigida ao juiz tem o condão de apresentar a identidade de imputações e as investigações nas quais são manifestadas as imputações simultâneas, essa petição pode acompanhar cópias de autos de outra investigação, além de outros documentos que se mostrem úteis para a comprovação da violação. Sendo o *habeas corpus* um espaço reduzido para reexame dos fatos e produção de provas, a análise será concentrada na petição rejeitada e nos documentos que a acompanham.

Sendo o *habeas corpus* impetrado diretamente após a manifestação da imputação, dado o restrito espaço para instrução o pedido de reconhecimento e controle deve ser devidamente instruído com todos os documentos necessários à comprovação da identidade de imputações e simultaneidade de tramite de persecuções penais.

5.1.2.3 Comissões Parlamentares de Inquérito

As Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs) são instrumentos essenciais para que o Poder Legislativo possa exercer seu poder investigatório⁷⁷³. O principal objetivo das CPIs é a apuração de fato determinado e, mesmo sendo criada por órgão integrante do poder legislativo, consubstanciam-se numa atuação de natureza administrativa, em tudo

⁷⁷³ BADARÓ explica que a atividade dos órgãos legislativos não se exaure na função de legislar pois o poder de investigar é inerente ao poder de legislar. Ainda que a Constituição fosse omissa a esse respeito, não se poderia deixar de conferir ao Legislativo o poder de criar comissões de inquérito. Não se pode imaginar um Legislativo que não tenha poderes para instituir essas comissões e devem elas ser dotadas de poderes investigatórios, embora limitados. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Limites aos poderes investigatórios das comissões parlamentares de inquérito*. Boletim do IBCCRIM n. 83, Esp. Out. 1999.

identificada à normalmente efetuada pela Administração Pública, e consistente numa coleta de dados e informações acerca do fato investigado⁷⁷⁴.

A Constituição Federal prevê como pressuposto de criação da CPI, a existência de um fato específico e delimitado submetido, portanto, não é possível instaurar uma CPI sem a efetiva delimitação do fato ou fatos específicos a serem investigados. Esse fato ou fatos, é certo, não são necessariamente ilícitos penais, embora possam ser descobertos potenciais crimes no curso da investigação pela CPI.

Pois bem, ao tratar das CPIs no capítulo anterior, estabelecemos que a manifestação do juízo imputacional pode ocorrer por meio de medidas impostas através de decisão judicial e por medidas levadas a cabo diretamente pela comissão no exercício de seus “poderes investigatórios próprios de autoridades judiciais”.

Qualquer que seja o veículo de manifestação utilizado, deve o imputado ter garantido o respeito aos seus direitos e garantias fundamentais, ou seja, deve ser resguardado o exercício do seu direito de defesa e, o acesso aos autos da investigação parlamentar⁷⁷⁵. De modo que, identificada uma violação ao *ne bis in idem*, independentemente do veículo utilizado, pode o imputado insurgir-se contra a violação e requerer seu reconhecimento o controle de tal violação, mesmo em sede de CPI.

Estabelecida a possibilidade de insurgência do imputado contra uma duplicidade de imputações idênticas e simultâneas, sendo a mais recente manifestada em CPI, cumpre passar à análise dos mecanismos que podem ser utilizados para o controle de tal violação, a depender do tipo de manifestação do juízo imputacional.

Tratando-se de medidas impostas por meio de decisão judicial, o pedido de reconhecimento e controle dá-se por meio de petição explicativa à autoridade judicial, acompanhada dos documentos que sejam necessários para demonstrar a simultaneidade das imputações idênticas. Havendo uma negativa por parte da autoridade judicial poderá ser interposto *habeas corpus* tendo o juiz como autoridade coatora e a petição e seus documentos como âmbito de apreciação. No caso de imputação manifestada por medida

⁷⁷⁴ TUCCI, Rogério Lauria. Comissão Parlamentar de Inquérito. Atuação, competência, caráter investigatório. In *Doutrinas Essenciais de Processo Penal. Vol. II*. Organ. NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza de Assis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 399.

⁷⁷⁵ VILARES explica que toda atuação estatal deve ter em vista que os direitos e garantias fundamentais são um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Sendo a investigação parlamentar, uma das expressões da atuação estatal, não escapa a essa imposição, sendo imperioso que seus trabalhos sejam pautados pelo respeito a estes preceitos, sob pena de contrariarem pilares fundamentais do Estado Democrático de Direito. VILARES, Fernanda Regina. *Processo Penal. Reserva de jurisdição e CPIs*. p. 184-185.

determinada diretamente pela CPI no exercício de “seus poderes de investigação próprios de autoridades judiciais”, entendemos que deve o pedido de reconhecimento e controle ser endereçado à Comissão.

Qualquer que seja o veículo de manifestação, no caso específico das CPIs entendemos que mesmo quando a primeira manifestação tenha se dado no âmbito da CPI, deverá imperar o inquérito policial ou o procedimento investigatório criminal. Tal prevalência do inquérito policial ou do PIC sobre a CPI justifica-se por ela não ser o meio legítimo de investigação criminal e por tratar-se de investigação sujeita a determinado prazo, de modo que a investigação deverá ser trasladada aos autos do inquérito ou do PIC.

A CPI não se destina à investigação específica de ilícitos penais, tampouco tem natureza preparatória própria dos inquéritos, penais ou civis, bem como, não tem como objetivo central lastrear a propositura de ações, embora tal providencia possa advir de suas atividades como resultado secundário⁷⁷⁶.

Em suma, a CPI não é o veículo adequado para o desenvolvimento de uma investigação criminal de modo que, manifestada uma imputação⁷⁷⁷ no contexto de uma CPI, devem as informações colhidas ser enviadas ao órgão competente para tomada das providencias cabíveis.

Ao analisar a coexistência de imputações idênticas, ambas manifestadas em comissões parlamentares de inquérito, deverá subsistir aquela na qual ocorreu primeiro a manifestação do juízo imputacional, sem prejuízo do envio das informações (de ambas CPIs) ao órgão competente para iniciar uma investigação crimina. É necessário, novamente reforçar, que a CPI não é o meio legítimo e adequado para a condução de uma investigação dessa espécie.

O ideal, tratando-se de duas CPIs contendo a mesma imputação, seria o envio das informações colhidas ao Ministério Público. Este é quem analisará a possibilidade de instauração de um PIC ou de requisição à autoridade policial para a instauração de inquérito policial, ambos procedimentos são mais adequados que a CPI para a realização de uma investigação criminal. Ou ainda, se já houver justa causa, poderá o Ministério Público oferecer denúncia diretamente.

⁷⁷⁶ VILARES, Fernanda Regina. *Processo Penal. Reserva de jurisdição e CPIs*. p. 168.

⁷⁷⁷ E note-se que ao longo do trabalho o termo “imputação” foi atrelado a um fato concreto qualificado juridicamente como ilícito penal.

É necessário esclarecer que, como já explicado no capítulo anterior, consideramos manifestação de juízo imputacional a imposição de medidas cautelares ou meios de obtenção de prova que impliquem restrição a direitos fundamentais. Desse modo, a possibilidade da CPI obter diretamente, sem ordem judicial, a quebra do sigilo financeiro de uma pessoa ou grupo de pessoas, configura para nosso estudo manifestação de um juízo de imputação sobre essa pessoa ou grupo de pessoas⁷⁷⁸. E tal manifestação poderá ser alvo de discussão por potencial violação ao *ne bis in idem* a partir do momento em que o imputado toma conhecimento da imputação existente contra si.

Contudo, o esclarecimento necessário é no sentido de que, ainda que não configure a CPI meio legítimo e adequado para investigação criminal, a medida imposta e a consequente imputação manifestada serão válidas até o reconhecimento da violação ao *ne bis in idem* e mesmo após o reconhecimento, a medida poderá ser mantida ou o meio de obtenção de prova poderá ser aproveitado a critério do órgão acusatório e da autoridade judicial a quem for submetida a violação para apreço.

5.2 Aplicação do princípio à fase processual

A fase processual é inaugurada com o oferecimento da denúncia ou queixa, a partir desse momento tem-se a aplicação do princípio à fase processual. Houve certo cuidado ao longo do trabalho em distinguir as fases da persecução penal para melhor explicar a aplicação, ao reconhecimento e o controle da proibição de manter duas imputações idênticas e simultâneas.

Embora a proibição de incorrer em *bis in idem* incida sobre ambas fases da persecução penal, a identificação e o controle da violação ocorre de maneira diferente em cada fase. Na etapa processual, já não há discussão acerca da ocorrência efetiva de uma imputação, esta é veiculada através da peça acusatória e marca claramente o momento e o indivíduo sobre o qual recai a atribuição do fato delituoso.

⁷⁷⁸ Cumpra esclarecer que para este estudo tomou-se como ponto de partida os “poderes” que tem sido exercidos efetivamente pelas CPIs, embora nos filiamos à posição de VILARES no tocante à reserva de jurisdição no âmbito da CPI. A autora explica que o art. 58, §3 da CF deve ser interpretado de maneira a permitir no âmbito do inquérito parlamentar a realização de diligências que seus membros entenderem necessárias, como a convocação de Ministros de Estado, a tomada de depoimento de quaisquer autoridades, a inquirição de testemunhas e a requisição de informações e documentos perante repartições públicas e autárquicas. No caso de entenderem necessária a realização de medida restritiva de direito fundamental no desenrolar de seus trabalhos de investigação, devem requerer à autoridade judiciária competente de forma motivada. VILARES, Fernanda Regina. *Processo Penal. Reserva de jurisdição e CPIs*. p. 243.

Além disso, a aplicação do princípio *ne bis in idem* parece incontroversa à luz da exceção de litispendência. Da mesma forma, os autores ao tratar das persecuções simultâneas – e mesmo das sucessivas – restringem o estudo à fase processual, entendendo que na fase processual existe uma delimitação do objeto do processo de modo que a violação ao princípio seria identificada quando houvesse dois processos com objetos iguais⁷⁷⁹.

Contudo, não se pode reduzir a aplicação do princípio à possibilidade de se opor exceção de litispendência. O princípio visa a proteger o indivíduo do risco de ser submetido múltiplas vezes a diversas persecuções penais pelo mesmo fato, portanto, deve-se aplicar integralmente o princípio buscando inibir qualquer risco de *bis in idem*.⁷⁸⁰

Da mesma forma, evitado o risco e resguardada ao indivíduo a possibilidade de reação defensiva contra uma violação dessa magnitude, legitima-se o processo penal dentro do contexto de um Estado democrático de direito.

Por isso, antes de prosseguir aos mecanismos de controle de múltiplas imputações idênticas e simultâneas na fase processual, cumpre esclarecer as premissas sobre as quais será analisado o reconhecimento do *ne bis in idem*.

5.2.1 Delimitação do conceito de imputação na ação penal

A imputação em sentido estrito possui também os três elementos já mencionados anteriormente, contudo, na fase processual da persecução exige-se além do simples relato de um fato o seu enquadramento normativo como crime e a existência de elementos previamente colhidos que possam dar suporte à imputação. Esses elementos probatórios, é certo, já estão presentes na fase investigatória, porém, como a imputação constitui um juízo

⁷⁷⁹ FERREIRA explica que tradicionalmente a necessidade delimitar o objeto do processo é um problema específico do processo penal com estrutura acusatória e visa definir limites à atividade cognitória e decisória do tribunal de modo que se tornem efetivas as garantias de defesa do arguido enquanto sujeito processual. Assim, “a delimitação do objeto do processo viabiliza o princípio do *ne bis in idem* ao impedir que, nas situações de litispendência ou de caso julgado, o tribunal repita o julgamento de factos anteriormente julgados”. FERREIRA, Manuel Marques. *Da alteração dos factos objecto do processo penal*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Coimbra. Vol. 1, n. 2, p. 221-239, abr./jun., 1991. p. 221.

⁷⁸⁰ “Thus, where the prosecution seeks to re-litigate a matter that has been finally disposed of by earlier proceedings, an accused can claim abuse of process (...) A significant feature of this approach is that an offender may be able to seek a stay of proceedings in circumstances where no plea in bar is available”. MCMAHON, Marilyn. *Retrials of persons acquitted of indictable offences in England and Australia: exceptions to the rule against double jeopardy*. p. 161. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/263084072_Retrials_of_Persons_Acquitted_of_Indictable_Offences_in_England_and_Australia_Exceptions_to_the_Rule_Against_Double_Jeopardy Acesso em 12.12.2017.

progressivo, também a exigência de elementos probatórios é adquirida progressivamente com base na maior ou menor quantidade e qualidade desses elementos colhidos.

A imputação em sentido estrito, manifestada na peça acusatória, é apta a ofender o *staus dignitatis* do cidadão, ainda mais quando a acusação provém do Ministério Público, órgão de Estado com forte representatividade junto à comunidade⁷⁸¹. Portanto, entende-se que a imputação está contida na acusação e, portanto, é manifestada na peça acusatória e a sua efetiva manifestação independe de decisão judicial recebendo a denúncia ou queixa, bem como, de citação do acusado para oferecimento de resposta escrita. Não há que se discutir o momento do efetivo estabelecimento da relação jurídica processual para fins de análise da ocorrência ou não de *bis in idem*.

O esclarecimento mostra-se necessário porque a doutrina diverge acerca do marco inicial do processo penal uma vez que o Código de Processo Penal brasileiro não contém previsão expressa sobre o momento em que se considera iniciado o processo havendo posições que utilizam tanto o recebimento da denúncia ou queixa por decisão judicial quanto a efetiva citação do acusado⁷⁸². NUCCI afirma que o início da ação penal se dá pelo oferecimento da denúncia ou queixa, independentemente do recebimento feito pelo juiz. O autor explica que essa afirmativa decorre da própria redação do art. 24 do CPP ao estabelecer que a ação será *promovida* por denúncia ou queixa e do texto constitucional, posterior ao CPP, o qual menciona a função institucional do Ministério Público de *promover* privativamente, a ação penal pública (art. 129, I, CF)⁷⁸³.

⁷⁸¹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Reação defensiva à imputação*. p. 152.

⁷⁸² MIRABETE afirma que como a lei processual penal não prevê quando os marcos inicial e final da situação de “pendência” da lide, deve-se aplicar por analogia o disposto no processo civil que considera a citação válida como marco inicial da litispendência. MIRABETE, Julio Fabrini. *Processo Penal*. p. 210. TOURINHO FILHO explica que “ofertada e recebida a denúncia, citado o réu, validamente, diz-se que há uma lide pendente de julgamento: litispendência. Entretanto, se outra ação, contra o mesmo réu e pelo mesmo fato, vier a ser intentada, poder-se-á opor a exceção de litispendência neste segundo feito”. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal. Vol. 2*. 34ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 700. Há, contudo, posicionamento contrário, no sentido de que embora a relação jurídica se complete com a citação válida do acusado, antes do recebimento e da citação, o processo já existe embora ainda não esteja completo. MARQUES explica que o processo penal condenatório é iniciado por atos da fase postulatória. Nessa fase dois momentos se delineiam: o da constituição da relação processual e o da defesa do réu. MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal. Vol. I*. 3ª atualização. Campinas: Millennium, 2009. p. 141. No mesmo sentido: GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 125 e BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. p. 593-594.

⁷⁸³ Ao referir-se especificamente à exceção de litispendência, NUCCI afirma que “a litispendência está caracterizada a partir do ajuizamento da segunda demanda, sendo prescindível a citação do réu, pois o Código de Processo Penal silenciou a esse respeito”. Desse modo, seria “inadmissível supor que, havendo dois processos em trâmite, contra o mesmo réu, um deles deve ser extinto – com ou sem citação válida” NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 13ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 152 e 301.

Para efeitos de *ne bis in idem*, o mero oferecimento da denúncia ou queixa já constitui manifestação do juízo de imputação. E se tal manifestação, por si só, já é capaz de implicar em violação ao princípio *ne bis in idem* deve dar-se ao imputado a possibilidade de requerer o reconhecimento e o controle da violação, desde esse momento. O que se pretende explicar é que não há necessidade de analisar o momento do início do processo para fins de identificação de múltiplas imputações idênticas e simultâneas.

Basta o oferecimento de denúncia ou queixa manifestando imputação idêntica a outra já existente e manifestada em outra persecução penal – seja na fase investigatória ou na fase processual – para que possa o indivíduo reclamar seu direito de não ser submetido a diversas imputações idênticas, simultaneamente.

Se a peça acusatória já configura veículo de manifestação da imputação, não se pode condicionar a análise do *bis in idem* ao recebimento da denúncia, e muito menos, à citação do acusado. Estará constituída a simultaneidade de imputações idênticas no momento que a imputação mais recente for manifestada através de peça acusatória, portanto, desde o oferecimento da subsequente denúncia ou queixa. De modo que ao acusado é concedida a possibilidade de reação defensiva desde esse momento, podendo reclamar violação ao *ne bis in idem* e requerer a subsistência de apenas uma das imputações.

A imputação constante da acusação é um juízo hipotético de atribuição de crime e depende de prova a ser produzida durante o desenvolvimento da relação jurídica processual, porém, encerrada a instrução será proferido outro juízo, não mais de atribuição, mas de natureza decisória sobre os mesmos dados da imputação.

Ao analisar a coexistência de imputações idênticas, deve-se levar em conta que a identidade pode existir, ainda que as imputações se encontrem em diversos estágios desse juízo progressivo. Pode ocorrer que uma nova denúncia seja formulada manifestando uma imputação idêntica a outra já manifestada anteriormente e que nesse momento encontra-se na fase de instrução. Ou então, pode ocorrer de nova manifestação dessa mesma imputação dar-se quando já fora encerrada a fase instrutória no processo no qual foi manifestada originalmente a imputação.

Em qualquer caso, a análise deve ser minuciosa e ater-se à existência e identidade dos três elementos da imputação e o pedido de reconhecimento e controle deve ser apresentado na persecução penal que contenha a manifestação mais recente da imputação.

Nesse ponto, um dos principais pontos de controvérsia é o fato ou conjunto de fatos que integram a imputação pois, como explica MELLADO a individualização do fato processual é necessária para a obtenção de soluções admissíveis para determinados fenômenos de unidades fáticas legais⁷⁸⁴.

É necessário ressaltar que a simultaneidade de imputações idênticas não se confunde com a cumulação de imputações, já tratada no capítulo 3. Há cumulação quando a denúncia ou queixa manifestam mais de uma imputação – o processo A manifestou a imputação X e a imputação Y, por exemplo⁷⁸⁵. Há identidade de imputações, em duas ou mais persecuções penais, quando há manifestações simultâneas da mesma imputação, por exemplo o processo A manifestou a imputação X e processo B manifestou a imputação X. Contudo, na prática a diferenciação não é tão simples.

A cumulação pode ser objetiva, se houver narração de dois ou mais fatos criminosos, ou subjetiva, com dois ou mais acusados. A primeira espécie deve ser entendida como a narração de dois fatos não apenas diversos como também independentes. Havendo dois processos contendo manifestações de imputações aparentemente diferentes que, após análise minuciosa remetam ao mesmo o contexto fático, devem ser entendidas como manifestações da mesma imputação, ainda que tenham sido separadas em partes diferentes. É o caso, por exemplo, de três denúncias oferecidas separadamente, atribuindo hipoteticamente ao indivíduo “B” o crime de lavagem de dinheiro. As três denúncias são provenientes do mesmo crime antecedente, porém, uma narra a fase de ocultação, outra narra a fase de dissimulação e outra a fase de integração do valor branqueado.

5.2.2 Reconhecimento de imputações idênticas na fase processual

Ao reconhecimento da violação ao *ne bis in idem* antecede necessariamente a identificação de duas ou mais imputações iguais o que pressupõe identidade dos seus elementos característicos. Isso não se confunde com a denominada “identidade de

⁷⁸⁴ “el hecho procesal se individualiza por la identidad, que en todo caso habrá de bastar parcial, de la actividad típica, el resultado, o de ambos elementos según los casos concretos. Sólo así es posible ofrecer soluciones admisibles a determinados fenómenos de unidades fáticas legales, de cambio en las formas de participación, de mutaciones en la calificación jurídica, etc”. MELLADO, José María Asencio. *Sistema Acusatorio y Derecho de Defensa en el Proceso Penal*. 1ª Ed. Lince: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, 2008. p. 115.

⁷⁸⁵ FERNADES, Antonio Scarance. *Reação defensiva à imputação*. p. 159.

demandas” que é caracterizada pela identidade de partes, causa de pedir e pedido⁷⁸⁶. Da mesma forma que os componentes da imputação não se confundem com os denominados elementos da ação, cuja análise também foi importada do processo civil.

A doutrina pouco trata do princípio *ne bis in idem* sob o ângulo das persecuções penais simultâneas, e os poucos que se estendem um pouco além da coisa julgada, restringem-se a descrever o procedimento da exceção de litispendência. Assim, o mantra preconizado no processo civil serviu de norte para a análise da litispendência no processo penal, para haver identidade de ações deve haver identidade dos seus elementos⁷⁸⁷.

No processo penal, os conceitos embora transpostos, receberam diversos “pesos de importância” já que quanto à identidade de partes, pouco importa se o acusador é o Ministério Público ou um acusador privado, bastando a identidade de acusado⁷⁸⁸. Já “no tocante ao pedido, como ele é sempre genérico – de condenação às penas previstas em lei -, tal dado não tem a maior relevância”⁷⁸⁹.

Desse modo, o processo penal, espelhando-se no processo civil, coloca toda o peso da diferenciação entre uma ação e outra na “causa de pedir”. Não há menção expressa, em diplomas específicos em matéria processual penal, acerca da configuração da “litispendência” penal. Faz-se expressa referência à exceção de litispendência sem, contudo, explicar em qual situação resta configurada uma “lide pendente”.

É esse o foco do tópico, haverá violação ao *ne bis in idem* se houver identidade de imputações manifestadas em diversas e simultâneas persecuções penais. Houve um cuidado especial, desde o primeiro capítulo, em referir-se a persecuções penais idênticas e simultâneas uma vez que o trabalho não se restringe apenas à ações penais. Não é um trabalho debruçado sobre o estudo da litispendência pois o *ne bis in idem* vai além dela e o seu controle deveria ultrapassar a exceção de litispendência.

Assim, a identidade que precisa ser analisada ao comparar persecuções penais, é a identidade de imputações. De fato, essa análise deve seguir o mesmo princípio estabelecido

⁷⁸⁶ MENDES, Anderson Cortez. *A modificação dos elementos objetivos da demanda: uma proposta de regramento*. Revista da Academia Paulista de Direito. Vol. 7, ano. 4, jan/jul 2015. p. 33-36.

⁷⁸⁷ O Código de Processo Civil estabelece que dois processos são idênticos se houver identidade de partes, de pedido e de causa de pedir, é o que se denomina de lide pendente. CPC, art. 337, §2º. O novo CPC de 2015 manteve, nesse parágrafo, exatamente a mesma redação contida no CPC de 1973.

⁷⁸⁸ “Havendo identidade de fato e identidade do sujeito passivo da pretensão punitiva, poderá ser arguida a exceção de litispendência. Pouco importa também que num processo a ação tenha sido promovida pelo Ministério Público e, no outro, intentada pela parte privada”. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. Vol. 2. 34ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 700-701.

⁷⁸⁹ BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. p. 328.

para o processo civil, de comparação dos elementos identificadores. Porém, a análise deve recair sobre os elementos identificadores da imputação e não da ação penal.

Essa diferença no referencial de comparação está intimamente ligada ao fato de que a proibição de incorrer em *bis in idem* não se restringe à fase processual, isto é, não nasce a proibição no momento em que é iniciada a ação penal de modo que não podemos limitar-nos a comparar elementos da ação. A proibição recai sobre as imputações idênticas e simultâneas e não apenas sobre ações penais idênticas de modo que a comparação não pode ser feita entre elementos da ação mas sim entre elementos da imputação. E mais, a comparação deve obedecer uma determinada sequência entre os elementos da imputação (fato, qualificação jurídica e indivíduo) que proporcione maior eficiência à análise.

Também, deve-se tomar em conta o estágio da persecução penal de modo a evitar aparentes diferenças ou identidades uma vez que se trata de um juízo de atribuição que é progressivamente formado ao longo da persecução penal. FERNANDES explica que a exigência “de menor ou maior profundidade nos juízos de imputação do inquerito e do processo decorre da diversidade de posições jurídica da pessoa imputada nestes dois estágios da persecução penal”⁷⁹⁰.

A análise para reconhecimento de imputações idênticas e simultâneas é um passo que antecede, logicamente, à análise necessária para elaboração e apresentação do pedido de reconhecimento e controle. Em outras palavras, os elementos da imputação são analisados em sua integralidade tanto para o reconhecimento quanto para o controle, porém, determinados elementos podem ser mais importantes que outros para reconhecer a violação do que para requerer seu controle.

Para avaliar a identidade de imputações simultâneas, a sequência lógica intimamente atrelada ao princípio *ne bis in idem* demanda a identificação inicial do sujeito passivo da imputação. Deve ser identificado o indivíduo a quem se está atribuindo uma conduta delituosa para então ter como referência que uma nova atribuição de fato delituoso não pode ser feita àquele indivíduo, nem mesmo se houver alteração da posição de autor para partícipe, conforme antecipado no capítulo 4.

Uma vez identificado o sujeito passivo, procede-se à análise do fato jurídico-penal a ele atribuído. Este passo é delicado pois envolve a análise conjunta de dois elementos da

⁷⁹⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. *Reação defensiva à imputação*. p. 156.

imputação o fato concreto e a sua classificação jurídica. Isso porque, o que se analisa nessa etapa é o que corresponde ao fato processual descrito no capítulo 3.

Havendo identidade de sujeito passivo e fato jurídico-penal, haverá, necessariamente, identidade de imputações. Contudo, como o conhecido mantra do processo penal estipula “o acusado defende-se dos fatos e não de sua classificação”, assim, é necessário considerar também as situações nas quais embora o fato concreto seja idêntico, a classificação jurídica dada a esse fato é diferente nas persecuções penais instauradas.

Assim, caso existam classificações jurídicas diversas é necessário recorrer à análise do fato concreto, do trecho da realidade que está sendo submetido à classificação jurídico penal. É nesse ponto da análise que será distinguida uma imputação de outra já que pode ocorrer de uma persecução contemplar apenas um pedaço do contexto fático de modo a classifica-lo como crime “A” e outra imputação contemplar o trecho completo pelo qual a tipificação recai sobre o crime “B”.

Ambas consistem no mesmo juízo de atribuição da mesma conduta delituosa ao mesmo indivíduo manifestadas em diversas persecuções penais simultâneas. A análise aqui proposta restringe-se às imputações simultâneas de modo que as persecuções penais que contém a mesma imputação sejam reunidas em uma única persecução penal uma vez que se referem ao mesmo fato concreto e ao mesmo indivíduo.

Ao analisar o trecho da realidade submetido à apreciação judicial é necessário atentar-se à definição pré-estabelecida em capítulo anterior sobre *fato novo*. Isso porque como bem explica FERREIRA, é da própria natureza do conhecimento adquirido através de um processo de investigação “penetrado por vectores de sentido contrário àquele que o êxito na descoberta da verdade” seja, por vezes, parcial e que, por isso, só posteriormente à fixação do objeto do processo se adquira parte do conhecimento⁷⁹¹.

É por essa aquisição tardia de conhecimento que surgem os fatos que, embora novos para a acusação, não o são relativamente para realidade. Essa análise acerca do que podem constituir fatos novos justifica-se ao comparar duas imputações que, aparentemente, diferem pois uma é mais “completa” do que a outra.

⁷⁹¹ FERREIRA, Manuel Marques. *Da alteração dos factos objecto do processo penal*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Coimbra. Vol. 1, n. 2, p. 221-239, abr./jun., 1991.

Por exemplo, na denúncia oferecida no processo A, consta que o imputado ofendeu a integridade corporal da vítima caracterizando o delito de lesão corporal tipificado no caput do art. 129. Após 3 meses é oferecida outra denúncia contra o mesmo indivíduo, com fundamento no mesmo contexto fático porém a tipificação dado à conduta no processo B é a do art. 129, §2º, inciso V, pois após o oferecimento da primeira denúncia apurou-se que a vítima sofreu aborto em decorrência da lesão perpetrada pelo imputado. Trata-se da mesma imputação e, portanto, não é possível instaurar duas persecuções penais argumentando que a segunda baseia-se em fato novo e que, portanto, justificaria uma persecução independente⁷⁹².

Uma vez identificada a simultaneidade de imputações penais, é necessário pleitear o reconhecimento oficial da violação ao princípio *ne bis in idem* para que possa ser exercido o respectivo controle sobre as persecuções. Nesse ponto, é necessário identificar cuidadosamente o sujeito ativo da imputação, o veículo utilizado para sua manifestação e a fase em que se encontram as persecuções penais.

5.3 Controle da dupla imputação na fase processual

Os mecanismos de controle devem ser exercidos na persecução penal “violadora”, assim entendida aquela mais recente, na qual a manifestação da imputação ocorreu após a previa existência de uma manifestação da mesma imputação em outra persecução penal. Na fase processual, já existe a aceitação pacífica, tanto pela doutrina como pela jurisprudência, de que pode ocorrer violação ao *ne bis in idem* de modo que já existe um “mecanismo oficializado pela legislação” para exercer tal controle, é a exceção de litispendência.

Contudo, restringe-se, ainda, o *bis in idem* concretizado antes do trânsito em julgado da sentença, à litispendência. Desse modo, haveria apenas um mecanismo existente

⁷⁹² FERREIRA ao tratar do fato novo explica que o princípio da indivisibilidade do objeto do processo refere-se ao objeto em sentido amplo. Desse modo, o tribunal é obrigado a conhecer e julgar na totalidade não apenas o factualismo constante do objeto em sentido estrito mas ainda todos os fatos que com este mantenham uma relação de unidade. Se o tribunal não exercer exaustivamente este poder-dever, “não pode, posteriormente, reapreciar factos que, mesmo não conhecidos no momento da decisão, façam parte do objeto do processo em sentido amplo”. FERREIRA, Manuel Marques. *Da alteração dos factos objecto do processo penal*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Coimbra. Vol. 1, n. 2, p. 221-239, abr./jun., 1991. p. 225.

no processo penal brasileiro para o controle dessa situação, a exceção de litispendência. E mais, sendo a própria figura da “litispendência” emprestada do processo civil, seriam também as disposições concernentes à exceção de litispendência aplicadas por analogia. Dessa forma, a situação caracterizadora do *bis in idem* apenas estaria configurada após a citação válida do acusado, tal qual disposto no Código de Processo Civil⁷⁹³.

Entendemos que tal raciocínio não se mostra adequado ao processo penal, primeiramente porque a situação caracterizadora do *bis in idem* pode ocorrer em momento anterior à citação. Não seria coerente retardar a possibilidade do exercício do direito de defesa do acusado para depois da citação válida. Além disso, no processo civil não há uma fase preliminar de investigação de modo que a lei procurou no primeiro ato no qual o réu tem ciência da existência de um processo contra ele o marco inicial da pendência entre ações.

No processo penal, o imputado pode vir a tomar ciência do oferecimento de denúncia contra ele, manifestando imputação idêntica a outra já existente. Por isso abordaremos o controle da dupla imputação na fase processual desde o momento do oferecimento da denúncia ou queixa. Aliás, o PL nº 8045/2010 no art. 264 estipula o momento da distribuição como o início da ação.

5.3.1 Controle no oferecimento de denúncia ou queixa

A violação ao princípio *ne bis in idem*, na fase processual, ocorre a partir da manifestação, na peça acusatória, de uma imputação que já foi anteriormente manifestada, por qualquer outro veículo, em outra persecução penal que tramita simultaneamente. Assim, o pedido de reconhecimento e controle deve ser apresentados na segunda persecução penal uma vez que o seu nascimento é que deu origem à violação. Sendo a peça acusatória o veículo da manifestação da imputação, se ao acusado já for possível conhecer o seu conteúdo antes da citação, poderá ele exercer reação defensiva e endereçar o pedido de reconhecimento e controle ao acusador.

Tratando-se de acusação pública, o acusado poderá apresentar petição endereçada ao membro do Ministério Público responsável pelo caso. A petição deve informar a

⁷⁹³ O art. 240 do CPC dispõe “A citação válida, ainda quando ordenada por juízo incompetente, induz litispendência, torna litigiosa a coisa e constitui em mora o devedor, ressalvado o disposto nos arts. 397 e 398 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)”.

ocorrência de *bis in idem*, apresentar os elementos probatórios de suporte para sua alegação de violação, inclusive o número dos autos e a vara ou órgão público onde tramita a persecução originária, e requerer o reconhecimento da violação e a desistência da denúncia.

O Ministério Público pode se convencer da duplicidade de imputações e desistir da denúncia, antes do seu recebimento e da citação do acusado. Bem como, pode o Ministério Público entender que não há elementos suficientes para a comprovação de uma duplicidade, ou ainda multiplicidade, que justifiquem a desistência da ação penal de modo que análise da duplicidade de imputações simultâneas fica relegada ao juízo de admissibilidade efetuado pela autoridade judicial. E mais, pode ficar ainda a análise postergada a um momento posterior à apresentação da defesa escrita.

Entendemos que caso o Ministério Público não se convença da ocorrência de *bis in idem* pode o acusado impetrar *habeas corpus* tendo como autoridade coatora o membro do Ministério Público que ofereceu denúncia. Nesse caso, assim como na utilização do *habeas corpus* como mecanismo de controle na fase investigatória, estará inserido no âmbito de análise do órgão julgador, os argumentos veiculados na petição que foi endereçada ao Ministério Público, de modo que não é necessário que o órgão julgador se debruce sobre toda a acusação e todos os elementos colhidos a fase investigatória.

Porém, deve-se esclarecer que essa deve ser contemplada como uma opção a ser dada à defesa, não se pode tratar essa petição dirigida ao Ministério Público e a subsequente impetração de *habeas corpus* como etapas preliminares obrigatórias para a oposição, e muito menos para a apreciação, de uma exceção de litispendência.

Outra é a situação quando a acusação é oferecida por particular pois nesse caso além de ser mais difícil para o acusado tomar ciência do conteúdo da queixa-crime antes da citação, não é possível compelir o particular a desistir da queixa. Nessa hipótese, deverá ser adiado o pedido de reconhecimento e controle para uma etapa posterior à citação, através de uma exceção de litispendência.

O que se pretende esclarecer neste tópico é que sendo a peça acusatória também veículo de manifestação da imputação, deve ser dado ao acusado a possibilidade de reação defensiva antes do juízo de admissibilidade da denúncia ou queixa, se dessa manifestação ele já tiver ciência. Ao imputado deve ser dada a oportunidade de requerer o reconhecimento e controle da violação ao princípio *ne bis in idem* a partir do momento em

que ele toma ciência das imputações manifestadas contra ele. Não é necessário aguardar o recebimento, prévio ou definitivo, da denúncia ou queixa para poder requerer o reconhecimento e o controle da violação.

5.3.2 Controle no juízo de admissibilidade da nova imputação

A violação ao princípio *ne bis in idem*, na fase processual, ocorre a partir do oferecimento de denúncia ou queixa. Porém, é necessário considerar também que a análise dessa dupla imputação para fins de reconhecimento e controle pode estar contida no juízo de admissibilidade da denúncia ou queixa já que estes são os veículos, por excelência, da manifestação da imputação na fase processual da persecução penal.

Antes de prosseguir à análise do controle de possível violação ao *ne bis in idem* no recebimento da denúncia ou queixa, cumpre expor brevemente a temática controversa do momento em que se dá o recebimento da denúncia ou queixa. Conforme explica DEZEM, dois são os artigos que acabaram por causar profunda celeuma na doutrina, o art. 396 e o art. 399, ambos do CPP⁷⁹⁴. O art. 396 determina que, após o oferecimento da denúncia ou queixa, o juiz deverá rejeitá-la liminarmente ou, se não for caso de rejeição, recebe-la e determinar a citação do acusado. O art. 399 estipula que após o recebimento da denúncia será designado a data da audiência com a respectiva intimação das partes.

A polêmica gira em torno do momento em que se dá de fato o recebimento da denúncia ou queixa. O art. 396 refere-se, expressamente, ao recebimento como o ato judicial praticado entre o oferecimento da denúncia ou queixa e a citação do acusado. Portanto, haveria um recebimento da denúncia ou queixa mesmo antes de apresentada resposta escrita por parte do acusado. O art. 399, porém, estabelece o recebimento da denúncia como um ato anterior à designação da data de audiência e sua correspondente intimação, portanto, após a citação e apresentação de defesa.

A doutrina se divide em, basicamente, três correntes, a primeira acolhe integralmente o art. 396 considerando o recebimento como ato prévio à citação. A segunda reconhece apenas o art. 399 e considera o recebimento como sendo o ato posterior à apresentação da defesa e a terceira considera dois recebimentos, um provisório antes da

⁷⁹⁴ DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 693.

citação (art. 396 do CPP) e outro definitivo após a apresentação da defesa escrita (art. 399 do CPP), sendo que apenas o último teria condão de interromper o prazo prescricional.⁷⁹⁵

Concordamos com esta última por entender que não é possível o recebimento da denúncia ou queixa antes da apresentação da peça defensiva. Porém, seria possível uma análise preliminar logo após o oferecimento da denúncia que possibilite um “recebimento provisório” com a consequente determinação de citação do acusado nos casos que não seja possível a rejeição liminar da denúncia ou queixa.

Assim, tratando-se de uma manifestação de imputação idêntica a outra já existente, no recebimento preliminar o juiz poderá reconhecer de ofício a duplicidade de imputações e rejeitar a denúncia. Contudo, entendemos ser pouco provável que o juiz tome tal iniciativa de ofício e, mais ainda, que tenha ciência da duplicidade de imputações simultâneas apenas lendo a peça acusatória.

Por isso, o controle principal será realizado no recebimento definitivo, isto é, após a apresentação de resposta escrita por parte do acusado. Na peça de defesa o acusado poderá, expressamente, fazer referência à duplicidade de imputações e opor uma exceção de litispendência que deverá ser analisada pela autoridade judicial.

A exceção de litispendência é o único mecanismo previsto em lei para o controle de imputações idênticas e simultâneas. Contudo, conforme será tratado mais adiante, a violação ao princípio *ne bis in idem* pode ser reconhecida a qualquer tempo e, mesmo, sem provocação da parte. Isto é, o juiz poderá reconhecer a duplicidade de imputações idênticas e simultâneas mesmo se a parte não opôs exceção de litispendência, trata-se de matéria de ordem pública que pode ser reconhecida de ofício. Nesse sentido, LOPES JR. explica que a matéria pode ser arguida sob a forma de exceção na resposta acusação, pode também ser impetrado *habeas corpus* para o trancamento do processo ou pode ser reconhecida de ofício, a qualquer momento⁷⁹⁶.

⁷⁹⁵ “Não há posição clara da jurisprudência a este respeito, embora entendemos que o Superior Tribunal de Justiça aparenta a segunda ou terceira posições, no sentido de que o recebimento definitivo é o previsto no art. 399 do CPP”. DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 693.

⁷⁹⁶ LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 527.

5.3.2.1 Exceção de litispendência

A exceção de litispendência é o mecanismo, por excelência, invocado para o controle de imputações idênticas e simultâneas que, por herança do processo civil, é comumente denominada “litispendência”, daí o nome dado ao mecanismo. Ao longo do trabalho foram estabelecidas premissas incompatíveis com a adoção da “litispendência” como sinônimo da faceta processual do *ne bis in idem* que impede o andamento de persecuções penais idênticas simultaneamente.

Inicialmente, cumpre ressaltar a inadequação da expressão *litispendência* para o processo penal, na medida em que resulta de uma “transmissão mecânica de categorias do processo civil” pois não existe lide no processo penal, de modo que a noção de “lides pendentes”, como definição de litispendência não se adequa ao processo penal⁷⁹⁷.

Além disso, a noção de “lides pendentes” restringe-se à fase processual da persecução penal de modo que a exceção de litispendência é um mecanismo que somente poderá ser utilizado após o oferecimento da denúncia ou queixa. Entendemos por isso que no processo penal, ao fazer alusão ao *ne bis in idem* na sua manifestação simultânea, devemos tomar em conta as imputações. LOPES JR explica que a litispendência considerada na dimensão de imputação repetida e pendente de julgamento, no processo penal, “tem importância já na fase preliminar” pois tampouco deve-se admitir “duas investigações preliminares tramitando em paralelo, em diferentes órgãos, em relação ao mesmo caso penal”⁷⁹⁸.

Se a observância ao *ne bis in idem* é necessária e obrigatória desde a fase de investigação, com mais razão não se pode admitir o *bis in idem* na fase processual de modo que a exceção de litispendência conduzirá inexoravelmente à extinção de um dos feitos. BADARÓ define a exceção de litispendência como “um meio de defesa processual oposto em um segundo processo, quando ainda está pendente um primeiro processo, que tem o mesmo objeto do segundo”⁷⁹⁹.

⁷⁹⁷ “Deve-se estruturar essa exceção a partir do conceito de *acusações* ou *imputações repetidas*, igualmente pendentes de julgamento”. LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. p. 526-527.

⁷⁹⁸ “Com mais razão, jamais se deve admitir o *bis in idem* (duplicidade) de acusações em relação ao mesmo fato aparentemente criminoso, de modo que a exceção de litispendência conduzirá inexoravelmente à extinção de um dos feitos (é uma exceção peremptória)”. LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. p. 527.

⁷⁹⁹ BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. p. 329.

A exceção está prevista no art. 110 do CPP e deve ser oposta “no prazo da defesa”, isto é, após a citação e no decurso do prazo a que faz alusão o art. 396 do CPP. Qualquer das partes é legitimada para opor a exceção de litispendência, inclusive o Ministério Público e o querelante podem arguir exceção de litispendência, sendo ao Ministério Público ainda resguardada a possibilidade na sua posição de fiscal da lei (art. 257, II, CPP)⁸⁰⁰.

O momento de arguição da ocorrência de *bis in idem*, porém, não se restringe ao prazo para oferecimento de resposta escrita, poderá ser alegada a existência simultânea de duas ou mais imputações idênticas a qualquer momento e em qualquer grau de jurisdição por tratar-se de matéria de ordem pública⁸⁰¹. Da mesma forma que não se opera a preclusão caso a exceção não seja oposta dentro do prazo para resposta⁸⁰².

De acordo com o art. 110, caput do CPP, a exceção de litispendência deve seguir o mesmo procedimento da exceção de incompetência, de modo que poderá ser arguida por escrito ou oralmente e autuada em autos apartados. ESPÍNOLA FILHO explica que a exceção de litispendência deve ser instruída com a certidão de objeto e pé do processo anterior, comprovando que o feito está pendente⁸⁰³. Entendemos, porém, que a certidão não basta, é necessário juntar o máximo de elementos e documentos que possam comprovar a ocorrência de *bis in idem*, sem prejuízo, é claro de que o juiz a quem é dirigida a exceção possa pedir informações à autoridade encarregada da primeira persecução penal.

A exceção de litispendência, conforme o art. 111 do CPP, não suspende o curso do processo no qual foi oposta. Contudo, entendemos que essa disposição não coaduna com os princípios constantes na Constituição Federal de 1988 uma vez que haverá a “aceitação”

⁸⁰⁰ BADARÓ explica que o assistente de acusação, embora não possa opor as exceções de litispendência e coisa julgada, poder arguir sua ocorrência, posto que se trata de matéria de ordem pública, que o juiz pode conhecer de ofício em qualquer momento e grau de jurisdição. BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. p. 330.

⁸⁰¹ Nesse sentido, NUCCI explica que as partes poderão opor exceção de litispendência a qualquer tempo, pois, como ocorre no caso de incompetência absoluta, a matéria não preclui, diante do interesse público envolvido. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 13ªEd. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

⁸⁰² “Diante da natureza da litispendência, porém, não há prazo fatal para a arguição, não ocorrendo preclusão se não for oposta no prazo da defesa prévia”. MIRABETE, Julio Fabrini. *Processo Penal*. p. 211.

⁸⁰³ “Para a sua prova, é uma boa orientação juntar certidão relativa ao processo anterior, salvo impossibilidade de o fazer”. ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. Vol. 2. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. p. 297. Tratando-se de processo digital e, mesmo quando físico passível de acompanhamento pela internet, entendemos ser necessário a juntada não apenas da certidão de objeto e pé mas de toda a documentação pertinente à comprovação da identidade de imputações, tal como denúncia oferecida no outro processo.

do tramite simultânea de imputações idênticas até o julgamento de mérito da exceção de litispendência.

Essa “aceitação” pode gerar não apenas prejuízo à reputação do acusado que se vê envolvido em diversas persecuções penais, embora idênticas, simultaneamente mesmo já tendo sido requeridos seu reconhecimento e controle. Também não pode dar nascimento a outras persecuções iguais que vão se sobrepondo no tempo em que não é julgada a exceção. Haverá ainda, desperdício da máquina persecutória estatal que continuou atuando enquanto era apreciada a exceção de litispendência, despendendo recursos, tempo e desgaste das partes.

Por isso, defendemos a necessidade de suspensão do curso da ação penal na qual foi oposta a exceção de litispendência, até o julgamento definitivo da exceção, com a consequente suspensão do prazo prescricional. A parte que alega a ocorrência de *bis in idem* deve fornecer todos os elementos necessários a comprovação da efetiva violação, não se restringindo à apresentação de uma certidão de objeto e pé do primeiro processo.

Do mesmo modo que não se pode manter as persecuções idênticas em andamento enquanto pende a exceção de litispendência de julgamento definitivo e é necessário suspender o curso da persecução penal. Deve-se aliar a esta, a suspensão do prazo prescricional uma vez que não pode também o acusado opor exceção de litispendência de má-fé instruindo-a com poucos documentos e deixando para o órgão julgador a responsabilidade de coletar evidências da efetiva ocorrência de *bis in idem* apenas para retardar o julgamento da exceção esperando que nesse tempo decorra o prazo prescricional e não possa a persecução ser retomada caso a exceção seja julgada improcedente⁸⁰⁴.

5.3.2.2 Recursos cabíveis contra o reconhecimento

Caso seja acolhida a exceção de litispendência, o segundo processo, no qual foi arguida a exceção de litispendência, deverá ser extinto sem julgamento do mérito, sendo absolutamente nulo⁸⁰⁵. Nesse caso, havendo interesse em recorrer, o instrumento adequado

⁸⁰⁴ Trata-se de um raciocínio similar ao caso do art. 366 do CPP.

⁸⁰⁵ BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. p. 331. No mesmo sentido LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 528. Entendemos, porém, que poderá haver o aproveitamento de informações apresentadas no segundo processo de forma a complementar a reconstrução dos fatos que são os mesmos em ambos processos.

será o recurso em sentido estrito, conforme estabelecido no art. 581, III do CPP⁸⁰⁶. No processo penal vige a regra da irrecorribilidade das decisões interlocutórias de modo que somente se admite o recurso em sentido estrito para as hipóteses expressamente previstas no art. 581 do CPP⁸⁰⁷.

Sobre o tema, BADARÓ explica que o ato que acolhe as exceções de coisa julgada, litispendência e ilegitimidade é sentença terminativa⁸⁰⁸ de modo que o recurso em sentido estrito terá cabimento apenas quando utilizado para impugnar decisões de primeiro grau e caracteriza-se por não ter feito suspensivo. Nos casos em que a exceção de litispendência for julgada por tribunal caberá recurso extraordinário ou recurso especial, desde que presentes seus requisitos de admissibilidade⁸⁰⁹.

O prazo para interposição do recurso em sentido estrito é de 5 (cinco) dias, conforme art. 586, caput do CPP, e se trata de petição simples de interposição de recursos que não precisa estar acompanhada das razões recursais. O recorrente será intimado para apresentar as razões, posteriormente, e terá o prazo de 2 (dois) dias para tanto (art. 588, caput do CPP). No caso específico do acolhimento da exceção de litispendência, as razões recursais devem conter elementos que descaracterizem a identidade de imputações simultâneas. Caso não seja o caso de imputações idênticas e sim conexas e o juiz tenha determinado a unificação das persecuções, o recurso deverá também abordar as razões para o desmembramento das imputações.

Além disso, na hipótese de recurso em sentido estrito, não sobem os próprios autos ao tribunal mas deve ser formado instrumento com a indicação pela parte das peças que deverão ser trasladadas. O parágrafo único do art. 587 do CPP estabelece como peças obrigatórias de traslado a decisão recorrida, a certidão de sua intimação, se por outra forma não for possível verificar-se a oportunidade do recurso, e o termo de interposição⁸¹⁰. Porém, a parte recorrente poderá informar outras peças para traslado, além das listadas no

⁸⁰⁶ Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença: (...) III - que julgar procedentes as exceções, salvo a de suspeição.

⁸⁰⁷ DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 867.

⁸⁰⁸ “ Não cabe recurso em sentido estrito da decisão que julga procedente a exceção de suspeição, pois seu julgamento é afeito ao Tribunal (CPP, art. 100), e o recurso em sentido estrito somente é cabível contra decisões de juízes de primeiro grau”. BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. p. 331.

⁸⁰⁹ DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 347.

⁸¹⁰ Art. 587. Quando o recurso houver de subir por instrumento, a parte indicará, no respectivo termo, ou em requerimento avulso, as peças dos autos de que pretenda traslado. Parágrafo único. O traslado será extraído, conferido e concertado no prazo de cinco dias, e dele constarão sempre a decisão recorrida, a certidão de sua intimação, se por outra forma não for possível verificar-se a oportunidade do recurso, e o termo de interposição.

CPP, no caso de imputações idênticas e simultâneas, será útil o veículo de manifestação da imputação em cada persecução penal de modo a demonstrar que não se trata dos mesmos fatos e/ou sujeito.

Uma interpretação literal do art. 588 sugere que o prazo para oferecimento das razões começa a correr da data da interposição do recurso. Todavia, BADARÓ explica que “tal interpretação violaria o contraditório, que pressupõe a ciência dos atos processuais”, assim, “nos termos do disposto no art. 798, §5º, *a*, do CPP, o prazo de dois dias inicia-se com a intimação do recorrente para apresentar as razões recursais”⁸¹¹. A apresentação das razões fora do prazo constitui-se como mera irregularidade, sem trazer consequências para o conhecimento do recurso⁸¹².

O procedimento do recurso em sentido estrito prevê um juízo de retratação por parte do juiz que proferiu a decisão recorrida, nos termos do art. 589, caput do CPP. Havendo retratação, o recurso poderá subir para o Tribunal por simples petição da parte contrária, ao que se denomina de “recurso invertido”, nesse não serão necessárias novas razões e contrarrazões⁸¹³.

Porém, no caso específico de retratação da decisão que reconheceu a litispendência, caberá *habeas corpus* por não haver previsão legal de recurso em sentido estrito para os casos de rejeição da exceção de litispendência⁸¹⁴. O querelante ou acusado podem renunciar ou desistir do recurso, contudo, a mesma possibilidade não é concedida ao Ministério Público por força da proibição estabelecida no art. 576 do CPP.

5.3.2.3 Recursos cabíveis contra o não reconhecimento

Não há recurso estabelecido em lei contra a decisão do juiz, rejeitando a exceção de litispendência. O Código de processo penal firma, unicamente, o cabimento do recurso em sentido estrito (art. 582, III) contra a decisão que julgar procedente a exceção de

⁸¹¹ BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. p. 852.

⁸¹² DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 877.

⁸¹³ Porém, há exceções a tal regra. Caso o juiz rejeite a denúncia o recurso cabível será o recurso em sentido estrito. Interposto e apresentadas razões e contrarrazões, caso o juiz se retrate não será possível o benefício do art. 589 pois ao se retratar significa que o juiz recebeu a denúncia e da decisão que recebe a denúncia não cabe recurso em sentido estrito. DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 879.

⁸¹⁴ BADARÓ discorda afirmando que “por sua limitação probatória, o *habeas corpus* não seria cabível para questionar o não acolhimento da litispendência”. BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. p. 331, nota n. 98.

litispendência. ESPÍNOLA FILHO argumenta que “sendo meramente dilatório o incidente da litispendência, e não peremptório da ação, não se poderá invocar o art. 593, n. II, para sustentar o cabimento de apelação no caso”⁸¹⁵.

LOPES JR. argumenta que ante a ausência de previsão de recurso, a parte poderá impetrar *habeas corpus* objetivando o trancamento do processo instaurado em duplicidade⁸¹⁶. No mesmo sentido, BADARÓ explica que contra a decisão que rejeita exceção de litispendência e coisa julgada não cabe recurso, todavia, a parte poderá interpor *habeas corpus* ou voltar a discutir a matéria em sede de apelação.

O *habeas corpus*, embora incluído pelo CPP entre os recursos, é uma ação constitucional que tem por objeto a proteção do direito de liberdade de locomoção⁸¹⁷. Assim, é cabível a impetração de *habeas corpus* mesmo no caso em que a ameaça de prisão constitua apenas um evento possível, no longo prazo, ainda que longínquo ou remoto.

Justamente por isso é possível a utilização do *habeas corpus* em caso de qualquer nulidade processual, mesmo que em fase inicial do feito, visto que poderá levar, futuramente, a uma condenação à pena privativa de liberdade ilegal. “Trata-se de uma ameaça longínqua de prisão, mas ameaça há e o *habeas corpus* será cabível”⁸¹⁸.

No caso da coexistência de duas ou mais imputações idênticas, o *habeas corpus* poderá ser impetrado em qualquer fase da persecução. É que a segunda persecução na qual foi manifestada posteriormente a mesma imputação já existente, representa um risco à liberdade do imputado. O imputado pode ser submetido à imposição de medidas cautelares

⁸¹⁵ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. Vol. 2. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. p. 297. Embora não concordando diretamente com o autor, entendemos que o recurso de apelação realmente não cabe contra a decisão que rejeita a exceção de litispendência por dois motivos principais. O primeiro é puramente positivista, não há previsão legal para interposição de apelação contra rejeição de exceção de litispendência. O segundo é totalmente voltado à prática, sendo a exceção de litispendência um mecanismo aplicável ao início da ação penal, permitir a interposição de apelação, considerando o prazo médio de julgamento de uma apelação penal no Brasil, essa exceção seria utilizada como mecanismo protelatório.

⁸¹⁶ LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 528

⁸¹⁷ Trata-se, nas palavras de TUCCI de um “instituto plasmado na Constituição da República, com a finalidade de proteger a *liberdade de locomoção* 0 de ir, vir e permanecer -, *de pessoa física*”. Apresenta-se o *habeas corpus* como ação penal destinada à preservação do *status libertatis*, como consequência da afirmação do *ius libertatis* do indivíduo integrante da coletividade. TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 345-348.

⁸¹⁸ BADARÓ, pontua uma situação grave na realidade processual penal, a larga utilização do *habeas corpus* para prevenir lesões longínquas à liberdade acaba prejudicando a utilização desse instrumento para tutelar a liberdade de locomoção em casos em que já existe violação a tal direito. BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. p. 904 – 905.

ou ser condenado na nova persecução penal o que acarretaria uma restrição ao seu direito de locomoção pela pena imposta⁸¹⁹.

Aliás, dadas essas características do *habeas corpus* e do *bis in idem*, aquele mostrasse um instrumento eficiente e adequado para o reconhecimento e controle deste em qualquer fase ou estágio da persecução penal.

5.4 Reconhecimento e controle *ex officio*

Conforme explicado anteriormente, a exceção de litispendência deve ser oposta no prazo da defesa, conforme interpretação conjunta do art. 110, caput e do art. 108, caput, ambos do CPP. Todavia, como já adiantado no tópico referente ao recebimento da denúncia, por se tratar de questão de ordem pública (violação ao *ne bis in idem*) as partes poderão arguir a qualquer tempo a violação. Do mesmo modo, o juiz poderá reconhecer de ofício a violação, independentemente da alegação de qualquer uma das partes.

A explicação acima desencadeia duas conclusões importantes. A primeira refere-se à arguição da ocorrência de *ne bis in idem* por qualquer uma das partes, isto é, o Ministério Público e o querelante podem também requerer o reconhecimento e controle da coexistência de duas ou mais imputações idênticas. A segunda, é que o juiz poderá reconhecer e controlar o *bis in idem*, independentemente de provocação, evitando, assim, que o imputado seja submetido a ambas persecuções e sem que isso possa acarretar qualquer interferência na sua imparcialidade.

Embora referindo-se especificamente à litispendência, ESPÍNOLA FILHO já sinalizava que caso o juiz verifique, em qualquer fase em que se ache o processo, haver litispendência, porque é reprodução de outro, que, anteriormente, se instaurou em juízo competente, “não precisará de alegação das partes, para declarar a litispendência, por despacho nos autos, suspendendo o curso da ação penal e remetendo-os para o apensamento aos da outra ação”⁸²⁰. No mesmo sentido, o PL 8045/2010 no art. 14 estipula

⁸¹⁹ BADARÓ explica que diante das inovações trazidas pela Lei n. 12.403/2011 o *habeas corpus* é também meio adequado para atacar ilegalidade referente às medidas cautelares alternativas à prisão. “Seja no caso de decretação de medida alternativa à prisão, seja na hipótese de imposição de nova medida em cumulação com outra anteriormente imposta, ou mesmo nas situações de agravamento das condições de medida alternativa em cumprimento, por haver restrição da liberdade de locomoção, também será cabível o *habeas corpus*”. BADARÓ, Gustavo. p. 907.

⁸²⁰ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. Vol. 2. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. p. 296.

que o juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais.

Também MELLADO afirma que “en lo que respecta a la preservación del acusatorio, toda vez que posteriormente sean efectuadas nuevas referencias en lo tocante específicamente al derecho de defensa, deviene la libertad del Tribunal de apreciar de oficio tales circunstancias, aun cuando no sean alegadas”. O autor explica que essa liberdade de apreciação *ex officio* decorre de duas argumentações muito específicas, a primeira é que havendo alteração na tipificação o fato concreto continua o mesmo, e segundo porque o objeto do processo penal caracteriza-se pela sua indivisibilidade pois comporta um dever judicial de apuração e integração total e plena do fato, natural e jurídico.⁸²¹

Há interesse público em evitar que duas ou mais imputações tenham andamento concomitante, logo, o, magistrado, detectando a situação, deve extinguir um dos processos⁸²². NUCCI explica que havendo o reconhecimento *ex officio* da violação ao *bis in idem*, o juiz terminará o processo sem resolução de mérito sendo nesse caso o recurso cabível a apelação⁸²³.

No mesmo sentido, TORNAGHI explica que caso seja proposta nova ação penal pelo mesmo fato e contra a mesma pessoa sobre a qual já recaiu decisão, o juiz penal, em qualquer estagio ou grau do procedimento, deve trancar a ação penal subsequente sendo que “dicha sentencia, en casación, se presenta como anulación sin reenvío”⁸²⁴

O reconhecimento de ofício pode ser realizado pelo juiz da causa ou pelo tribunal sem que exista supressão de instancia caso este último efetue o reconhecimento e controle. Porém, em sentido contrário, o Superior Tribunal de Justiça em *habeas corpus* impetrado visando o reconhecimento e controle da ocorrência de “litispendência” negou em parte o

⁸²¹ MELLADO, José María Asencio. *Sistema Acusatorio y Derecho de Defensa en el Proceso Penal*. 1ª Ed. Lince: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, 2008. p. 116.

⁸²² “Para a escolha, levam-se em consideração os critérios da prevenção ou da distribuição. Assim, se um juiz tornou-se provento em primeiro lugar, porque decretou uma preventiva ainda na fase do inquérito, ele é o competente para processar o réu. Caso, não tenha havido motivo para a prevenção, utiliza-se o critério da distribuição, prevalecendo o juízo que preceder o outro”. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 11ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 305.

⁸²³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 13ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 301. Art. 593, II do CP: “Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: (...) II - das decisões definitivas, ou com força de definitivas, proferidas por juiz singular nos casos não previstos no Capítulo anterior”.

⁸²⁴ TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de Processo Penal. Vol. I*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 377.

pedido pois entendeu que o caso tratava de coisa julgada e não de litispendência já que a sentença do caso em análise já havia transitado em julgado. Como o tribunal de origem não havia se manifestado sobre a ocorrência de coisa julgada, o STJ determinou o envio dos autos ao tribunal de origem para que se manifeste sobre tal.⁸²⁵

Entendemos que o princípio *ne bis in idem* deve ser analisado sob o ângulo da dupla imputação e, embora existam diferenças práticas no controle das situações de violação antes e após o transito em julgado da sentença, é possível reconhecer a ocorrência de coisa julgada ainda que o pedido tenha sido de reconhecimento da litispendência.

O que o imputado pleiteia, tanto no caso da litispendência como da coisa julgada, é o reconhecimento de uma violação ao princípio *ne bis in idem* mediante a existência, simultânea ou sucessiva, de duas ou mais imputações idênticas. No caso mencionado acima, a análise do tribunal de origem recairá exatamente sobre o mesmo material apresentado pela parte para reconhecimento da litispendência, portanto, não há razão para não reconhecer de ofício a violação, caso ela esteja configurada.

Ainda que as particularidades de controle, antes e após o transito em julgado, impedissem o reconhecimento *ex officio* da violação, a decisão deveria, então, basear-se em tais diferenças. A mera impossibilidade de reconhecimento com base no risco de uma “supressão de instância” não justifica a manutenção do acusado – por mais um período até o retorno dos autos ao tribunal de origem e seu novo julgamento – em situação caracterizadora de *bis in idem*.

Por outro lado, o mesmo STJ já reconheceu que, embora a utilização de *habeas corpus* substitutivo, quando cabível o recurso próprio, implica no não-conhecimento da impetração, caso se verifique a configuração de flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, será recomendada a concessão da ordem de ofício⁸²⁶. E mais, tratando-se a segunda persecução penal de verdadeiro caso de *nulidade absoluta* pela sua gravidade flagrante e pelo manifesto prejuízo que sua permanência acarreta, o vício atinge

⁸²⁵ STJ, HC nº 16.038/RJ, 6ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 21.06.2001.

⁸²⁶ “Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de *habeas corpus* substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício” STJ, HC nº 297.482/CE, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 12.05.2015.

o próprio interesse público de correta aplicação do direito de modo que, “percebida a irregularidade, o próprio juiz, de ofício, deve decretar a invalidade”⁸²⁷.

O reconhecimento de ofício não é mecanismo privativo das imputações em sentido estrito, também na fase investigatória pode o juiz encarregado do feito reconhecer *ex officio* a violação ao princípio *ne bis in idem*. É o caso, por exemplo, de um mandado de busca e apreensão requerido por fato exatamente igual a outro sobre o qual acabou de ser oferecida denúncia, perante o mesmo juiz.

É certo que, sobre as imputações em sentido amplo é ainda mais difícil a possibilidade de reconhecimento de ofício porque o juiz pode não estar ciente da duplicidade de imputação se não for provocado pelas partes. Mas caso a autoridade judicial tome conhecimento de tal fato, poderá de ofício reconhecer a violação e controla-la de modo a que apenas a persecução originária permanece em trâmite.

5.5 *Ne bis in idem* x *favor rei*

O princípio *favor rei*, de acordo com BETTIOL é o princípio base de toda a legislação processual de um Estado, inspirado na sua vida política e no seu ordenamento jurídico por um critério superior de liberdade, o *favor rei* deve constituir um princípio inspirador da interpretação⁸²⁸. Isso significa que, “no conflito entre *ius puniendi* do Estado por um lado e o *jus libertatis* do arguido por outro, a balança deve inclinar-se a favor deste último se se quer assistir ao triunfo da liberdade”⁸²⁹.

O *favor rei* é um princípio inspirador de carácter geral que deve encontrar manifestações concretas nas normas jurídicas particulares⁸³⁰. No processo penal, várias são as disposições que consagram o princípio do *favor innocentiae*, *favor libertatis* ou *favor*

⁸²⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 10ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 22.

⁸²⁸ “Não há, efetivamente, Estado autenticamente livre e democrático em que tal princípio não encontre acolhimento. É uma constatação das articulações jurídicas de semelhante Estado um particular empenho no reconhecimento da liberdade e autonomia da pessoa humana”. BETTIOL, Giuseppe. *Instituições de direito e de processo penal*. Tradução de Manuel da Costa Andrade. Coimbra: Coimbra Editora LDA, 1974. p. 295.

⁸²⁹ “O juiz não pode, efetivamente, ser *agnóstico* em relação às opções que se lhe deparam em sede de interpretação. Ele vive e opera num determinado clima político constitucional em que a pessoa humana representa o valor supremo; e é a posição desta que o juiz é chamado a escolher entre duas interpretações antitéticas de uma norma legal”. BETTIOL, Giuseppe. *Instituições de direito e de processo penal*. Tradução de Manuel da Costa Andrade. Coimbra: Coimbra Editora LDA, 1974. p. 295-296.

⁸³⁰ BETTIOL, Giuseppe. *Instituições de direito e de processo penal*. Tradução de Manuel da Costa Andrade. Coimbra: Coimbra Editora LDA, 1974. p. 296.

rei. Assim, a proibição da *reformatio in pejus*, os recursos privativos da defesa, a revisão criminal como direito exclusivo do réu, o direito de permanecer em silêncio que não pode ser interpretado em prejuízo da defesa e, por fim, como coroamento desse princípio, o da *presunção de inocência*⁸³¹.

Tomando esse princípio por base, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a condenação anterior deve ser anulada caso se verifique que nela fora imposta pena maior do que a fixada posteriormente. No caso, foram contempladas duas decisões, transitadas em julgado, condenando o agente pela prática de um único crime, a primeira proferida por juízo estadual absolutamente incompetente e a segunda proferida pelo juízo federal constitucionalmente competente. Porém, a fundamentação do STJ alicerçou-se no *favor rei*, entendendo o tribunal que deveria subsistir a menor pena imposta ao acusado, independentemente, de tratar-se de pena imposta da primeira persecução ou na segunda.⁸³²

Embora o caso mencionado seja extremamente peculiar pois além de tratar-se de violação ao princípio *ne bis in idem* após o trânsito em julgado das sentenças – coisa julgada - contém também julgamento por tribunal incompetente, entendemos que a solução conferida ao caso não é adequada. O princípio *ne bis in idem* representa, de fato, uma proteção conferida ao acusado para que ele não seja submetido a diversos julgamentos pelo mesmo fato. Contudo, o princípio é também parte constitutiva do devido processo penal de modo que sua obediência confere legitimidade ao processo e, conseqüentemente, à decisão nele proferida.

Se não é possível submeter o mesmo indivíduo a múltiplas persecuções penais pela mesma imputação, conseqüentemente, todas as persecuções instauradas após a primeira contém vícios pois representam violação ao princípio *ne bis in idem*. Assim, ainda que a pena imposta na segunda persecução seja mais benéfica, não merece ela subsistir já que é imperativo reconhecer sua nulidade.

A segunda persecução é, desde o seu nascimento, nula e, portanto, não é possível “escolher” entre todas as persecuções idênticas, qual é a mais benéfica para o acusado. Não se trata sequer de um sopesamento de princípios neste caso pois a nulidade das persecuções subsequentes antecede essa análise principiológica. Nesse ponto, interessante a reflexão de FERRAJOLI que apresenta uma opinião peculiar acerca do *favor rei* pois o reconhece

⁸³¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. Vol. 1. 34ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 95-96.

⁸³² STJ, HC nº 297.482/CE, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 12.05.2015.

como critério inspirador do poder de conotação, prevendo como figura tipicamente equitativa somente as circunstâncias atenuantes genéricas. Essa previsão, explica o autor, “não apenas contradiz o modelo de direito penal mínimo mas humilha a função do juiz, ao não lhe consentir valorar plenamente a possível falta de qualquer gravidade do caso concreto”.⁸³³

Além disso, abrir essa possibilidade de “escolha” é conceder ao acusado a possibilidade de “apostar” em duas persecuções penais para, ao final, escolher aquela em que a pena imposta foi menor. O indivíduo pode, portanto, optar por deixar as duas persecuções tramitarem, apresentando defesa e produzindo prova em ambas, objetivando a decretação de sentenças diversas, pode ser o caso de penas distintas ou, ainda, uma de condenação e outra de absolvição.

Todo e qualquer princípio, regra ou garantia processual penal convertida em instrumento de manipulação por parte do acusado e/ou seu defensor, perde sua essência e sua razão de ser, não é diferente com o *ne bis in idem*. Conforme já estabelecido nos capítulos anteriores, o princípio *ne bis in idem* deve orientar o sistema processual penal.

Trata-se de uma disposição contida em diplomas internacionais assinados e ratificados pelo Brasil e, portanto, possui, ao menos hierarquia supralegal. Ao tratar dos preceitos constitucionais com relevância processual como norma de garantia, há também que incluir aqueles inseridos nesses diplomas internacionais. Os mencionados preceitos são colocados como garantia das partes e do próprio processo.

Da ideia individualista das garantias constitucionais-processuais, na ótica exclusiva de direitos subjetivos das partes, passou-se, ao enfoque das garantias do *devido processo legal* como sendo qualidade do próprio processo, objetivamente considerado, e fator legitimante do exercício da função jurisdicional⁸³⁴. Como já adiantado no capítulo 1, o *ne bis in idem* integra o devido processo legal e nele tem também seu fundamento, portanto, sua violação importa sempre violação a preceitos maiores, relativos à observância dos direitos fundamentais, mas também de ordem pública⁸³⁵.

⁸³³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. SICA, Ana Paula Zomer; CHOUKR, Fauzi Hassan; TAVARES, Juarez; GOMES, Luiz Flávio. 3ª Ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 158.

⁸³⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 10ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 25.

⁸³⁵ “Quanto à nulidade, resta saber se o ato praticado contra a Constituição somente pode implicar nulidade absoluta ou se poderia eventualmente cogitar-se de nulidade relativa. A diferença entre as duas categorias

Assim, tratando-se de imputações penais idênticas e simultâneas, reconhecida a violação, o controle deve consistir na subsistência apenas da primeira. Nesse ponto, não deve ser analisado se na segunda há uma tipificação de crime cuja pena é menor ou se está sendo mais benéfica do que a primeira para o réu. A segunda persecução é nula e, como tal, não pode subsistir em detrimento da primeira, ainda que seja mais benéfica para o réu⁸³⁶. Trata-se do descumprimento de um preceito maior que mesmo quando aparentemente posta em benefício da parte, visa em primeiro lugar ao interesse público na condução do processo segundo as regras do devido processo legal⁸³⁷.

Não se pode negar, contudo, que a depender do estágio da segunda persecução penal, nela já terão sido praticados atos que podem ser aproveitados na persecução originária, uma vez que se trata da mesma imputação. Não haveria sentido submeter as partes, novamente, à prática de tais atos. Ademais, a atividade processual deve ser orientada pela *economia processual* e pela *instrumentalidade de formas* as quais permitem que “a *técnica processual* seja flexibilizada de maneira a não colocar entraves inúteis ao atingimento da solução da controvérsia”⁸³⁸.

Sendo assim, mesmo após a decretação de nulidade da segunda persecução penal, é possível o aproveitamento dos atos já realizados nela, desde que, não acarretem prejuízo à defesa. Nesse caso, em lugar da invalidação desses atos que podem ser aproveitados, ocorrerá a sua *convalidação*, embora tenham sido praticados num contexto de desconformidade com preceitos fundamentais⁸³⁹. Essa análise acerca do aproveitamento

está em saber se a observância da forma do ato jurídico visa a preservar interesses de ordem pública no processo, impondo que o próprio juiz seja o primeiro guardião de sua observância, ou não”. GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 10ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 26.

⁸³⁶ Seguindo a lição de GRINOVER, FERNANDES e GOMES FILHO, a persecução não poderia ser considerada inexistente pois nesse caso representaria verdadeiro *não-ato* em relação ao qual não se cogita de invalidação, pois a inexistência constitui um problema que antecede a qualquer consideração sobre a validade. Por outro lado, os *atos nulos* são aqueles em que a falta de adequação ao tipo legal pode levar ao reconhecimento de sua inaptidão para produzir efeitos no mundo jurídico. GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 10ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 20.

⁸³⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 10ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 27.

⁸³⁸ “Essa postura, entretanto, jamais pode indicar o sacrifício da defesa, no processo penal, em que as formalidades devem sempre ser observadas, quando tenham dimensão de garantia”. GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 10ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 36.

⁸³⁹ O ordenamento jurídico, ao mesmo tempo que prevê hipóteses de aplicação da sanção de nulidade para os atos praticados irregularmente, também estabelece remédios pelos quais será possível aproveitar-se atividade processual atípica. GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 10ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 36.

dos atos devem ser realizada pela autoridade judicial que reconhecer a violação, como parte de seu controle⁸⁴⁰.

Como critério prático, especificamente sobre a litispendência, NUCCI explica que reconhecida a violação ao *ne bis in idem*, a escolha sobre qual ação deve prevalecer recai sobre os critérios da prevenção e da distribuição. Se um juiz tornou-se “prevento em primeiro lugar, porque decretou uma preventiva ainda na fase do inquérito, ele é o competente para processar o réu”. Caso não tenha havido motivo para a prevenção, prevalece o juízo que preceder a outro na distribuição⁸⁴¹. No caso das imputações em sentido amplo entendemos que deve subsistir a investigação na qual houve a manifestação da imputação primeiro.

⁸⁴⁰ Nesse ponto, cumpre trazer a lição de FERRAJOLI sobre legalidade e equidade, explica ele, remetendo-se a Aristóteles que “a equidade serviria, assim, para preencher a distância entre a abstração do pressuposto típico legal e a concretização do caso em julgamento”. Em todos os casos a equidade está acreditada como fonte de direito alternativa à legalidade, ou bem como instrumento mais ou menos excepcional de interpretação e de integração da lei. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. SICA, Ana Paula Zomer; CHOUKR, Fauzi Hassan; TAVARES, Juarez; GOMES, Luiz Flávio. 3ª Ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 150.

⁸⁴¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 13ªEd. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 301.

Conclusão

O *ne bis in idem* é um princípio orientador do processo penal segundo o qual o mesmo indivíduo não pode ser sancionado ou processado mais de uma vez pelo mesmo fato. Tal princípio, embora não esteja expressamente previsto constitucional ou legalmente no ordenamento jurídico brasileiro, deve ser respeitado pois é parte integrante do devido processo legal.

O *ne bis in idem* possui uma manifestação material, referente à multiplicidade de sanções sobre o mesmo indivíduo e pelo mesmo fato e uma manifestação processual relacionada à multiplicidade de persecuções penais idênticas, sejam elas simultâneas ou sucessivas.

A delimitação do objeto do processo penal é uma premissa necessária para o estudo do *ne bis in idem* pois refere-se ao conteúdo sobre o qual recai a apreciação judicial e é dele que se extrai o âmbito de incidência do princípio. O objeto do processo penal é a pretensão acusatória, entendida como o pleito perante as autoridades judiciárias requerendo um pronunciamento jurídico oficial acerca do retrato material apresentado em juízo.

A pretensão acusatória, porém, restringe-se à fase processual da persecução, pelo que o *ne bis in idem* não pode recair sobre acusações idênticas, caso contrário, estar-se-ia restringindo a aplicação do princípio apenas à fase processual.

A imputação, por outro lado, considerada como o juízo de atribuição de um fato qualificado jurídico-penalmente a um determinado indivíduo, existe desde a fase investigatória, trata-se da imputação em sentido amplo. A imputação em sentido estrito nasce na fase processual e está portanto contida na acusação formal, manifestada através de denúncia ou queixa.

Ambas espécies de imputação contém três elementos constitutivos, o fato concreto, sua qualificação jurídico-penal e o indivíduo determinado a quem é atribuída tal conduta. Para fins de reconhecimento e controle é necessário, também, identificar o sujeito ativo da imputação, isto é, aquele que manifesta o juízo de atribuição da conduta delituosa. Isso porque o pedido de reconhecimento e controle de eventual violação ao *ne bis in idem* é dirigido ao sujeito ativo.

A imputação, como juízo que é, tem caráter progressivo, parte de uma possibilidade, torna-se uma probabilidade para, ao final do processo, ser confirmado ou negado. Assim, a imputação em sentido estrito, manifestada na fase processual deve, ao menos em teoria, estar assentada em elementos robustos de convicção para fornecer a necessária justa causa para a ação penal. Contudo, isso não significa que não exista, já na fase investigatória, também um juízo de imputação. Ocorre que, esse juízo é ainda preliminar e será progressivamente delineado.

A ocorrência de violação ao *ne bis in idem* depende, portanto, da identidade de imputações, qualquer que seja a modalidade de sua manifestação, simultânea ou sucessiva. Assim, para identificar a ocorrência de *bis in idem* é necessário analisar e comparar os elementos das imputações. Tal análise comparativa não deve recair sobre os elementos da ação (pedido, causa de pedir e partes), como comumente se afirma por haver-se emprestado para o processo penal o raciocínio da litispendência própria do processo civil.

A identificação da imputação levará em conta o momento, o veículo, a fase da persecução e o sujeito da sua manifestação. A imputação em sentido amplo pode ser manifestada por diversos veículos já na fase investigatória, é o caso do indiciamento, da imposição de medidas cautelares ou da autorização de meios de obtenção de prova que acarretem restrição aos direitos fundamentais do indivíduo alvo de tal medida. Aliás, a multiplicidade de imputações pode ocorrer, inclusive, entre diversas espécies de investigação.

A imputação em sentido amplo não está restrita ao inquérito policial, sua identificação e comparação deve também levar em conta os procedimentos investigatórios conduzidos pelo Ministério Público e as Comissões Parlamentares de Inquérito. Estas últimas embora não sejam espécie de investigação penal, fato é que durante a apuração do fato determinado que deu ensejo à CPI, pode haver notícia ou elementos probatórios relacionados a uma conduta delituosa. Nesses casos, o exercício dos seus poderes de investigação ou mesmo o requerimento de medidas sujeitas a autorização judicial, com base nas condutas delituosas, constituem manifestação do juízo de imputação penal.

Na fase processual, o veículo de manifestação da imputação é bem definido, trata-se da peça acusatória. Contudo, alguns problemas práticos podem surgir ao comparar imputações nessa fase da persecução, uma vez que embora exista a possibilidade de aditamento da denúncia ou queixa e, posteriormente as hipóteses de *emendatio libelli* e

mutatio libelli, é, geralmente, sobre o fato processual apresentado na peça acusatória que recairá a apreciação judicial.

Assim, casos envolvendo imputações sobre concurso de crimes, crime permanente, crime habitual, tentativa e consumação, autoria e participação, devem ser cuidadosamente analisados. A mera alteração sobre a classificação jurídica do caso concreto não possibilita a instauração de uma nova persecução, sucessiva ou simultânea, pois na sua essência se trata da mesma imputação.

Nesse sentido já existe vasta jurisprudência reconhecendo a impossibilidade de novo julgamento pelo mesmo fato mas com distinta qualificação jurídico-penal. Tampouco pode o indivíduo ser submetido a duas persecuções penais sobre o mesmo fato utilizando-se o argumento de que em uma ele é considerado coautor da conduta e na outra partícipe.

É nesse ponto que se revela importante o reconhecimento do caráter progressivo da imputação, essas divergências de qualificação jurídica são inerentes ao progressivo aperfeiçoamento da imputação. Um determinado crime pode parecer tentado em fase de investigação e, após a colheita de elementos probatórios e/ou a efetiva produção de provas, mostra-se, na realidade, como um fato consumado.

O mesmo se dá com relação ao concurso de agentes. Argumentar que tais casos não violam o princípio *ne bis in idem* é permitir que sejam instauradas quantas persecuções penais quantos sejam os tipos penais possíveis de classificação do fato. Fato é, que a duplicidade de imputações simultâneas deve ser reconhecida e controlada, desde a fase de investigação.

Se já é possível identificar duas ou mais imputações como idênticas, o imputado deve poder requerer o reconhecimento da violação ao *ne bis in idem* e o seu respectivo controle. Para tanto, é imprescindível entender que mesmo na fase de investigação o indivíduo deve poder exercer seu direito de defesa⁸⁴².

Nessa etapa preliminar da persecução penal, o exercício do direito de defesa, “manifesta-se pelo exercício dos direitos assegurados ao imputado: direito de ter ciência da

⁸⁴² FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 104.

imputação; direito de ser ouvido sobre a imputação; direito de, após a imputação, ter conhecimento das investigações; direito de realizar ou requerer diligências”⁸⁴³.

Esse reconhecimento, é certo, deve obedecer os critérios estabelecidos ao longo do trabalho, de modo a compatibilizar o interesse do Estado na *persecutio criminis* com a proteção dos direitos fundamentais do imputado, concedendo-lhe um verdadeiro tratamento como sujeito de direitos e não com mero objeto⁸⁴⁴.

Não havendo, até o momento, instrumento próprio para o requerimento desse reconhecimento e controle, na fase investigatória, o *habeas corpus* mostra-se útil para tal finalidade pois a violação acarreta, sem dúvida, um iminente risco de restrição à liberdade do indivíduo.

Contudo, havendo limitação probatória no âmbito do *habeas corpus* e, levando em conta que o juízo manifestado na fase de investigação está ainda em progresso, a identidade de imputações deve ser explícita e o *habeas corpus* deve ser instruído com todos os documentos e informações necessárias para demonstrar a explícita violação ao *ne bis idem*.

Também, conforme explicado no último capítulo, a possibilidade de impetração de *habeas corpus* não obsta a elaboração de petição à autoridade competente, sujeito ativo da imputação manifestada, informando e demonstrando a ocorrência de *bis in idem* e requerendo seu reconhecimento e controle.

Na fase processual, pode ser oposta exceção de litispendência que correrá em apartado embora não suspenda o processo principal. Contudo, nada obsta que, tomando ciência do oferecimento de denúncia contra si com base em uma imputação que já está contida em outra persecução penal, o indivíduo apresente petição ao órgão de acusação com a devida explicação e documentação suporte objetivando o reconhecimento e controle da violação ao *ne bis in idem*.

O *habeas corpus* pode também ser utilizado na fase processual para requerer o reconhecimento e controle de eventual violação ao *ne bis in idem*. Além disso, por tratar-se de matéria de ordem pública, inerente ao conceito de devido processo legal, a coexistência

⁸⁴³ FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 130.

⁸⁴⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. Qualidade do Inquérito Policial. In *Polícia e investigação no Brasil*. Coord. AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; VASCONCELOS, Eneas Romero de; LERNER, Daniel Joséf. Brasília: Gazeta Jurídica EDPAL, 2016. p. 162.

de duas imputações idênticas pode ser reconhecida de ofício pelo juiz ou tribunal em qualquer estágio da persecução penal.

Contudo, qualquer que seja a forma utilizada para o reconhecimento e controle da violação, deve ela ater-se à ordem em que foram manifestadas as imputações. Trata-se de manter o respeito à proibição de dupla imputação em persecuções penais simultâneas de modo que se houver uma nova manifestação da imputação já pre-existente, aquela será nula pois esta impede seu nascimento e continuação. Sendo caso de nulidade absoluta por violação a preceito superior, não há que se cogitar em interpretação favorável ao réu para “escolher” a persecução que deve subsistir.

Colocar à disposição do imputado e sua defesa a escolha sobre qual persecução deve subsistir por entenderem ser mais benéfica é tratar um princípio que deve nortear o processo penal em instrumento de manipulação do ordenamento jurídico processual penal pelo réu. Não se trata de proteger o imputado da imposição de uma sanção ou de uma sanção grave, o *ne bis in idem* estabelece a necessidade de submeter o indivíduo uma única vez a persecução penal por determinado fato. Se a primeira ou a terceira persecuções mostram-se mais favoráveis ao indivíduo, não cabe analisar já que apenas a primeira deve subsistir.

O que se pretendeu no trabalho não foi esgotar toda e qualquer situação peculiar de reconhecimento de violação ao *ne bis in idem*. Procurou-se, de maneira geral, estabelecer premissas e diretrizes, as quais em seu conjunto, procuram assegurar o devido processo penal através da vedação à coexistência de imputações idênticas e simultâneas pois elas caracterizam flagrante violação ao princípio *ne bis in idem*.

Houve, ainda, uma preocupação na seleção dos conceitos submetidos à análise de modo a permitir a mais ampla e irrestrita incidência do princípio sem, contudo, transformá-lo em instrumento de manipulação por parte do imputado para preservar a legitimidade da persecução penal no direito processual penal brasileiro.

Bibliografia

AGUIAR, Joaquim Luís Mendes de; RIBEIRO, Roberto Gomes. *Gramáticas Latinas*. 3ª Ed. São Paulo, 1925.

ALBUQUERQUE, Francisco Manoel Xavier de. *Aspectos da conexão*. Tese de concurso à cadeira de Direito Judiciário Penal da Faculdade de Direito do Amazonas. Manaus, 1956.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 4ª Ed. 2ª Tir. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

ALMEIDA JUNIOR, João Mendes. *O processo criminal brasileiro*. Vol. 2. 2ª Ed. São Paulo: Typ. Aillaud, Alves & Cia, 1911.

ALVIM, Arruda. *Ensaio sobre a Litispendência no direito processual civil*. Vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

ANSELMO, Márcio Adriano. Indiciamento: Fundamentação e Efeitos. *In Investigação Criminal pela Polícia Judiciária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 26ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

AROCA, Juan Montero; COLOMER, Juan Luis Gómez; REDONDO, Alberto Montón; VILAR, Silvia Barona. *Derecho Jurisdiccional III*. 18ª Ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Limites aos poderes investigatórios das comissões parlamentares de inquérito*. Boletim do IBCCRIM n. 83, Esp. Out. 1999.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença*. 3ª Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BADARÓ, Gustavo. O valor probatório do inquérito policial. In *Polícia e investigação no Brasil*. Coord. AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; VASCONCELOS, Eneas Romero de. Brasília: Gazeta Jurídica EDPA, 2016.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3ª Ed. Rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BADARÓ, Gustavo. O valor probatório do inquérito policial. In *Polícia e investigação no Brasil*. Coord. AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; VASCONCELOS, Eneas Romero de. Brasília: Gazeta Jurídica EDPA, 2016.

BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. *El principio non bis in idem*. Madrid: Dykinson, 2004.

BARRETTO, Arthur Felipe Azevedo. *A quebra do sigilo de dados como meio de obtenção de prova no processo penal: eficiência e garantismo*. Dissertação de Mestrado. Orientador: Professor Titular Antonio Scarance Fernandes. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2017.

BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. 3ª Ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BATTAGLINI, Giulio. *L'interruzione della prescrizione e la questione dell'identità del fatto*. Rivista Italiana di Diritto Penale, 1932.

BEDAQUE, José dos Santos. *Direito e Processo*. 6ª Ed. Rev. e Ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

BELING, Ernest. *Derecho Procesal Penal*. Trad. de Ricardo C. Nuñez. Córdoba: Imprenta de la Universidad, 1943.

BENE, Tereza. *Reato permanente e modifica dell'imputazione*. Il foro italiano. Nov. 1995.

- BERTELOTTI, Mariano. El principio *ne bis in idem* desde una perspectiva histórico-comparada. In: HENDLER, Edmundo S. (Coord). *Las garantías penales y procesales: Enfoque histórico-comparado*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001.
- BERTOLINO, Pedro J. *El debido proceso penal*. 2ª Ed. Buenos Aires: Platense, 2011.
- BETTI, Emilio. Ragione e azione. In *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1932.
- BETTIOL, Giuseppe. *La correlazione fra accusa e sentenza nel processo penale*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1936.
- BETTIOL, Giuseppe. *Instituições de direito e de processo penal*. Tradução de Manuel da Costa Andrade. Coimbra: Coimbra Editora LDA, 1974.
- BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal. Vol. 2* Tradução de Paulo José da Costa Júnior e Alberto da Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte I*. 13ª Ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BUSATO, Paulo César. As inovações da Lei 12.850/2013 e a atividade policial. In *Polícia e investigação no Brasil*. Coord. AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; VASCONCELOS, Eneas Romero de; LERNER, Daniel Joséf. Brasília: Gazeta Jurídica EDPAL, 2016.
- CABIEDES, Eduardo Gutierrez de. *Estudio de Derecho Procesal*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1974.
- CALAMANDREI, Piero. Il concetto di “lite” nel pensiero di Francesco Carnelutti. In *Rivista di Diritto Processuale*. Vol. 5, parte 1, 1928.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª Ed. 9ª Reimp. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPELA, Fábio. *Correlação entre acusação e sentença*. Curitiba: Juruá, 2008.
- CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el proceso penal*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.

CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal. Vol I.* Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Bosch y Cia, 1950.

CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal. Vol IV.* Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Bosch y Cia, 1950.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil. Vol. I.* Tradução de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Uteha, 1944.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Indispensabilidade do Inquérito Policial. *In Investigação Criminal pela Polícia Judiciária.* 2ª Tir. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016.

CAVALLO, Vincenzo. *La sentenza penale.* Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1936.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil. Vol. I.* Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 2012.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal.* 2ª Ed. Rev, atual e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo.* 26ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. Inquérito Policial e a investigação dos fatos que antecede a ação penal no ordenamento jurídico instaurado pela Constituição de 1998. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v.5, n. 19, jul/set. 1997.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A Lide e o conteúdo do processo penal.* Curitiba: Editora Juruá, 1989.

CRESCI SOBRINHO, Elício de. *Objeto litigioso de Lent a Habscheid e Jauernig.* In *Revista Brasileira de Direito Processual.* V. 19. Ano V. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. *A proibição de dupla persecução penal (ne bis in idem): limites no direito brasileiro.* Tese de Doutorado. Orientador: Professor Doutor

Antônio Magalhães Gomes Filho. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. 3ª Ed. Rev., Atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. 1ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: parte geral. Vol. 1*. 2ª Ed. São Paulo: Coimbra Editora, 2007.

DÍAZ CANTÓN, Fernando. *La ilegitimidad de una tradicional excepción a la garantía ne bis in idem y otros problemas*. Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal, Buenos Aires, Vol. 6, 10A, p.19-50, 2000.

DINAMARCO, Cândido Range. *O conceito de mérito em processo civil*. In Fundamentos do Processo Civil Moderno. Vol. I. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

DOMÍNGUEZ, Valentín Cortéz. *La cosa juzgada penal*. Boloni: Publicaciones del Real Colegio de España, 1975.

DOMINIONI, Oreste. Imputazione (diritto processuale penal). In *Enciclopedia del diritto*, v. 20, p. 818-838. Milano: Giuffrè, 1970.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1977.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado. Vol. 1*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado. Vol. 2*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

ESTELLITA, Heloisa. Dos crimes contra a paz pública. *In Código Penal Comentado*. Coord. Miguel Reale Junior. São Paulo: Saraiva, 2017.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. 8ª Ed. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 7ª Ed. Rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*". São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERNANDES, Antonio Scarance. A correlação entre imputação e sentença no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 84, v. 18, 2010.

FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide. *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. SICA, Ana Paula Zomer; CHOUKR, Fauzi Hassan; TAVARES, Juarez; GOMES, Luiz Flávio. 3ª Ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, v. 88, p. 439-459, jan.1993.

FERREIRA, Manuel Marques. *Da alteração dos factos objecto do processo penal*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Coimbra. Vol. 1, n. 2, p. 221-239, abr./jun., 1991.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: a nova parte geral*. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

FRANCO, Alberto Silva. STOCO, Rui (Coord). *Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial*. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GIACOMOLLI, Nereu José. Qualidade do Inquérito Policial. In *Polícia e investigação no Brasil*. Coord. AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; VASCONCELOS, Eneas Romero de; LERNER, Daniel Joséf. Brasília: Gazeta Jurídica EDPAL, 2016.

GIOVENE, Ambra. *Ne bis in idem*. In: *Giudicato. DIGESTO delle Discipline Penalistiche*. V. 5. 4ª Ed. Torino: UTET, 2006.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de Inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. 2ª Ed. Rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 4ª Ed. Rev., atual. e ampl. Niterói: Impetus, 2010.

GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 7ª Ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRIECO, Antonio. In tema di correlazione tra accusa e sentenza. *La giustizia penale*. Parte. III, 1952.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Coisa Julgada Penal*. In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de (Org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Dias de Figueiredo Dias - volume III*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As condições da ação penal*. In: *Doutrinas Essenciais: Direito Penal e Processo Penal. Processo Penal I*. Vol. 6. BADARÓ, Gustavo Henrique. (Org). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 10ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil. Tomo I*. 4ª Ed. Madrid: Civitas, 1998.

HERMIDA, Ágata Maria Sanz. *Aplicación transnacional de la prohibición del bis in idem en la Unión Europea*. In: Revista Penal, nº 21, Enero, 2008.

HOFFMAN, Henrique; MACHADO, Leonardo Marcondes; ANSELMO, Márcio Adriano; GOMES, Rodrigo Carneiro; BARBOSA, Ruchester Marreiros. *Investigação Criminal pela Polícia Judiciária*. 2ª Tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. 1. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O princípio do ne bis in idem no direito penal internacional*. Revista da Faculdade de Direito de Campos. Ano IV, n. 4 e 5, 2003/2004.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 9ª Ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

LEITE, Luciano Marques. *O conceito de lide no processo penal – um tema de teoria geral do processo*. In *Justicia*. Vol. 70, jul-set., 1970.

LEMOS, Raphael Abs Musa de. *Aproveitamento da prova obtida pela CPI no processo penal*. 1ª Ed. Limeira: Editora do Conhecimento, 2016.

LENT, Friedrich. *Diritto processuale civile tedesco. Parte Prima*. Traduzione di Edoardo F. Ricci. Napoli: Morano Editore, 1962.

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

LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1963.

LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Vol. III. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1963.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos Sobre o Processo Civil Brasileiro*, com notas de Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Bushatsky, 1976.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença: e outros escritos sobre a coisa julgada*. Tradução de Alfredo Buzaid. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manual de Direito Processual Civil*. Tradução e notas de Cândido R. Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LOBO, Helena Regina da Costa. *Ne bis in idem e Lei Anticorrupção: sobre os limites para a imposição de sanção pelo Estado*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais: RFCC, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 73-90.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da legalidade penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JR., Aury. Desconstruindo a teoria da pretensão punitiva de Binding enquanto objeto do processo penal. In *Ensaio em homenagem ao Professor Alberto Rufino Rodrigues de Sousa*. Ney Fayet Júnior (Org.). Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003.

MAIA, Rodolfo Tigre. *O princípio do ne bis in idem e a Constituição Brasileira de 1988*. Boletim Científico. ESMPU, Brasília, a.4 – n. 16. jul/set. 2005.

MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal I: fundamentos*. 2ª Ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004.

MAIER, Julio B. J. Acusación alternativa o subsidiaria. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Buenos Aires, v. 3, 4/5, p. 621-634., 1997.

MAIER, Julio B. J. *Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple (ne bis in ídem)*. In: *Doctrina Penal: Teoría y práctica en las ciencias penales*. Buenos Aires, v. 9, 33/36, p. 415-461, 1986.

MAIER, Julio B. J., *Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple (ne bis in idem)*. In: *El proceso penal contemporáneo*. Coord. Julio Maier. Lima: Palestra Editores, 2008. p. 414.

MAIER, Julio B. J. *La Investigación penal preparatoria del Ministério Público*. Buenos Aires: Lerner, 1975.

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

MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto processuale penale italiano. Vol. IV. 6ª Ed.* Torino: Editrice Torinese, 1972.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil. Vol. II. 4ª Ed.* Rio de Janeiro: Forense, 1971.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal. Vol. I. 3ª atualização.* Campinas: Millennium, 2009.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal. Vol. II. 3ª atualização.* Campinas: Millennium, 2009.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal. Vol. III. 3ª atualização.* Campinas: Millennium, 2009.

MCMAHON, Marilyn. *Retrials of persons acquitted of indictable offences in England and Australia: exceptions to the rule against double jeopardy.* Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/263084072_Retrials_of_Persons_Acquitted_of_Indictable_Offences_in_England_and_Australia_Exceptions_to_the_Rule_Against_Double_Jeopardy Acesso em 12.12.2017.

MELLADO, José María Asencio. *Sistema Acusatorio y Derecho de Defensa en el Proceso Penal.* 1ª Ed. Lince: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, 2008.

MENDES, Anderson Cortez. *A modificação dos elementos objetivos da demanda: uma proposta de regramento.* Revista da Academia Brasileira de Direito. Vol. 7, jan/jul 2015. p. 31-67.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. (Coord). *Curso de direito constitucional.* 4ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEZEI, Péter. *Double Jeopardy in a Global Context: a Comparative Analysis of the Right not to be Tried or Punished Twice for the Same Criminal Offense.* Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/264397500>. Acesso em 10.04.2017.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal.* 18ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MORAES, Maurício Zanoide de. Interceptação Telefônica. In *Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial*. Vol. 1. FRANCO, Alberto Silva. STOCO, Rui (Coord). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MOSTAZO, Antonio Jiménez. RODRÍGUEZ, Pedro Alvarado. Ne bis in idem, un principio constitucional de creación jurisprudencial (III). *Formulación Constitucional*. Anuario de la Facultad de Derecho, vol. XXIII, 2005, 349-363. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1390191>. Acesso em: 14.03.2016.

MOURA, Maria Thereza de Assis. *Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MUÑOZ, José Clares. *Ne bis in idem y derecho penal. Definición, patologia y contrários*. Murcia: Editorial DM, 2006.

LORENTE, José Muñoz. *La nueva configuración del principio non bis in idem: las sanciones administrativas como límite a la intervención de la jurisdicción penal*. Madrid: Ecoiuris, 2001.

NAVARRETE, Antonio María Lorca. *Derecho Procesal Penal*. 2ª Ed. Madrid: Tecnos, 1988.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 6ª Ed. Rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 11ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 13ªEd. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUVOLONE, Pietro. *Contributo ala teoria della sentenza istrutória penal*. Padova: Cedam, 1969.

OLIVEIRA, Gilberto Callado de. *O conceito de acusação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

- PASCHOAL, Janaína Conceição. Concurso de pessoas. *In Código Penal Comentado*. Coord. Miguel Reale Junior. São Paulo: Saraiva, 2017.
- PITOMBO, Cleunice A. Valentin Bastos. *Da busca e da apreensão no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p.115.
- PITOMBO, Sérgio M. Moraes. *Inquérito Policial: novas tendências*. Belém: CEJUP, 1987.
- POZZER, Benedito Roberto Garcia. *Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2001.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro, volume I: parte geral, arts. 1º a 120*. 12ª Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- RANGEL, Paulo. *A coisa julgada no processo penal brasileiro como instrumento de garantia*. São Paulo: Atlas, 2012.
- RANGEL, Paulo. *Investigação Criminal Direta pelo Ministério Público Visão Crítica*. 5ª Ed. Rev. e Atual. São Paulo: Editora Atlas, 2016.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1979.
- REALE JÚNIOR, Miguel. Ilícito administrativo e o *ius puniendi* geral. In: PRADO, Luiz Regis (coord). *Direito Penal contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- REALE JÚNIOR, Miguel. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- REDONDO, Alberto Montón. El procedimiento preliminar (La instrucción). *In Derecho Jurisdiccional III*. Coord. AROCA, Juan Montero; COLOMER, Juan Luis Gómez; REDONDO, Alberto Montón; VILAR, Silvia Barona. 18ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- REIG, Javier Boix. La jurisprudencia constitucional sobre el principio non bis in idem. *In: Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Navarra: Aranzadi, 2005.
- ROCCO, Arturo. *Opere giuridiche*. Trattado della cosa giudicata come causa di estinzione dell'azione penale: Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1932. v.2.

ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil. Tomo II*. Trad. Angela Romera Vera. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955.

RUDSTEIN, David. S. *A Brief History of the Fifth Amendment Guarantee against Double Jeopardy*, 14Wm. & Mary Bill Rts. J. 193 (2005). Disponível em: <http://scholarship.law.wm.edu/wmboj>. Acesso em 18.02.2016

RUEDA, Mercedes. *El tratamiento de la negación en las gramáticas latinas*. Revista Contexto, n.29-30, 1997.

SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria e perspectivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SÁNCHEZ, Alberto Suárez. *El Debido Proceso Penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998. p.49.

SANTIN, Valter Foletto. *O Ministério Público na Investigação Criminal*. 2ª Ed. Bauru: Edipro, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6ª Ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006.

SCHWAB, Karl Heinz. *El Objeto Litigioso en el proceso civil*. Traducción de Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1968.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. *Comissão Parlamentar de Inquérito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

SILVA, De Plácido E. *Vocabulário Jurídico*. SLAIBI FILHO, Nagib; GOMES, Priscila Pereira Vasques (atual.), 31ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 739.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 25ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Luis Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOUZA, Luciano Andreson de. Da aplicação da pena. *In Código Penal Comentado*. Coord. Miguel Reale Junior. São Paulo: Saraiva, 2017.

SPROESSER, Andyara Klopstock. *A Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. São Paulo: Assembleia Legislativa do Estado, 2008.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A convenção americana sobre direitos humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *O indiciamento em inquérito policial como ato de constrangimento - legal ou ilegal* (jurisprudência comentada). Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 6, n. 24, p. 305-308., out./dez. 1998. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=17224. Acesso em: 11.12.2017.

THOMAS, George C. *Double Jeopardy: The history, The law*. New York: New York University Press, 1998.

TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de Processo Penal. Vol. I*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal. Vol. 1*. 34ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal. Vol. 2*. 34ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal. Vol. 4*. 34ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TRIBE, Laurence H. *The Invisible Constitution*. New York: Oxford University Press, 2008.

TUCCI, Rogério Lauria. *Persecução Penal, Prisão e Liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1980.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal – Jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TUCCI, Rogério Lauria. *Ministério Público e Investigação Criminal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

TUCCI, Rogério Lauria. Indiciamento e qualificação indireta. Fase de investigação criminal – distinção. *In Doutrinas Essenciais de Processo Penal. Vol. II*. Organ. NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza de Assis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

TUCCI, Rogério Lauria. Comissão Parlamentar de Inquérito. Atuação, competência, caráter investigatório. *In Doutrinas Essenciais de Processo Penal. Vol. II*. Organ. NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza de Assis. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 396.

URZÚA, Enrique Cury. *Derecho Penal, Parte General. Tomo II*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1985.

VAN BOCKEL, Willem Bastiann. *The ne bis in idem principle in EU law. A conceptual and jurisprudential analysis*. Amsterdam: Ipskamp Drukkers, 2009.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Lide na Justiça Criminal: Sobre a importância do conflito de interesses entre as partes processuais e a sua relevância para a necessidade do processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 119, ano 24, p. 165-199. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar-abr. 2016.

VERVAELE, John A. E. *El principio ne bis in idem en Europa: el Tribunal de Justicia y los derechos fundamentales en el espacio judicial europeo*. Nueva Doctrina Penal, Buenos Aires, A, p.287-305, 2005.

VERVALE, John A. E. Ne bis in idem: *towards a transnational constitutional principle in the EU?* Vol. 4, issue 4, sept., 2013. Disponível em: <http://www.utrechtlawreview.org>. Acesso em: 12.12.2017.

VILARES, Fernanda Regina. *Processo Penal: reserva de jurisdição e CPIs*. 1ª Ed. São Paulo: Ônixjur, 2012.

WEAVER, Russell L.; BURKOFF, John M.; HANCOCK, Catherine; HOEFFEL, Janet C.; SINGER, Stephen; FRIEDLAND, Steven I. *Principles of Criminal Procedure*. 5ª Ed. Saint Paul: West Academic, 2016.

ZIFFER, Patricia S. *Concurso real y ne bis in idem*. In. *Reflexiones sobre el procedimiento penal: una tarde con Julio Maier: homenaje al Prof. Dr. H. c. Julio B. J Maier en celebración de su 70º cumpleaños*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2010.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. Liberdade! Abre as Asas Sobre Nós. *Boletim do IBCCRIM*, n. 91, p. 45, jun. 2000.

Comentários elaborados pelo gabinete de relações internacionais do Ministério da Justiça Português sobre o livro verde da comissão relativo conflitos de jurisdição e princípio *ne bis in idem*. Gabinete de Relações Internacionais do Ministério da Justiça Português. http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/conflicts_jurisdiction/contributions/portugal_pt.pdf Acesso em: 15.02.2016.