



GUILHERME MADEIRA
GUSTAVO BADARÓ
ROGERIO SCHIETTI CRUZ

CÓDIGO de PROCESSO PENAL

Estudos comemorativos aos
80 ANOS de vigência

Volume **1**

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS
TRIBUNAIS™

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: ESTUDOS COMEMORATIVOS AOS 80 ANOS DE VIGÊNCIA

VOLUME 1

Guilherme Madeira, Gustavo Badaró e Rogerio Schietti Cruz

Coordenação

© desta edição [2022]

THOMSON REUTERS BRASIL CONTEÚDO E TECNOLOGIA LTDA.

JULIANA MAYUMI ONO

Diretora Responsável

Av. Dr. Cardoso de Melo, 1855 – 13º andar – Vila Olímpia
CEP 04548-005, São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

Os autores gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e dos conceitos emitidos em seus trabalhos.

CENTRAL DE RELACIONAMENTO THOMSON REUTERS SELO REVISTA DOS TRIBUNAIS
(atendimento, em dias úteis, das 09h às 18h)

Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor: sacr@thomsonreuters.com

e-mail para submissão dos originais: aval.livro@thomsonreuters.com

Conheça mais sobre Thomson Reuters: www.thomsonreuters.com.br

Acesse o nosso *eComm*

www.livrariart.com.br

Impresso no Brasil [11-2021]

Profissional

Fechamento desta edição [29.09.2021]



ISBN 978-65-5991-643-6

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA BIBLIOTECA M. OSCAR SARAIVA	
Nº	DATA
	26/04/2022

1215153

ALCANCE OBJETIVO DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO À DUPLA PERSECUÇÃO PENAL: QUESTIONAMENTOS E PERSPECTIVAS

MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS

Mestre e Doutor em Direito (PUC/SP). Professor de Cursos de Graduação (UFRN/UnB) e Pós-Graduação (Uninove) em Direito. Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

THIAGO DE LUCENA MOTTA

Bacharel em Direito (UFRN) com estudos em Direito Constitucional e Econômico (Universidade do Porto). Analista Judiciário e assessor de Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Conceituação e Origem Histórica. 3. Contornos e limites objetivos do *ne bis idem*. 3.1. O sistema alemão e a tese do *mesmo evento histórico*. 3.2. O modelo estadunidense e o teste de *Blockburger*. 3.3. O modelo brasileiro: fatos, tipos penais e independência de instâncias. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas

“Por seis julgamentos passou Cristo”

Rui Barbosa

1. Introdução

Na sessão de julgamento de 20/04/2021, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) concluiu a apreciação do REsp 1.847.488/SP, de relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, um dos autores deste artigo. Naquela ocasião, o colegiado discutiu a incidência do princípio da vedação à dupla persecução (também conhecido por *ne bis in idem* ou *double jeopardy clause*) sobre uma ação penal intentada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo perante a Justiça Comum Estadual, referente a fatos já apreciados anteriormente na Justiça Eleitoral, a qual havia absolvido o réu.

O acórdão (disponibilizado no DJe de 26/04/2021) indica que a tese central suscitada pelo *Parquet*, quanto a este específico ponto, foi a da independência entre

as jurisdições eleitoral e comum, de modo que a absolvição na primeira não afetaria o julgamento nesta última. O argumento foi rejeitado pela Quinta Turma do STJ, por entender que, como a Justiça Eleitoral proferiu sentença absolutória em ação criminal, não havia propriamente independência entre as duas instâncias, pois ambas exerceram jurisdição penal.

Na ótica da Corte, o elemento central para examinar a viabilidade da ação aforada perante a Justiça Comum Estadual, à luz da vedação à dupla persecução criminal, é a *igualdade entre os fatos e imputações* apurados nos dois processos. Sendo idênticos, como concluiu o colegiado, o princípio em comento obsta a continuidade da segunda ação penal; fossem diferentes, por outro lado, seria lícito o prosseguimento do feito.

A ementa, no que aqui interessa, foi a seguinte:

"PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. HABEAS CORPUS. (...) INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 619 DO CPP. ACÓRDÃO QUE TRANCOU A AÇÃO PENAL POR AUSÊNCIA DE PROVA (...). IMPOSSIBILIDADE, ENTRETANTO, DE RESTAURAR A DECISÃO DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. FATOS QUE JÁ FORAM OBJETO DE JULGAMENTO NA JUSTIÇA ELEITORAL, COM ABSOLVIÇÃO DE PARTE DOS ACUSADOS. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO À DUPLA INCRIMINAÇÃO (*DOUBLE JEOPARDY CLAUSE*). RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. Inexiste a alegada ofensa ao art. 619 do CPP, pois o Tribunal de origem decidiu a controvérsia de maneira fundamentada, enfrentando suficientemente os aspectos relevantes da questão.

[...]

4. Contudo, não é possível prover o recurso especial (a fim de restaurar a decisão de recebimento da denúncia), pois os mesmos fatos que motivaram o ajuizamento da ação penal ora em exame já foram julgados pela Justiça Eleitoral, também em ação criminal, em sentença contra a qual o MPE não interpôs recurso (...).

5. Como a sentença da Justiça Especializada foi proferida no exercício de verdadeira jurisdição criminal, o prosseguimento da ação penal da qual se originou este *habeas corpus* encontra óbice no princípio da vedação à dupla incriminação, também conhecido como *double jeopardy clause* ou (mais comumente no direito brasileiro) postulado do *ne bis in idem*.

6. Embora não tenha previsão expressa na Constituição Federal de 1988, a garantia do *ne bis in idem* é um limite implícito ao poder estatal, derivada da própria coisa julgada (art. 5º, XXXVI) e decorrente de compromissos internacionais assumidos pelo Brasil (art. 5º, § 2º). Isso porque a Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8º, n. 4) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 14, n. 7), incorporados ao direito brasileiro com status supralegal pelos Decretos 678/1992 e 592/1992, respectivamente, instituem a vedação à dupla incriminação.

7. Tendo o Ministério Público, instituição una (à luz do art. 127, § 1º, da CF/1988) ajuizado duas ações penais referentes aos mesmos fatos, uma na Justiça Comum Estadual e outra na Justiça Eleitoral, há violação à garantia contra a dupla incriminação. Como a sentença eleitoral já transitou em julgado para a acusação, não é possível manter o trâmite da ação penal aforada na Justiça Estadual.

8. Tratando-se de idênticas imputações, não incide a tese de independência entre as instâncias, pois as duas demandas são de natureza criminal.

9. Adicionalmente, nos termos da tese definida pelo STF no julgamento do Inquérito 4.435/DF, a competência para julgar os fatos era, de fato, da Justiça Eleitoral, pois os supostos crimes (...) teriam sido praticados em contexto eleitoral, a revelar a conexão com o delito do art. 350 do Código Eleitoral.

10. Recurso Especial desprovido.”

A definição do *mesmo fato* é, efetivamente, um dos maiores desafios dogmáticos na casuística da vedação à dupla incriminação. Motivado pelo julgamento do REsp 1.847.488/SP e pelas ricas questões jurídicas então enfrentadas, este artigo tem a finalidade de aprofundar o debate teórico sobre o tema, no afã de compreender os critérios que delimitam o alcance objetivo do *ne bis idem* entre ações penais distintas.

Na esfera da dosimetria da pena — enquanto limitador à valoração negativa do mesmo elemento fático por mais de uma vez —, o princípio conta com farta produção doutrinária e pretoriana. Por outro lado, com o sentido de proibição de ajuizamento de duas ações penais sobre fatos idênticos, o *ne bis in idem* não ocupa com igual frequência a jurisprudência dos tribunais pátrios, o que reforça a necessidade de estabelecer critérios para sua aplicação em casos concretos. Diante da diversidade de entendimentos sobre o tema, é mesmo de se questionar se há um núcleo duro do *ne bis in idem* — em outras palavras, uma formulação teórica capaz de abranger as diferentes visões existentes, procurando entre elas um denominador comum.

Para buscar respostas sobre este fascinante tema, o capítulo 2 resgatará a conceituação teórica e examinará as origens históricas do princípio da vedação à dupla incriminação, como feito no voto condutor do REsp 1.847.488/SP. No capítulo 3, apresentar-se-ão diferentes perspectivas de compreensão do *ne bis idem*, sendo uma na família jurídica da *common law* (o modelo estadunidense) e outra no sistema europeu continental (o modelo alemão), confrontando-os com o regramento brasileiro. Por fim, o capítulo 4 concluirá com uma tentativa de sistematização dos critérios encontrados.

2. Conceituação e Origem Histórica

Abundam conceitos doutrinários e juspositivos sobre a vedação à dupla persecução penal; por sua concisão, transcreve-se aqui a redação do art. 29, n. 5, da Constituição Portuguesa de 1976, segundo o qual “ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime”.

Dentre os textos normativos da era contemporânea, a Quinta Emenda à Constituição dos EUA, de 1789 (“[...] nenhuma pessoa estará sujeita, pela mesma ofensa, a risco por sua vida ou partes de seu corpo¹⁴”) é possivelmente o mais lembrado pelos juristas, talvez por sua redação poética e abstrata. É difícil precisar a origem histórica desta garantia processual, mas o *ne bis in idem* antecede por muito a Constituição estadunidense e busca suas raízes na antiguidade da história humana. Com efeito,

1. Tradução direta de “[...] nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb”.

“o princípio da dupla incriminação não era inteiramente desconhecido por gregos e romanos, embora o ambiente jurídico fosse bastante diferente. Este princípio encontrou expressão final no Digesto de Justiniano, como o preceito de que *o governador não deverá permitir que a mesma pessoa seja acusada novamente por um crime do qual já foi absolvida*”².

Em uma das referências históricas mais antiga ao *ne bis in idem*, o orador grego Demóstenes, em seu discurso contra uma proposta tributária de Leptines — proferido por volta de 355 a.C. —, afirmou que “o direito proíbe que o mesmo homem seja julgado duas vezes pelo mesmo assunto”³.

A codificação da vedação à dupla incriminação veio alguns séculos depois. Ainda no final da antiguidade, o Talmude Babilônico — fruto de compilações do século V da era cristã —, ao impedir a reversão da decisão absolutória em casos capitais, introduziu uma versão embrionária do *ne bis in idem* na história das leis escritas⁴. Nada obstante, a redação mais próxima aos textos legais atuais, já na alta idade média, foi dada pelas compilações de Justiniano no século VI, como constatou Jay Sigler no excerto transcrito. No célebre *Corpus Juris Civilis* do imperador bizantino, o item 2.9 do Livro IX prevê que “qualquer pessoa já acusada por um crime público não pode ser acusada novamente pelo mesmo crime por outra pessoa”⁵. Semelhantemente, conforme o Livro XLVIII, item 2.14, do *Digesto*, “o Senado decretou que ninguém pode ser acusado do mesmo crime sob diversas leis”⁶.

Essa rápida remissão histórica não tem a pretensão de esgotar a evolução histórico-jurídica da vedação à dupla incriminação, trabalho que, por si só, exigiria dimensões monográficas⁷. O que se pretende, ao revés, é demonstrar que o *ne bis in idem* guarda uma relação muito próxima com a progressiva civilização do direito ao longo da história, enquanto um dos mais antigos preceitos jurídicos do sistema punitivo.

E nem poderia ser diferente, pois este princípio carrega uma forte carga axiológica de *compaixão* — portanto, da *fraternidade*⁸ — força motriz das maiores revoluções do Direito Penal e Processual Penal. A relevância prática do *ne bis in idem*, nessa ótica, é indubitável. Afinal,

-
2. SIGLER, Jay. A history of double jeopardy. *The American Journal of Legal History*, Oxford, v. 7, n. 4., 1963, p. 283, tradução direta.
 3. DEMÓSTENES. *Against Leptines*. Tradução de C. A. Vince e J. H. Vince. Cambridge: Harvard University Press, 1926, capítulo XX, verso 147.
 4. RUDSTEIN, David. A brief history of the fifth amendment guarantee against double jeopardy. *William and Mary Bill of Rights Journal*, Williamsburg, v. 14, n. 1, out./2005, p. 197.
 5. JUSTINIANO. *Corpus Juris Civilis*. Tradução de S. P. Scott, 1932. Disponível em: <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/CJ9_Scott.gr.htm#2>. Acesso em: 10 maio 2021.
 6. JUSTINIANO. *Digesto*. Tradução de S. P. Scott, 1932. Disponível em: <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/D48_Scott.htm#II>. Acesso em: 10 maio 2021.
 7. Uma cronologia histórica detalhada pode ser encontrada na tese de doutoramento de Louise Jordaan: *Aspects of double jeopardy*. 822 f. University Of South Africa, Pretoria, 1997.
 8. Ver, por todos, FONSECA, Reynaldo Soares da Fonseca. *O Princípio constitucional da fraternidade: seu resgate no sistema de Justiça*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, *passim*.

“sem proteção contra a dupla incriminação, a capacidade do réu de conduzir sua vida seria impedida pelo medo de nova exposição à vergonha, ao custo e ao suplício do processo. Assim, a garantia protege o interesse do acusado à tranquilidade, ou seu interesse em poder, de uma vez por todas, concluir seu confronto com a sociedade”⁹.

Partindo-se dessa perspectiva, deve-se compreender que

“o *ne bis in idem* somente poderia ser cumprido quando baseado na ideia de limitação do poder estatal. Isso porque, para cada ato delituoso não pode ser dada mais do que uma resposta. Do contrário, o homem seria submetido a uma situação jurídica indefinida, indigna com a condição humana [...]. E, nos tempos presentes, sob o signo dos valores edificantes dos Estados Democráticos de Direito, tal desiderato já não se coaduna com a necessária tutela jurídica da liberdade dos indivíduos que estão sob o *ius persecuendi* estatal”¹⁰.

Além disso, o risco de condenações errôneas em virtude da inobservância deste princípio é uma preocupação válida, porque a dupla persecução penal “diminui a capacidade do réu de se defender, não apenas em razão dos crescentes custos da litigância, mas também porque cada julgamento dá à acusação uma oportunidade de antever e se ajustar à estratégia defensiva”¹¹.

Mesmo sem previsão expressa na Constituição da República de 1988, a garantia do *ne bis in idem* é certamente um limite implícito ao poder estatal, derivada da própria coisa julgada¹² (art. 5º, XXXVI, da Carta Magna) e decorrente de compromissos internacionais assumidos pelo Brasil (§ 2º do mesmo art. 5º)¹³. A propósito, a Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8º, n. 4) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 14, n. 7), incorporados ao direito brasileiro com status supralegal pelos Decretos 678/1992 e 592/1992, respectivamente, tratam da vedação à dupla incriminação. Eis o teor dos referidos dispositivos:

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

“Art. 14, n. 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.”

Numa das melhores obras sobre o tema em nosso país, fala-se mesmo na velada presença da proibição da dupla persecução penal no direito brasileiro, uma vez que está

9. BURTON, Donald Eric. A closer look at the Supreme Court and the double jeopardy clause. *Ohio State Law Journal*, Columbus, v. 49, n. 3, 1988, p. 803, tradução direta.

10. SABOYA, Keity. *Ne Bis in Idem: história, teoria e perspectivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, pp. 163-164.

11. HESSICK, Carissa Byrne; HESSICK, F. Andrew. Double jeopardy as a limit on punishment. *Cornell Law Review*, Ithaca, v. 97, n. 1, 2011, p. 59, tradução direta.

12. CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 292.

13. AVENA, Norberto. *Processo penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021, p. 36.

ausente da Constituição de modo explícito¹⁴. Por conseguinte, em face de normas como as antes apontadas — e outras, identificadas na legislação criminal pátria, codificada ou extravagante —, está, *a contrario sensu*, acolhida de modo implícito.

Boa parte dos debates doutrinários e pretorianos a respeito da *double jeopardy clause* centram-se na definição do que seria o mesmo fato (ou o mesmo delito), de modo a impedir seu apenamento em processos criminais distintos. A questão adquire contornos ainda mais turvos quando o fato parece adequar-se a vários tipos penais, mormente quando a competência para julgamento de cada um dos possíveis crimes é de esferas distintas do Poder Judiciário; ou quando o delito se protraí no tempo, persistindo o agente em sua prática mesmo depois de já investigado ou processado.

Situado o debate nestas considerações preliminares sobre a vedação à dupla incriminação, passa-se ao exame de como três países (Alemanha, Estados Unidos e Brasil) com tradições jurídicas próprias – e compreensões bastante diferentes do *ne bis in idem* – lidam com tais questões, de modo a extrair possíveis critérios teóricos.

3. Contornos e limites objetivos do *ne bis in idem*

Do ponto de vista dogmático, a aplicação do *ne bis in idem*, para vedar a segunda persecução penal, exige o preenchimento de uma dimensão objetiva e outra subjetiva. Esta última não causa grandes dificuldades, bastando que os dois processos penais se refiram à mesma pessoa. Por isso, “caso determinado acusado seja absolvido em virtude da ausência de provas, isso não significa que outro coautor ou partícipe não possa ser julgado posteriormente pela mesma imputação”¹⁵.

As maiores controvérsias práticas referentes à proibição de dupla persecução criminal se revelam na tentativa de definir se existe (ou não) identidade entre os elementos fático-jurídicos das duas imputações, bem como possíveis exceções à salvaguarda do réu. Esses serão os questionamentos tratados nos próximos tópicos.

3.1. O sistema alemão e a tese do mesmo evento histórico

A *Grundgesetz* (GG) — Norma Fundamental, isto é, a Constituição — alemã de 1949, em seu art. 103, § 3º, enuncia que “ninguém poderá ser punido pelo mesmo ato mais de uma vez sob as leis criminais gerais”. O núcleo verbal “punido” (*bestraft*) já demonstra uma relevante delimitação do alcance objetivo da vedação à dupla incriminação: sob o ordenamento jurídico alemão, o Código de Processo Penal (*Strafprozessordnung - StPO*) contempla hipóteses relativamente largas de reabertura de procedimentos penais em desfavor do réu que tiver sido *absolvido* — ou seja, *não punido*¹⁶.

14. CRUZ, Rogério Schiatti Machado. *A proibição de dupla persecução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 105.

15. LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 1.231.

16. Uma boa sistematização do tratamento legal da matéria pode ser encontrada em SCHOMBURG, Wolfgang. Germany, concurrent national and international criminal jurisdiction and the principle *ne bis in idem*. *Revue Internationale de Droit Pénal*, Toulouse, v. 73, n. 4, 2002, p. 941-964.

Em seu § 362, a StPO elenca tais situações. O primeiro caso tratado no texto legal — a falsificação do documento que fundamentou a absolvição — chega a despertar, no Brasil, debates doutrinários e jurisprudenciais, na específica situação em que a punibilidade do agente é extinta pela morte, nos termos do art. 107, I, do Código Penal (CP), com espeque em certidão de óbito falsa¹⁷. A questão, como se sabe, chegou a ser enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), com a conclusão de que essa sentença extintiva de punibilidade é *inexistente*, não produzindo o efeito de obstar nova persecução penal¹⁸.

As semelhanças entre os regramentos alemão e brasileiro cessam aí, contudo, tendo em vista a redação do art. 621 do Código de Processo Penal (CPP), o qual proíbe a revisão criminal *pro societate*¹⁹.

Os itens 2 e 3 do § 362 da StPO se referem à falsidade do testemunho prestado em favor do réu e à corrupção do magistrado – de maneira análoga aos incisos VI e I do art. 966 do Código Processo Civil (CPC), respectivamente, que tratam do cabimento de ação rescisória. Por fim, o n. 4 do § 362 da StPO trata da hipótese talvez mais curiosa e distante do direito brasileiro, ao permitir a nova persecução do réu quando este fizer uma *confissão crível* do delito. Em tese, também seria possível compreender a confissão posterior enquanto uma espécie de prova nova, contemplada no art. 966, VII, do CPC como hipótese autorizadora de ação rescisória. De todo modo, o cabimento da revisão criminal no direito brasileiro é restrito, limitando-se ao rol do art. 621 do CPP e sem admitir aplicação analógica do CPC, em desfavor do réu.

Apesar dessa relevante limitação ao *ne bis idem*, o regramento alemão traz, de forma expressa, uma garantia fundamental ao réu: a de que a coisa julgada produz eficácia preclusiva quanto às possíveis imputações, derivadas do mesmo fato, que não tenham sido formuladas pela acusação ou reconhecidas no julgamento. É o que se extrai do § 264, n. 2, da StPO, combinado com seu § 410, n. 3.

O primeiro, de redação semelhante ao art. 383 do CPP, esclarece que o juiz não é vinculado à adequação típica proposta pela denúncia, mas sim aos fatos atribuídos ao réu. Já o § 410, n. 3, não encontra par no CPP brasileiro, ao afirmar que objeções não apresentadas a tempo “equivalem a um julgamento final”. É importante esclarecer que tal forma de eficácia preclusiva é tratada no capítulo da StPO que versa sobre a imposição de pena sumária (*Strafbefehl*), em uma espécie de segunda velocidade do direito

17. A favor da incidência do *ne bis in idem* mesmo nestas hipóteses, conferir, por exemplo: NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 581. Na visão do autor, restaria a possibilidade de sanção do agente pela falsidade documental, mas não pelo crime cuja punibilidade foi extinta. Contra a aplicabilidade da vedação à dupla incriminação nesta situação, entendendo pela inexistência da sentença absolutória, ver: PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 55.

18. HC 84.525/MG, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgamento em 16/11/2004, publicação em 03/12/2004.

19. A vedação aplica-se até mesmo nos casos de vícios processuais graves, a exemplo da incompetência absoluta do órgão jurisdicional prolator da decisão absolutória transitada em julgado, como destaca CRUZ, Rogério Schietti Machado, *op. cit.*, pp. 142-143.

penal²⁰. Não obstante, sua íntima relação com o princípio do *ne bis in idem* é evidente, tendo em vista que a pena imposta nestes moldes também obsta a persecução posterior²¹.

Conquanto careça de previsão expressa no CPP, entendemos que a eficácia preclusiva da coisa julgada — tratada no art. 508 do CPC²² — é inteiramente aplicável ao processo penal pátrio²³, inclusive pela regra hermenêutica do art. 3º do CPP.

Embora conte com disciplina positiva relativamente extensa no direito alemão, o princípio da vedação à dupla incriminação é aplicado com reservas pelo Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*, ou BVerfG) daquele país. Para contribuir com a construção da resposta ao questionamento apresentado na introdução deste trabalho, serão analisados dois casos analisados pelo BVerfG que bem refletem o entendimento da Corte sobre o tema.

No primeiro deles, julgado em 10 de maio de 1999²⁴, o réu (então reclamante) foi primeiramente condenado pela posse de 16,78 g de heroína. Em seguida, em outro processo criminal, sucedeu nova condenação, desta vez pela posse de 6,5 kg da mesma substância; foi contra esta decisão que a defesa recorreu ao BVerfG.

Conforme o relatório do caso, o acusado recebeu inicialmente 6,5 kg de heroína, dos quais retirou 16,78 g como amostra para possíveis compradores, enquanto o total remanescente foi guardado na mala de seu carro. O estoque de 6,5 kg armazenado no veículo foi roubado por traficantes rivais e posteriormente recuperado pelo réu, ocasião em que este o escondeu no apartamento de um amigo. A amostra de 16,78 g que fundamentou a primeira condenação, por outro lado, permaneceu sempre em sua posse, inclusive no momento da prisão em flagrante.

Para a defesa, os dois processos se referiam aos mesmos fatos, porque a amostra de 16,78 g integrava inicialmente o todo maior de 6,5 kg, ainda que tenham sido separados antes do roubo. Outrossim, a recuperação da propriedade (momentaneamente perdida) deste estoque não configuraria novo delito de tráfico de drogas, mas somente continuação do anterior. O argumento não convenceu ao BVerfG, que esclareceu o alcance do art. 103, § 3º, da *Grundgesetz* nos seguintes termos:

“O princípio do *ne bis in idem* dentro do sentido do art. 103, § 3º, da GG se refere ao evento histórico, indicado na denúncia e na decisão inicial, no qual o acusado é apontado como autor ou partícipe. Definir se diferentes julgamentos concernem ao mesmo ato sob o art. 103, § 3º, da GG é algo que deve ser examinado independentemente do concurso de crimes dos §§ 52 e 53²⁵ do Código Penal.

[...]

20. Sobre o tema, conferir a obra clássica de SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2006, p. 178-179.

21. SCHOMBURG, Wolfgang, *op. cit.*, p. 942.

22. Correspondente ao art. 474 do revogado CPC/1973.

23. No mesmo sentido: SABOYA, Keity, *op. cit.*, p. 181.

24. BVerfG. 2 BvR 2259/1997. 2ª Câmara do 2º Senado.

25. Estes dispositivos versam, respectivamente, sobre o concurso formal e material de crimes.

É necessário decidir se se a posse dos 16,78g de heroína e o armazenamento de 6,5kg de heroína, recuperados à força para venda, se relacionam naturalmente às mesmas circunstâncias da vida. A resposta é negativa. Isso porque as ações do reclamante quanto às duas quantidades de droga se referem a diferentes objetos de crimes em diferentes locais. A sobreposição temporal na posse de ambas, por si só, não permite concluir que o mesmo ato ocorreu”²⁶.

O conceito de *mesmo evento histórico*, central na dogmática alemã, se refere ao processo de fatos “que a Corte era legalmente apta a julgar no contexto da decisão inicial”²⁷. O evento é, portanto, limitado no tempo e no espaço, de maneira que a permanência na atividade delitiva, em condições temporais e espaciais distintas, autoriza a imposição de nova sanção, ainda que a conduta anterior seja bastante similar à imputada na segunda acusação. Essa tendência restritiva do *ne bis in idem* na jurisprudência do BVerfG é bem exemplificada pelo caso ora comentado: posto que toda a quantidade de droga tivesse uma origem comum, a separação entre amostra e estoque resultou em dois eventos históricos distintos, com linhas causais diversas entre si.

O entendimento foi reafirmado, mais recentemente²⁸, em interessante caso envolvendo o delito do § 182 da Lei das Escolas de Hesse, o qual tipifica a conduta de “persistentemente privar outra pessoa de educação compulsória”. Os réus do processo eram um casal que, por convicção pessoal, retirou seus filhos da escola; mesmo processados e condenados criminalmente, permaneceram na prática da conduta delitiva, o que levou ao ajuizamento de nova ação penal – medida que a defesa entendia inviável, em virtude da vedação à dupla incriminação.

A tese defensiva foi rejeitada pelo BVerfG, resgatando o entendimento referido, para compreender que a manutenção das crianças fora do ambiente escolar, em períodos diversos, não demonstra um único evento histórico, justamente pela distinção temporal entre os fatos.

A orientação do BVerfG corresponde, em certa medida, ao fenômeno que Rodolfo Tigre Maia, em excelente artigo sobre o tema, identificou no direito pátrio: “estabelecido o momento que foi considerado para propositura da ação, a eventual manutenção da conduta delituosa posterior a esse caracterizará hipótese de novo crime, em situação de concurso formal com o anterior”²⁹.

Essa rigidez na definição do mesmo evento histórico, entretanto, não é unânime. Na doutrina nacional, sobre o conceito de *idem facta* como núcleo central do acontecimento concretamente imputado ao acusado, KEITY SABOYA entende ser

26. Tradução direta do original alemão.

27. FAUST, Fritz. Das Verbot der Doppelbestrafung im Deutschen Straf- und Disziplinarrecht – *ne bis in idem*. *Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre*, Bruxelas, v. 6, n. 1, 1967, p. 12.

28. BVerfG. 2 BvR 920/14. 2ª Câmara do 2º Senado. Julgado em 15/10/2014.

29. MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do *ne bis in idem* e a Constituição Brasileira de 1988. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, v. 4, n. 16, jul./set. 2005, p. 49.

“importante realçar, ainda, que, embora, eventualmente, existam entre as diversas imputações diferenças de tempo, de lugar, de modo de execução, ou mesmo do objeto do fato imputado, é possível a subsistência da identidade nuclear do fato, devendo, para tanto, ser analisado o acontecimento singularmente ocorrido”³⁰.

Tais diferenças pontuais na delimitação do alcance objetivo do *ne bis in idem* já demonstram a dificuldade de encontrar um *núcleo duro* conceitual para este princípio. De todo modo, tanto o sistema brasileiro como o alemão dão ênfase maior aos fatos (ainda que na restrita acepção de mesmo evento histórico do BVerfG) do que aos tipos penais imputados ao réu³¹, o que poderia sinalizar certa coesão internacional na incidência da vedação à dupla persecução criminal.

A tradição jurídica norte-americana, porém, trata do tema de maneira substancialmente diversa; é o que se verá agora.

3.2. O modelo estadunidense e o teste de Blockburger

O traço mais distintivo do sistema jurídico norte-americano quanto ao *ne bis in idem* é, provavelmente, a exceção da dupla soberania (*double sovereignty exception*), segundo a qual a vedação à dupla incriminação não impede múltiplas persecuções penais por entes federais distintos, quando determinado ato violar, ao mesmo tempo, a legislação criminal de cada um deles. Por isso, é viável que, pelo mesmo fato, o agente seja punido tanto na esfera federal como nas estaduais, se as legislações respectivas tipificarem sua conduta como crime³².

Referida doutrina tem suas raízes no julgamento do caso *Fox v. Ohio*³³, no qual a Suprema Corte dos EUA apreciou a validade da tipificação do delito de falsificação de moeda pelos Estados. Na ótica da ré, condenada pelo crime segundo a legislação do Estado de Ohio, apenas a União teria o poder de legislar sobre o tema; o argumento foi rejeitado pela Suprema Corte, ao entender que a Constituição de 1789 não excluiu a competência estadual. Neste específico caso, havia apenas um processo penal em discussão – isto é, ainda não havia sido enfrentada a situação de novo processamento pelo mesmo fato³⁴. O tema, entretanto, integrou o voto condutor do acórdão (tomado por maioria, ressalte-se), com a conclusão de que seria possível, em tese, a punição da ré também na esfera federal, se a União manifestasse interesse em fazê-lo posteriormente³⁵.

30. SABOYA, Keity, *op. cit.*, p. 180.

31. MAIA, Rodolfo Tigre, *op. cit.*, p. 55. É também o que entende, ao comentar a litispendência, LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 147.

32. ADLER, Adam. Dual sovereignty, due process, and duplicative punishment: a new solution to an old problem. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 124, n. 2, nov. 2014, p. 450.

33. 46 U.S. 410, 1847.

34. Esta peculiaridade fática é comum a todos os primeiros casos discutidos na Suprema Corte sobre o tema, conforme DAWSON, Michael. Popular sovereignty, double jeopardy, and the dual sovereignty doctrine. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 102, n. 1, 1992, p. 290.

35. Curiosamente, a leitura do inteiro teor do voto demonstra que a tese foi firmada em virtude de uma forte preocupação prática, decorrente da falta de estrutura própria da União para punir

A polêmica *ratio decidendi* foi reafirmada em julgamentos posteriores, nos quais efetivamente ocorrera a dupla persecução (federal e estadual), mesmo sofrendo pesadas críticas doutrinárias³⁶, e permanece ainda atual. Recentemente, no caso *Gamble v. United States*³⁷, decidido em 2019 por 7 votos a 2, a Suprema Corte manteve a aplicação da exceção da dupla soberania.

A ênfase da conformação estadunidense da *double jeopardy* está, como se vê, muito mais na qualificação jurídica da conduta criminosa do que no fato propriamente dito — já que, caso viole normas de diferentes entes federados, a mesma conduta poderá ser apenada mais de uma vez. Guardando certa coerência com essa visão, a incidência do *ne bis idem*, inclusive em casos nos quais não se discute a exceção da dupla soberania, é pautada não pelo exame da identidade de fatos, mas sim da identidade de ofensas criminais, a partir de uma interpretação literal da Quinta Emenda à Constituição dos EUA.

Ou seja: até mesmo quando a dupla persecução penal ocorre na esfera de apenas um ente federado, a admissibilidade do segundo processo não é aferida somente à luz dos fatos imputados em cada acusação, mas sim da tipificação jurídica informada pelo Estado. Não há, claro, desprezo completo da base fática dos dois casos, mas sim um protagonismo de sua qualificação legal.

A fórmula para definir se o réu faz jus à proteção da *double jeopardy clause* foi exposta pela Suprema Corte no famoso caso *Blockburger v. United States*, com a tese de que “o teste a ser aplicado para determinar se há duas infrações ou apenas uma é analisar se o tipo legal exige a prova de um fato que o outro não demanda”³⁸.

A situação apresentada para julgamento naquele caso foi a venda de morfina em desconformidade com os §§ 1º e 2º do *Narcotics Act*, os quais impõem, respectivamente, que o produto esteja em sua embalagem original e que a transação somente seja efetuada mediante pedido escrito do comprador. Para a Suprema Corte, não havia dupla persecução porque os dois tipos penais exigem a prova de elementos fáticos diferentes, de modo que a condenação (ou absolvição) do réu por um deles não o eximiria de responder, ainda que posteriormente e em outro processo, pela infração remanescente.

A conclusão, como se vê, diverge daquela que seria dada ao caso pelo direito brasileiro. Se ambas as imputações fossem formuladas e comprovadas no mesmo processo, ainda seria discutível, em tese, a condenação do réu em concurso formal pela prática dos dois delitos, nos termos do art. 70 do CP. Todavia, havendo condenação ou absolvição quanto ao *fato*, a eficácia preclusiva da coisa julgada certamente impediria a tentativa de nova denúncia pelo Ministério Público, para acrescentar uma nova tipificação jurídica à conduta já apreciada — algo que, sob o critério de *Blockburger*, seria admissível nos EUA.

adequadamente o cometimento de crimes, já que poucas partes do território nacional estavam sob administração direta do governo federal, o que poderia fomentar a impunidade; destacou-se, também, que o Código Criminal federal tipificava uma pequena quantidade de delitos.

36. Um bom resumo da literatura pode ser encontrado em COLANGELO, Anthony. *Double jeopardy and multiple sovereigns: a jurisdictional theory*. *Washington University Law Review*, St. Louis, v. 86, n. 4, 2009, p. 773.

37. 17-646, 587 U.S., 2019.

38. 284 U.S. 299, 1932.

A aplicação do teste de *Blockburger* não permaneceu uniforme ao longo dos anos, sendo possível detectar oscilações jurisprudenciais nas décadas de 1980 e 1990³⁹. Na mais conhecida delas, em *Grady v. Corbin*⁴⁰, decidiu-se que a imputação formulada no segundo processo não poderia se basear na prova do fato criminoso já processado anteriormente (o que se aproxima da regra de eficácia preclusiva da coisa julgada), dando ênfase à existência de *mesma conduta* como critério de proteção contra a dupla persecução⁴¹. O novo entendimento não foi longo, contudo; em 1993, no caso *United States v. Dixon*⁴², a Suprema Corte superou o precedente de *Grady* e retornou ao teste de *Blockburger*. Desde então, este tem sido o parâmetro utilizado para aferir a aplicabilidade do *ne bis in idem*⁴³.

Como visto, a tese de *Blockburger* não é a mais próxima do direito brasileiro, por desconsiderar a eficácia preclusiva da coisa julgada – que, entre nós, é de indubitável incidência no processo penal. A própria diferença entre os textos normativos que regem a matéria nos dois países explica, em alguma medida, esta distinção de tratamentos jurídicos: enquanto o art. 8º, n. 4 da Convenção Americana de Direitos Humanos se refere ao *mesmo fato*, a Quinta Emenda à Constituição dos EUA diz que a proteção contra dupla incriminação alcança a *mesma ofensa*, e foi a partir deste específico termo que se construiu boa parte da casuística da Suprema Corte sobre o tema. Por isso, quando uma só conduta gera pluralidade de ofensas a tipos penais com elementos objetivos distintos, o teste de *Blockburger* permite a renovação da persecução penal.

Apesar disso, há um específico ponto em que a jurisprudência brasileira e a Corte de *Blockburger* se encontram; é o que explicará o capítulo seguinte.

3.3. O modelo brasileiro: fatos, tipos penais e independência de instâncias

As principais características do sistema pátrio já foram referidas nos tópicos anteriores. Consoante explicitado, a interpretação doutrinária dominante considera que o *ne bis in idem* impede a dupla punição pelo mesmo fato⁴⁴, sendo possível cogitar de alguma flexibilidade neste exame, sem os rigores da teoria do *mesmo evento histórico* adotada pelo BVerfG. Somada à proibição de revisão criminal *pro societate* e à existência de eficácia preclusiva na coisa julgada penal, esta linha aponta para uma maior restrição à atividade persecutória estatal, quando comparada com as regras alemãs ou norte-americanas.

39. HENNING, Peter. Precedents in a vacuum: the Supreme Court continues to tinker with double jeopardy. *American Criminal Law Review*, Washington DC, v. 31, n. 1, 1993, p. 3.

40. 495 U.S. 508, 1990.

41. SO, Tat Man. *Double jeopardy, complex crimes and Grady v. Corbin*. *Fordham Law Review*, Nova York, v. 60 n. 2, 1991, p. 353.

42. 509 U.S. 688, 1993.

43. Ver, por exemplo: *Currier v. Virginia*, 16-1348, 585 U.S., 2018.

44. Nas palavras de Paulo Rangel, “o que faz coisa julgada no processo penal é o fato da vida. O fato ocorrido no mundo dos homens” (*Direito processual penal*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 292).

Uma peculiaridade do direito brasileiro é a complexa repartição da competência criminal entre a Justiça Comum (Estadual e Federal) e as Justiças Especializadas (Eleitoral e Militar⁴⁵), *ex vi* dos arts. 109, IV e V, 118, 122 e 125 da Constituição Federal de 1988. A tese central que norteou o acórdão do STJ no julgamento do REsp 1.847.488/SP é a de que, ao contrário do que defendia a acusação, o princípio do *ne bis in idem* aplica-se, sem qualquer dúvida, “nas hipóteses em que distintas justiças - no plano internacional e no plano interno de um Estado – se ocupam do mesmo comportamento ilícito”⁴⁶.

Consequentemente, a suposta independência entre as instâncias não permite, por si só, o ajuizamento de diversas ações penais referentes aos mesmos fatos, porque todas elas se encontram submetidas à jurisdição criminal, una por natureza⁴⁷. O que diferencia as hipóteses de atuação de cada um dos ramos do Poder Judiciário, quando exercem jurisdição penal, é a sua competência; todos, contudo, realizam, ou quando menos, podem realizar julgamentos em cognição exauriente sobre a prática de condutas delitivas. Sendo distintas as imputações vertidas num e noutro processo, é certo que cada braço do Judiciário poderá julgá-las; inobstante, tratando-se de acusações idênticas, não é o argumento genérico de independência entre as instâncias que permitirá o prosseguimento da ação penal remanescente.

É justamente nessa análise da identidade de imputações que ocorre uma aproximação entre a jurisprudência brasileira e a tese adotada pela Suprema Corte dos EUA em *Blockburger*.

Quando uma mesma conduta parece subsumível a mais de um tipo penal, o primeiro passo hermenêutico é resolver um possível conflito aparente de normas, conforme os tradicionais critérios da especialidade, subsidiariedade e consunção⁴⁸ (dentro do qual se encontram, na visão de parte dos estudiosos, as categorias do antefato e do pós-fato impuníveis⁴⁹). Caso superada essa questão e havendo concurso formal ou material de crimes, com competências distintas para processamento e julgamento, torna-se relevante aferir a aplicabilidade do princípio do *ne bis in idem* ao caso concreto.

O tema adquire contornos controversos porque nem sempre é possível, com espeque no art. 78 do CPP, reunir os processos para julgamento conjunto perante o mesmo ramo do Poder Judiciário. Dentre muitas hipóteses possíveis, basta pensar, por exemplo, no concurso de crime doloso contra a vida com crime militar, ambos com competências definidas nos arts. 5º, XXXVIII, “d”, e 124 da Constituição Federal de 1988, razão pela qual a regra infraconstitucional de conexão não é suficiente para impor a reunião dos processos⁵⁰.

Em situações assim, por um lado, é certo que o princípio do *ne bis in idem* aplica-se normalmente; raciocínio diverso, com a devida vênia, suprimiria do jurisdicionado

45. Não se está falando da Justiça do Trabalho porque esta não tem jurisdição penal.

46. CRUZ, Rogério Schiatti Machado, *op. cit.*, p. 221.

47. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 53.

48. MAIA, Rodolfo Tigre, *op. cit.*, p. 44.

49. WESSELS, Johannes. *Strafrecht: allgemeiner teil*. 42. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2012, p. 323.

50. O exemplo é de LIMA, Renato Brasileiro, *op. cit.*, p. 643.

uma garantia fundamental, apenas pelo aspecto accidental da competência. Por outro lado, a existência de duas ações penais não implica, isoladamente, ofensa ao princípio da vedação à dupla incriminação, porque o ajuizamento de processos distintos é uma exigência, em determinados casos, da própria Constituição Federal, que previu competências absolutas e inderrogáveis pela legislação ordinária.

No julgamento do REsp 1.847.488/SP, a tarefa da Quinta Turma do STJ foi facilitada pelo fato de que, tanto na Justiça Eleitoral como na Justiça Comum Estadual, os fatos e tipos penais imputados aos réus eram os mesmos. Isso significa que, tanto no aspecto fático como no seu enquadramento jurídico, a segunda denúncia, apresentada perante a Justiça Comum, estava totalmente contida na denúncia apreciada primeiramente pela Justiça Eleitoral, o que torna evidente a aplicação do *ne bis in idem* para obstar o prosseguimento da segunda acusação. Por esse mesmo motivo, sequer foi necessário analisar algum conflito aparente de normas penais.

Sendo distintas as imputações e existindo, realmente, concurso de crimes com competências absolutas diversas, é necessário pensar em critérios para racionalizar a análise da ocorrência (ou não) de dupla incriminação. Essa específica questão já foi analisada pelo STF, adotando *ratio* bastante similar à do caso *Blockburger*. Ao julgar *habeas corpus* impetrado em favor de militares da Aeronáutica que respondiam a dois processos penais (um na Justiça Militar, outro na Justiça Comum Federal) pelos fatos envolvidos na triste colisão área de 29/9/2006, o Pretório Excelso assim se pronunciou:

“Habeas Corpus. Trancamento de ação penal. Alegação de violação ao princípio do *ne bis in idem*. Ausência de plausibilidade. Duplicidade de processos decorrentes de um mesmo fato. Possibilidade. Imputações distintas. Crimes de natureza comum e castrense. Competência absoluta. Ordem denegada. Um determinado acontecimento pode dar origem a mais de uma ação penal e em âmbitos jurisdicionais distintos e especializados. Improrrogabilidade e inderrogabilidade da competência absoluta. Precedentes. A conexão e a continência não constituem óbice à separação obrigatória de processos quando da ocorrência de concurso entre crime militar e crime comum, conforme dispõe o art. 79, I, CPP. Ordem denegada”.

(HC 105.301/MT, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 5/4/2011, DJe 12/5/2011; grifou-se)

Colhe-se do voto condutor do referido acórdão:

“Quatro dos controladores de voo estão respondendo a processos, nas Justiças Federal do Mato Grosso e Federal Militar da Circunscrição Judiciária do Distrito Federal, pelo mesmo fato da vida, qual seja o acidente aéreo que ocasionou a queda do Boeing 737/800 da Gol Linhas Aéreas no Município de Peixoto de Azevedo, no Estado do Mato Grosso, mas com imputações distintas, inexistindo *bis in idem*.

Os controladores de voo Felipe, Lucivaldo, Leandro e Jomarcelo foram denunciados, junto à Justiça Federal, como incurso no art. 261 do Código Penal (atentado contra a segurança de transporte marítimo, fluvial ou aéreo), figura delituosa definida de modo diverso na legislação castrense. Com efeito, o delito de atentado contra transporte, previsto no art. 283 do CPM, como crime militar, pressupõe que a infração exponha a perigo ‘aeronave, ou navio próprio ou alheio, sob guarda, proteção ou

requisição militar emanada de ordem legal, ou em lugar sujeito à administração militar’, ou ainda ‘praticar qualquer ato tendente a impedir ou dificultar navegação aérea, marítima, fluvial ou lacustre sob administração, guarda ou proteção militar’, circunstâncias não presentes na hipótese apreciada.

Já na ação em curso na Auditoria da 11^a Circunscrição Judiciária Militar do Distrito Federal, Felipe, Lucivaldo e Leandro foram denunciados como incurso no art. 324 do Código Penal Militar (inobservância de lei, regulamento ou instrução), delito previsto exclusivamente no diploma repressivo castrense.

Ainda na mesma auditoria da Justiça Militar, Jomarcelo responde por homicídio culposo, que tem igual definição na lei penal comum e na castrense, crime classificado pela doutrina como militar impróprio”.

Mais adiante, citando o parecer ministerial, assim afirmou o relator:

“12. Embora o fato seja único, vislumbra-se, aqui, a possibilidade de submissão dos agentes a ambas as jurisdições, porquanto diversas são as imputações que sobre eles recaem.

13. E isto porque a especialidade da Justiça Militar não é óbice à atuação da Justiça Comum, desde que o crime nesta imputado não encontre previsão na Justiça Especializada, como ocorre no presente caso” (destacou-se).

Como se vê, ao rejeitar a incidência do *ne bis in idem*, o STF pautou-se não na suposta independência entre as instâncias militar e federal (argumento análogo ao que defendeu a acusação no REsp 1.847.488/SP), mas sim na existência de imputações distintas, não contidas uma na outra, à semelhança do entendimento adotado pela Suprema Corte dos EUA no caso *Blockburger*.

É possível, nestes termos, constatar que há uma pequena área de contato entre os modelos norte-americano e brasileiro, pois na peculiar hipótese de concurso de crimes de competência absoluta — seja do tribunal do júri, da Justiça Federal, das Justiças Especializadas ou em ações penais originárias — o exame singular da identidade entre os fatos narrados nas acusações não se conforma à regra de separação de processos. Em tais situações, como entendeu o STF, é fundamental ir além e verificar se algum dos tipos penais imputados abrange outro, como propõe o teste de *Blockburger*, com a finalidade de averiguar se há proibição contra dupla incriminação no caso concreto.

Entretanto, a complexidade do Judiciário nacional pode trazer alguns problemas concretos de solução bastante intrincada. Exemplo disso é um conflito de competência julgado recentemente pela Seção Criminal do STJ:

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE FALSO TESTEMUNHO. CONFLITANTES: JUÍZO DE DIREITO DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS E JUÍZO FEDERAL. CRIME COMETIDO EM CAUSA QUE TRAMITAVA NA JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. DISTINGUISHING QUE IMPEDE A APLICAÇÃO DA PREMISSE QUE IMPORTOU NA EDIÇÃO DA SÚMULA N.º 165 PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AUSÊNCIA DE INTERESSE DA UNIÃO. FEITO QUE NÃO PODE SER PROCESSADO E JULGADO PELA JUSTIÇA COMUM FEDERAL. CONFLITO CONHECIDO PARA DECLARAR A COMPETÊNCIA DO SUSCITADO.

1. Ao desenhar a partição de competências do Poder Judiciário da União, a Constituição da República dividiu-o em cinco ramos: 1) Justiça Comum Federal; 2) Justiça Eleitoral; 3) Justiça do Trabalho; 4) Justiça Militar; e 5) Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

2. É certo que a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao editar a Súmula n.º 165 (segundo a qual '[C]ompete à justiça federal processar e julgar crime de falso testemunho cometido no processo trabalhista' — sem grifos no original), fundou-se em precedentes nos quais se afirmou que 'o crime de falso testemunho em depoimento prestado perante juiz do trabalho atenta contra a administração da justiça especializada da união' (CC 14.508/SP, Rel. Ministro ANSELMO SANTIAGO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 07/12/1995, DJ 11/03/1996).

3. Embora tanto a Justiça do Trabalho quanto a do Distrito Federal e dos Territórios constituam o Poder Judiciário da União, há premissas diversas que impedem o reconhecimento da Justiça Comum Federal para julgar o crime de falso testemunho cometido em processo que tramitava no TJDFT.

4. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 3.684, ocorrido em 11/05/2020, concluiu, em definitivo, faltar à Justiça do Trabalho jurisdição penal (Rel. Ministro GILMAR MENDES, TRIBUNAL PLENO, DJe 29/05/2020).

5. A situação relativamente à Justiça Eleitoral também é diversa. É certo que, em 1992, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça proferiu acórdão no qual firmou a competência da Justiça Federal para julgar crime de falso testemunho praticado contra a administração daquela Justiça Especializada (CC 2.437/SP, Rel. Ministro JOSÉ DANTAS, julgado em 19/03/1992, DJ 06/04/1992). A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, então, passou a reiterar esse entendimento (CC 106.970/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, julgado em 14/10/2009, DJe 22/10/2009; CC 126.729/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, julgado em 24/04/2013, DJe 30/04/2013, v.g.). Pela lógica da Jurisprudência do STJ, portanto, no caso de depoimento falso constatado em causa no âmbito do Tribunal Regional Eleitoral do Distrito Federal, é da Justiça Federal a competência para processar e julgar tal delito.

6. Essa orientação da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça foi ressaltada em decisões monocráticas do Tribunal Superior Eleitoral (AI n. 411095/SC, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJe 31/08/2012; REspE n. 267560/RS, Rel. Min. TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO, DJe 22/05/2012; AI n. 26717/MG, Rel. Min. ARNALDO VERSIANI, DJe de 19/04/2010, v.g.). É necessário consignar, todavia, que em julgado colegiado, o TSE não apontou ilegalidade em hipótese na qual o crime de falso testemunho cometido em processo judicial eleitoral foi apurado em inquérito instaurado por requisição de Juízo Eleitoral (REsp n. 166034, Rel. Ministro HENRIQUE NEVES DA SILVA, DJe 14/05/2015, v.g.).

7. No âmbito da Justiça Militar ocorre igual dificuldade, pois o Superior Tribunal Militar também reconhece a atribuição da Justiça Castrense para o crime de falso testemunho (art. 346 do Código Penal Militar) cometido em processos de sua jurisdição (Apelação n. 7000825-65.2019.7.00.0000, Rel. para o Acórdão: Ministro PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ, DJ 07/08/2020; Revisão Criminal n. 7000931-61.2018.7.00.0000, Rel. Ministro FRANCISCO JOSELI PARENTE CAMELO, DJ 04/10/2019, v.g.).

8. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, ao contrário da Justiça Trabalhista, detém atribuições criminais (como também as Justiças Eleitoral e a Militar). Todavia, diferentemente de todos outros braços do Poder Judiciário da União, o TJDFT possui natureza híbrida, pois sua competência jurisdicional corresponde à dos Tribunais estaduais (ou seja, não se trata de Justiça especializada). Por isso, o Superior Tribunal de Justiça proferiu julgados nos quais consignou que outros crimes (diversos do falso testemunho) cometidos contra o MPDFT ou o TJDFT não são processados e julgados na Justiça Comum Federal.

9. Em conclusão, não cabe a aplicação do entendimento que resultou na edição da Súmula n.º 165/STJ ao TJDFT em razão da índole *sui generis* da Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, distinta por guardar competência criminal e por sua atribuição jurisdicional equivalente à dos Tribunais estaduais impedir o reconhecimento de interesse direto da União na causa.

10. Conflito de competência conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da Vara Criminal e Tribunal do Júri do Recanto das Emas/DF, ora Suscitado.” (CC 166.732/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/10/2020, DJe 21/10/2020; grifou-se).

Imagine-se, então, o caso de alguém já julgado num desses ramos judiciários ser processado em outro. Há muitas possibilidades ainda em aberto para serem examinadas pelos pretórios brasileiros.

De outra banda — e isso começa a se tornar muito frequente, dada a globalização —, há as hipóteses em que se é processado num país vem-se a ser objeto de nova persecução penal em outro, pelos mesmos fatos. O Supremo Tribunal já examinou casos dessa natureza. Num dos últimos, por sinal, reformando decisão do STJ:

“Penal e Processual Penal. 2. Proibição de dupla persecução penal e *ne bis in idem*. 3. Parâmetro para controle de convencionalidade. Art. 14.7 do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Art. 8.4 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos no sentido de ‘proteger os direitos dos cidadãos que tenham sido processados por determinados fatos para que não voltem a ser julgados pelos mesmos fatos’ (Casos Loayza Tamayo vs. Perú de 1997; Mohamed vs. Argentina de 2012; J. vs. Perú de 2013). 4. Limitação ao art. 8º do Código Penal e interpretação conjunta com o art. 5º do CP. 5. Proibição de o Estado brasileiro instaurar persecução penal fundada nos mesmos fatos de ação penal já transitada em julgado sob a jurisdição de outro Estado. Precedente: Ext 1.223/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 28.2.2014. 6. Ordem de habeas corpus concedida para trancar o processo penal.”

(HC 171.118/SP, Rel. Ministro GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 12/11/2019, DJe 14/8/2020; destacou-se)

O acórdão atacado por este *habeas corpus* fora proferido pelo STJ, em votação apertada na sua Quinta Turma — vencidos os Ministros Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas —, no julgamento do RHC 78.684/SP. A tese majoritária no referido colegiado fora a de que o *ne bis in idem* não prevaleceria contra o princípio da territorialidade (art. 5º do CP), de modo que o crime cometido em território nacional — mesmo quando já sancionado no exterior — poderia ser processado pela Justiça brasileira.

Tal entendimento, como visto, foi revertido pelo STF, ao argumento central (exposto no inteiro teor do voto condutor) de que

“O exercício do controle de convencionalidade, tendo por paradigmas os dispositivos do art. 14, n. 7, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o art. 8, n. 4, da Convenção Americana de Direitos Humanos, determina a vedação à dupla persecução penal, ainda que em jurisdições de países distintos”.

Progressão histórica similar pode ser detectada, em certa medida, também na jurisprudência do BVerfG. Em um primeiro momento, a Corte impunha severas restrições à incidência do *ne bis in idem* na esfera internacional, porque:

“O art. 103 (3) da GG somente proíbe múltiplas condenações do autor de um fato por tribunais alemães. A vedação constitucional à nova ação penal depois de uma decisão judicial final sobre a matéria se aplica apenas se um tribunal da República Federativa da Alemanha a decidiu. Por isso, o art. 103 (3) da GG não impede que os órgãos competentes da República Federativa da Alemanha processem um crime já legalmente decidido no exterior, a não ser que a condenação estrangeira seja reconhecida como executável e deste modo a pretensão punitiva seja renunciada”⁵¹.

Posteriormente, com o advento da Convenção de Implementação do Acordo de Schengen (CISA), em 1990, e da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (ChGr), em 2000, a interpretação do art. 103, § 3º, da GG foi atualizada pelo BVerfG:

“De fato, o art. 103 (3) da GG, em sua interpretação anterior, cobria apenas condenações ou absolvições em Cortes alemãs. Todavia, no cenário internacional, a situação jurídica mudou profundamente. Conforme o art. 54 CISA e o art. 50 GrCh, a proibição de dupla punição agora se aplica para assuntos internacionais. Outrossim, o art. 50 GrCh não mais contém em seu teor qualquer restrição quanto à exequibilidade. Consequentemente, é necessário interpretar o art. 103, § 3º, da GG à luz destes fatos e agora aplicá-lo também a assuntos transnacionais”⁵².

A junção de todos estes elementos mostra quão complexa é a tarefa do jurista — mormente do brasileiro — em, considerando um intrincado sistema de repartição de competências, acrescido ainda de uma dimensão internacional, estabelecer parâmetros objetivos para a incidência do *ne bis in idem*. A simples importação dos critérios norte-americanos ou alemães, como visto, não é possível, por ocasionalmente conduzir a resultados inviáveis no Direito pátrio.

4. Conclusão

Ao longo desta investigação, demonstrou-se que o princípio do *ne bis in idem* representa verdadeiro *standard* civilizatório do processo penal, tendo caminhado de mãos dadas com a progressiva limitação do *jus puniendi* estatal durante mais de 2.000 anos.

51. BVerfG. 2 BvM 2/1986. 2º Senado. Julgado em 31/3/1987. Tradução direta do original alemão.

52. BVerfG. 2 BvR 148/2011. 2ª Câmara do 2º Senado. Julgado em 15/12/2011. Tradução direta do original alemão.

A profundidade de suas raízes históricas, porém, não se traduziu em uniformidade de tratamento jurídico pelos países que o adotam.

Com o exame comparativo do regramento da vedação à dupla incriminação nos direitos brasileiro, alemão e norte-americano, é possível detectar diferenças substanciais na definição das hipóteses de incidência do referido princípio, muitas delas refletidas nos textos normativos respectivos.

A *Grundgesetz*, ao proibir mais de uma *punição* pelo mesmo ato, dá substrato ao cabimento de revisão criminal de uma decisão absolutória (que não aplica *punição*, portanto) em situações bastante alargadas, ao mesmo tempo em que demonstra a ênfase dada pelo sistema alemão à *conduta* praticada pelo réu. Por isso, não é a qualificação jurídica atribuída pela acusação que orienta a aplicação do *ne bis idem*, mas sim o exame da conduta imputada ao agente, compreendida enquanto um evento histórico espacial e temporalmente limitado.

Na contramão desta orientação, o rebuscado texto da Quinta Emenda à Constituição dos EUA proíbe o *risco de punição* pela mesma *ofensa*, embasando as decisões da Suprema Corte daquele país que consideram a tipificação penal, e não a conduta do acusado, como principal parâmetro para analisar a incidência da *double jeopardy clause*.

Por fim, no direito pátrio, o art. 8º, n. 4, do Pacto de San José da Costa Rica não deixa dúvidas de que o elemento objetivo central da vedação à dupla persecução é o fato, e não os tipos penais a ele referentes. Há, contudo, uma exceção: no caso de cometimento de crimes em concurso, com separação obrigatória dos processos por regras de competência absoluta, a viabilidade da segunda acusação (ou das posteriores) perante Justiça diversa deve examinar se há diferença entre os tipos imputados nas denúncias, como já decidiu o STF.

Neste cenário, é difícil apontar maior proximidade do sistema brasileiro com algum dos outros dois examinados, porque todos guardam peculiaridades que podem resultar (e com frequência resultam) em soluções diametralmente opostas para casos concretos. Difícil é também, pela mesma razão, pensar em uma quintessência do princípio analisado; de todo modo, ao final deste trabalho, é possível delinear um esboço de resposta a esse questionamento, pois há situações em que, inegavelmente, os diversos critérios analisados culminam na inviabilidade de dupla persecução.

Assim, (I) existindo perfeita identidade geográfico-temporal de fatos não permanentes entre uma acusação posterior e outra (II) da qual já resultou a condenação definitiva do réu, (III) sendo que os tipos penais apontados na segunda correspondem integralmente aos da primeira – ou neles se encontram contidos –, a garantia do *ne bis in idem* impediria a segunda persecução, em qualquer dos sistemas analisados. Parece ser esta a formulação mínima da vedação à dupla incriminação comum aos três ordenamentos.

Alterando-se alguma dessas variáveis numéricas, por outro lado, a proposição já não atenderia à compreensão de *ne bis in idem* dominante em todos. Afinal, sem perfeita identidade espacial e temporal dos fatos (elemento I referido), o BVerfG tende a não reconhecer a proteção do réu contra nova denúncia, algo que seria discutível no direito brasileiro. Inexistindo condenação (elemento II), o § 362 da StPO alemão possibilita

a revisão criminal *pro societate*; também a Suprema Corte dos EUA, historicamente, permite nova persecução quando o primeiro processo for contaminado por vício de incompetência absoluta⁵³, algo inadmissível no direito brasileiro⁵⁴. Finalmente, a distinção de tipos penais entre as duas denúncias (elemento III), embora irrelevante no direito alemão, autoriza a *double jeopardy* nos EUA, conforme o teste de *Blockburger*, bem como no Brasil, na específica hipótese de separação obrigatória de processos perante órgãos jurisdicionais diversos, todos com competência absoluta.

É realmente curioso que um princípio milenar como o *ne bis in idem* receba conformações tão diversas, com efeitos práticos relevantes sobre a liberdade dos cidadãos. Uma possível área futura de pesquisa é, precisamente, o exame dos processos históricos, jurídicos e culturais que levaram a essas sensíveis disparidades; mesmo assim, detecta-se, em todos os sistemas examinados, uma preocupação central com a proteção da dignidade do acusado, evitando submetê-lo, por repetidas vezes, ao sofrimento de um processo penal. Diferenças à parte, é certamente este o maior vetor interpretativo para a vedação à dupla incriminação: compaixão; fraternidade.

5. Referências bibliográficas

- ADLER, Adam. Dual sovereignty, due process, and duplicative punishment: a new solution to an old problem. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 124, n. 2, nov. 2014.
- AVENA, Norberto. *Processo penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021.
- BURTON, Donald Eric. A closer look at the Supreme Court and the double jeopardy clause. *Ohio State Law Journal*, Columbus, v. 49, n. 3, 1988.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- COLANGELO, Anthony. Double jeopardy and multiple sovereigns: a jurisdictional theory. *Washington University Law Review*, St. Louis, v. 86, n. 4, 2009.
- CRUZ, Rogerio Schietti Machado. *A proibição de dupla persecução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- DAWSON, Michael. Popular sovereignty, double jeopardy, and the dual sovereignty doctrine. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 102, n. 1, 1992.
- DEMÓSTENES. *Against Leptines*. Tradução de C. A. Vince e J. H. Vince. Cambridge: Harvard University Press, 1926.
- FAUST, Fritz. Das Verbot der Doppelbestrafung im Deutschen Straf- und Disziplinarrecht – *ne bis in idem*. *Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre*, Bruxelas, v. 6, n. 1, 1967.
- FONSECA, Reynaldo Soares da Fonseca. *O Princípio constitucional da fraternidade: seu resgate no sistema de Justiça*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.
- HENNING, Peter. Precedents in a vacuum: The Supreme Court continues to tinker with double jeopardy. *American Criminal Law Review*, Washington DC, v. 31, n. 1, 1993.
- HESSICK, Carissa Byrne; HESSICK, F Andrew. Double jeopardy as a limit on punishment. *Cornell Law Review*, Ithaca, v. 97, n. 1, 2011.

53. 163 U.S. 662, 1896.

54. CRUZ, Rogério Schietti Machado, *op. cit.*, pp. 142-143.

- JUSTINIANO. *Corpus Juris Civilis*. Tradução de S. P. Scott, 1932. Disponível em: <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/CJ9_Scott.gr.htm#2>. Acesso em: 10 maio 2021.
- _____. *Digesto*. Tradução de S. P. Scott, 1932. Disponível em: <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/D48_Scott.htm#II>. Acesso em: 10 maio 2021.
- JORDAAN, Louise. *Aspects of double jeopardy*. 822 f. University Of South Africa (tese de doutorado), Pretoria, 1997.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.
- MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do ne bis in idem e a Constituição Brasileira de 1988. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, v. 4, n. 16, jul./set. 2005.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021.
- RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2020.
- RUDSTEIN, David. A brief history of the fifth amendment guarantee against double jeopardy. *William and Mary Bill of Rights Journal*, Williamsburg, v. 14, n. 1, out./2005.
- SABOYA, Keity. *Ne Bis in Idem: história, teoria e perspectivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- SCHOMBURG, Wolfgang. Germany, concurrent national and international criminal jurisdiction and the principle ne bis in idem. *Revue Internationale de Droit Pénal*, Toulouse, v. 73, n. 4, 2002.
- SIGLER, Jay. A history of double jeopardy. *The American Journal of Legal History*, Oxford, v. 7, n. 4., 1963.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2006.
- SO, Tat Man. Double jeopardy, complex crimes and Grady v. Corbin. *Fordham Law Review*, Nova York, v. 60 n. 2, 1991.
- WESSELS, Johannes. *Strafrecht: allgemeiner teil*. 42. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2012.