

**O PRINCÍPIO “NE BIS IN IDEM” NOS ÂMBITOS MATERIAL E PROESSUAL
SOB O PONTO DE VISTA DO DIREITO PENAL INTERNO**

**THE "NE BIS IN IDEM" PRINCIPLE IN THE MATERIAL AND PROCEDURAL
FIELDS UNDER THE POINT OF VIEW OF THE INTERNAL CRIMINAL LAW**

Marcella Alves Mascarenhas*

RESUMO

A essência deste trabalho está em definir o princípio do “ne bis in idem”, estabelecendo as dimensões de sua aplicabilidade, tanto no direito processual quanto no direito material, bem como em analisar as implicações de sua relativização, através da ponderação de princípios. Primeiramente, procura-se buscar a base do instituto na Carta Magna, através do princípio da legalidade e da garantia à coisa julgada, para, posteriormente, partir para a análise infraconstitucional. Dentre as aplicações no direito processual, fazemos um estudo atinente às hipóteses de relativização, através de uma breve apreciação da revisão criminal e do *habeas corpus*, para, finalmente, chegar-se ao direito material, onde será examinado o conflito aparente de normas penais e os seus princípios aplicáveis.

Palavras-Chave: *Ne bis in idem*. Coisa julgada. Conflito. Relativização. Legalidade. Litispendência.

ABSTRACT

The essence of this work is in defining the principle of “ne bis in idem”, establishing the dimensions of its applicability, such in the procedural law as in the material law, as well as in analyzing the implications of its relativization, through the balance of principles. First, it is looked to search the base of the institute in the Constitution, through the principle of the legality and the guarantee of the thing judged, for, later, leaving for the infraconstitutional

* Mestranda em Direito (FDC). Advogada.

analysis. Amongst the applications in the procedural law, we make a study related to the relativization hypotheses, through a brief appreciation of the criminal revision and the habeas corpus, for, finally, arriving in the material law, where it will be examined the apparent conflict of criminal norms and its applicable principles.

Keywords : *Ne bis in idem*. Thing Judged. Conflict. Relativization. Legality. Litispendence.

INTRODUÇÃO

Através do presente estudo, intenta-se analisar os diversos aspectos do princípio “ne bis in idem” sob o ponto de vista do direito penal interno, tanto no âmbito material, quanto no âmbito processual, partindo-se de uma abordagem centrada no paradigma constitucional.

É certo que a Constituição Federal de 1988, ao estatuir a garantia da coisa julgada (art. 5º, XXXVI) procurou assegurar a economia e certeza jurídica das decisões judiciais transitadas em julgado, servindo, em outro giro, como fundamento do princípio “ne bis in idem”, em seu aspecto processual.

Por outro lado, o princípio da legalidade, insculpido na Carta Magna, em seu artigo 5º, XXXIX, serve de base ao aspecto substancial do princípio “ne bis in idem”, concretizando os valores da justiça e certeza a ele inerentes.

É, justamente, nesse contexto, que se insere a forte diferenciação existente entre os aspectos processual e material do instituto em estudo.

No primeiro, são levadas em consideração questões de ordem prática, quais sejam, economia e certeza, com a finalidade de se evitar a eternização das demandas, impondo um limite temporal à duração dos processos, com o trânsito em julgado da sentença. Vale ressaltar que, neste campo, o “ne bis in idem” tem caráter relativo.

No que se refere, porém, ao “ne bis in idem” substancial, deve ele fundamentar-se nos valores justiça e certeza, tão caros para um Estado que

privilegie o *status* de inocência bem como o indefectível princípio da legalidade dos delitos e das penas.

Partindo para uma análise em sede infraconstitucional, tem-se, como fundamento do “ne bis in idem” processual o instituto da litispendência que tem como base a impossibilidade de se iniciar nova ação penal, havendo outra em curso, para apurar um mesmo delito: em outras palavras, ninguém pode ser julgado duas vezes pelo mesmo fato.

Pretende-se abordar, também, com o presente estudo, as hipóteses de relativização do “ne bis in idem”, através da possibilidade de revisão judicial “pro reo” e da vedação da revisão “pro societate”, devido a uma conseqüente colisão de princípios. Igualmente, pretende-se estudar os casos em que o ordenamento permite dupla valoração de um mesmo fato e, por fim, os princípios da especialidade, subsidiariedade e consunção, destinados à resolução do problema do afastamento do “bis in idem” material.

1. O PRINCÍPIO “NE BIS IN IDEM”

1.1. Noções Preliminares

O princípio “ne bis in idem”, ou seja, proibição de dupla punição pelo mesmo fato, na sua origem latina já revela de imediato seu sentido: o que não deve ser repetido.

Esse instituto, em sua aplicação jurídica, remete à idéia de proibição ao Estado de submeter um sujeito a uma dupla condenação ou a um duplo processo em virtude de um mesmo fato delituoso.

Parece por bem reconhecer a existência de certa disparidade, e até mesmo incoerência, residente no fato de submeter alguém a uma segunda punição derivada de um mesmo crime, ou à insegurança de um segundo processo, também por uma mesma infração penal.

O referido princípio, que poderia ser considerado como uma restrição ao poder punitivo do estado, consubstancia-se numa garantia de resguardo da liberdade e da segurança nas relações sociais e jurídicas, sendo

essencial a um Estado Democrático de Direito fundado na dignidade da pessoa humana. Além do mais, pode também ser visto como um meio de pacificação social, frente ao receio da sociedade em se ver entregue a um *jus puniendi* ilimitado.

Como se vê, o instituto do “ne bis in idem” procura preservar a garantia da liberdade, muito embora sacrificando o interesse da coletividade, porém, visando resguardar a segurança jurídica do indivíduo frente ao estado.

1.2. “Ne bis in idem” processual e “ne bis in idem” material

O princípio da proibição de dupla punição tem incidência no direito processual e no direito material. É preciso que se faça uma distinção entre sua dimensão substantiva – o mesmo fato não pode ser duplamente sancionado – e sua dimensão processual – ninguém pode ser investigado, processado ou julgado novamente por uma infração pela qual haja sido absolvido ou condenado, definitivamente.

No ordenamento jurídico brasileiro, os referidos princípios encontram manifestação na Constituição Federal (através da garantia à coisa julgada e do princípio da legalidade), no Direito Penal, em seu aspecto material, e no Direito Processual Penal, em seu aspecto formal.

No tocante ao enfoque material, o instituto encontra fundamento nos valores da justiça e certeza das decisões, privilegiando o *status* de inocência, e se manifesta através da extraterritorialidade e do princípio da legalidade.

Quanto ao aspecto processual, o princípio se baseia, mormente, em questões de ordem prática, quais sejam, economia e certeza com a finalidade de se evitar a eternização das demandas, manifestando-se na garantia da coisa julgada e no instituto da litispendência.

Vale ressaltar que, no primeiro caso, o princípio possui caráter absoluto, e no segundo, possui caráter relativo.

Ademais, as peculiaridades desses dois enfoques do instituto em estudo serão analisadas mais detalhadamente nos próximos capítulos.

1.3. Outras manifestações do princípio “ne bis in idem”

O direito consuetudinário (*common law*) possui como uma das normas mais antigas a proibição do *double jeopardy*, traduzido para o vernáculo como duplo risco, de onde se extrai que nenhum homem deve ser colocado mais de uma vez em situação de risco em virtude de uma mesma ofensa. Não poderá haver novo julgamento ou condenação para um mesmo fato onde já houve julgamento resultando uma condenação ou uma absolvição.

Como se vê, o *double jeopardy* é instituto bem semelhante ao *bis in idem*.

Advinda do *common law*, a proibição do *double jeopardy* encontra-se consagrada na Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos (*Amendment V of the Bill of Rights*):

No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation. (g.n.)¹

Conforme se extrai do trecho destacado, nenhuma pessoa deverá sujeitar-se a ser duplamente colocada em risco pela mesma violação.

Vale ressaltar que a garantia adquiriu eficácia tanto no sentido de se impedir a dupla punição, bem como no de não permitir uma nova persecução por sua prática.

Da mesma forma, o princípio do “ne bis in idem” também pode ser encontrado na Declaração dos Direitos Fundamentais da União Européia (*Charter of Fundamental Rights of the European Union*), em seu artigo 50:

¹ ESTADOS UNIDOS. *Bill of Rights*. Disponível em: < http://www.archives.gov/national-archives-experience/charters/bill_of_rights_transcript.html>. Acesso em: 17 de dezembro de 2008.

Article 50

Right not to be tried or punished twice in criminal proceedings for the same criminal offence

No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings for an offence for which he or she has already been finally acquitted or convicted within the Union in accordance with the law. (g.o.)²

O instituto também foi consagrado por pactos internacionais onde o Brasil faz parte.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da ONU, em seu artigo 14, §7º dispõe que “Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país”. Porém, neste caso, não se pode equivocadamente entender que os efeitos dos julgados penais ou dos processos instaurados num determinado país influirão na esfera do direito interno dos demais estados.

Paralelamente, o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), em seu artigo 8º, §4º, estabelece que “O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”. Note-se que a expressão “mesmos fatos” torna o dispositivo mais abrangente, embora traga dificuldades práticas para aplicação do princípio.

Embora sejam estas, juntamente com as previstas pelo direito pátrio, as mais expressivas manifestações do instituto para este estudo, é importante ressaltar que ele se encontra presente em vários outros ordenamentos, como imperativo de um Estado Democrático de Direito fundado nos valores da liberdade e da segurança jurídica.

² UNIÃO EUROPEIA. *Charter of Fundamental Rights of the European Union*. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf>. Acesso em: 17 de dezembro de 2008.

3. “NE BIS IN IDEM” PROCESSUAL

O princípio “ne bis in idem” não encontra previsão expressa sob sua denominação específica em nenhum diploma legal interno. Trata-se, pois, basicamente, de uma construção doutrinária³ que encontra fundamento em outros institutos de relevante importância.

No ramo do direito processual penal, o princípio se manifesta através da coisa julgada, em sede constitucional, e da litispendência, em sede infraconstitucional.

A seguir, faremos uma abordagem de sua relação com cada uma dessas normas.

3.1. Fundamentos da coisa julgada

O princípio da autoridade da coisa julgada, tão caro e tão reverenciado em todos os ramos do direito, relaciona-se com a necessidade imprescindível da manutenção da ordem e da paz social e se justifica através do pressuposto de que deve haver uma resposta final e definitiva para cada matéria levada à apreciação do judiciário.

Como bem salienta Cândido Rangel Dinamarco, sobre a coisa julgada, esta “resolve-se em uma situação de estabilidade, definida por lei, instituída mediante o processo, garantida constitucionalmente e destinada a proporcionar segurança e paz de espírito às pessoas.”⁴

No entanto, não se deve esperar que a definitividade da sentença decorra da satisfação dos litigantes, convencidos da excelência do julgado. Esta situação, embora ideal na teoria, nunca poderia ser aplicada na prática.

Paralelamente, o que seria da liberdade individual e da segurança dos cidadãos caso as acusações e os processos criminais pelo mesmo fato delituoso e contra a mesma pessoa pudessem repetir-se e renovar-se

³ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. O Princípio do *ne bis in idem* no Direito Penal Internacional. In: *Revista da Faculdade de Direito de Campos*. Campos dos Goytacazes: Ed. FDC, 2003, Ano IV, nº. 4, p. 94.

⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a Coisa Julgada Material*, in.: NASCIMENTO, Carlos Valder do. (coordenador) *Coisa Julgada Inconstitucional*, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 54/55.

indefinidamente, sem um termo estável e definitivo?

Numa sociedade em que tal se desse, em que o poder público tivesse a faculdade de recomeçar processos criminais findos por julgamentos definitivos, a justiça seria um constante flagelo, um meio permanente de opressão, muitas vezes contra o inocente, uma ameaça perene à liberdade, honra e vida do cidadão.

Conforme o entendimento de Fernando da Costa Tourinho Filho:

Há um interesse público – a paz social – em que os litígios tenham fim. Seria profundamente desastroso não pudessem os litigantes, num determinado instante, ter a 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 intranqüilidade e a insegurança dos 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.⁵

Através das considerações tecidas acima, pode-se compreender com clareza um dos principais fundamentos do princípio da coisa julgada, qual seja, o da economia processual, através do qual se procura evitar a eternização dos processos.

Outro importante fundamento desse princípio é o da segurança. Uma vez instalada a coisa julgada sobre determinada matéria, esta não poderá voltar a ser discutida. O instituto pode ser manejado no processo subsequente, instaurado contra o mesmo réu, materializando-se na vedação do ‘ne bis in idem’ processual.

Nesse sentido, a coisa julgada como instrumento processual destinado a garantir a proibição ao “bis in idem” justifica-se, mormente por questões de ordem prática: a certeza e a economia como pressupostos da segurança jurídica e da utilidade social.

Sobre o tema, já se manifestou o Prof. Leonardo Greco:

A coisa julgada é garantia fundamental do processo porque se aquele a quem o juiz atribuiu o pleno gozo de um direito não puder, daí em diante, usufruí-lo plenamente sem ser mais molestado pelo adversário, a jurisdição nunca assegurará em definitivo a eficácia concreta dos direitos dos cidadãos. Por outro lado, a coisa julgada é

⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, vol. 4, p. 298.

uma conseqüência necessária do direito fundamental à segurança (art. 5º, inciso I, da Constituição), pois, todos aqueles que travam relações jurídicas com alguém que teve determinado direito reconhecido judicialmente, devem poder confiar na certeza desse direito que resulta da eficácia que ninguém pode negar aos atos estatais.⁶

Desta forma, o valor da justiça da decisão não é levado em consideração para a configuração desse instituto. *A priori*, a autoridade da coisa julgada, com o objetivo de evitar a perenização dos conflitos, pode parecer contrária ao princípio da verdade real, adotado no processo penal. Porém, o Estado coloca à disposição dos cidadãos as vias recursais. Esgotadas estas, sendo injusta, ou não, a sentença transitará em julgado.

No mesmo sentido, José Frederico Marques assevera:

Por mais publicística que seja a concepção dominante do direito e processo penal, muitas vezes a verdade formal prevalece sobre a real, sem que exista qualquer remédio jurídico para o impedir. Na hipótese de ser descoberta a participação de alguém em crime já apreciado definitivamente em sentença absolutória passada em julgado, a regrado non bis in idem obsta que se instaure qualquer processo contra o verdadeiro autor do crime, prevalecendo assim a verdade formal do res judicata pro veritate habetur.⁷

No entanto, a imutabilidade de sentença transitada em julgado não é absoluta na esfera processual para a defesa, uma vez que é possível o ajuizamento de revisão criminal.

Pode-se afirmar, portanto, que o “ne bis in idem”, no aspecto do direito processual, sob a ótica da defesa, adquire caráter relativo, eis que, uma vez fundado nos valores da economia e certeza, pode ser preterido em algumas hipóteses em favor do valor da justiça da decisão.

3.2. Litispendência e “ne bis in idem”

O conceito de litispendência, em sentido amplo, alude a uma situação jurídica que nasce com o processo e termina com ele. A doutrina utiliza esse conceito para se referir a um conjunto de efeitos que de alguma

⁶ GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=429>. Acesso em 17 de maio de 2007.

⁷ FREDERICO MARQUES, José. Estudos de Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 29.

forma podem associar-se à existência de um processo pendente sobre um objeto determinado.

Em seu sentido estrito, o conceito de litispendência é utilizado para denominar a situação que se produz quando existe mais de um processo pendente sobre a mesma lide. O princípio geral que se aplica a estas situações é o de que um processo não deve ter prosseguimento e, em qualquer caso, não deve haver decisão de mérito caso exista outra demanda pendente, versando sobre o mesmo fato e em face do mesmo agente.

Assim, pode-se dizer que uma vez pendente de julgamento determinada lide com certo objeto, há uma eficácia excludente, tendente a se projetar sobre qualquer processo posterior com idêntica questão, tendo como finalidade sua extinção sem análise do mérito.

É compreensível, portanto, que o princípio do “ne bis in idem” é pedra basilar ao instituto da litispendência. Este último, no âmbito penal, além de ter como fundamento a proibição de dupla persecução, tem como finalidade impedir que haja pronunciamentos judiciais diversos para uma mesma matéria, ocasionando a existência de demandas inúteis tendentes a lesar o princípio da economia processual.

De acordo com a lição de Magalhães Noronha sobre o instituto da litispendência, “Fundase esta no princípio de que ninguém pode ser julgado duas vezes pelo mesmo fato. É o *non bis in idem* que se tem em vista. Existente um processo, é incompreensível que se inicie outro pelo mesmo delito.”⁸

Tendo como enfoque o princípio do “ne bis in idem” há uma grande identidade entre os institutos da coisa julgada e da litispendência. Pode-se dizer que ambos possuem fundamento e finalidade similares.

Assim como a coisa julgada, a litispendência possui como finalidade a economia e segurança das decisões judiciais, evitando que sejam tomados dois juízos para a apreciação de uma mesma demanda, o que favoreceria a

⁸ NORONHA, Magalhães. Curso de Direito Processual Penal. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 65.

demora de outros julgamentos, bem como a ocorrência de divergência nos pronunciamentos.

De acordo com Fernando da Costa Tourinho Filho:

A litispendência tem como efeito importantíssimo o de impedir a duplicação da ação, isto é, enquanto houver uma lide pendendo de julgamento, não poderá ser instaurado outro processo contra a mesma pessoa e pelo mesmo fato. Se tal ocorrer, a parte poderá, por meio da exceptio litispendentiae, evitar o bis in idem.⁹

É certo que a eficácia excludente da litispendência seria uma espécie de antecipação da função negativa da coisa julgada material. Em outras palavras, pendendo processo criminal, por certo fato, havendo repetição da ação, pode esta ser obstada pela litispendência. Se não o for, e ainda assim a causa prosseguir, poderá esta ser anulada pela força imperativa da coisa julgada. Ambos são elementos obstativos de um novo processo por um mesmo fato e em face de uma mesma pessoa.

O Código de Processo Penal apresenta deficiências quanto à caracterização e ao entendimento do instituto da litispendência. Destarte, por analogia (autorizada pelo art. 3º desse diploma) pode-se extrair subsídios do Código de Processo Civil, obviamente adaptados às especificidades do processo penal.

Desse modo, haverá litispendência nos casos em que, após instaurado o processo e antes de seu julgamento definitivo, for renovada a propositura de ação idêntica. Para tanto, pode-se considerar o recebimento da denúncia como marco inicial para fins de seu reconhecimento.

É válido ressaltar que, os elementos necessários para efeito de reconhecimento da litispendência no processo penal se diferem dos que se destinam ao reconhecimento do instituto no processo civil. Consideram repetidas as ações penais quando a imputação atribui a uma mesma pessoa, mais de uma vez, a mesma conduta delituosa.

Uma vez existente a litispendência e argüida a exceção correspondente, esta se resolve, quando ambos os juízes são competentes,

⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, vol. 2, p. 521.

pela prevenção em favor daquele que tiver antecedido ao outro a prática de algum ato do processo ou de medida a ele relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa, tudo conforme dispõe o Código de Processo Penal, em seu art. 83.

3.3. Relativização da coisa julgada (revisão criminal e *habeas corpus* em matéria penal)

Conforme já ressaltado anteriormente, uma das peculiaridades do “ne bis in idem” processual, em contraste com o material, é que o primeiro pode ser relativizado. É sabido que no âmbito formal, o instituto tem como fundamento os valores da economia e da segurança, diferentemente do que ocorre no âmbito material, onde os fundamentos são a justiça e a certeza das decisões, valores esses absolutos.

O instituto da coisa julgada, uma vez decorrente do princípio da proibição de dupla punição, também adquire esse caráter relativo em algumas hipóteses. Porém, tendo em vista seu *status* de garantia constitucional, essa relativização somente pode ocorrer em casos excepcionais previstos pelo legislador, onde o valor da justiça prevalece sobre o valor da segurança.

Uma vez havida por certa a ocorrência de injustiça em um comando jurisdicional, que resulte em uma supressão ilegal aos direitos fundamentais de uma pessoa, em outras palavras, sobrevindo condenação transitada em julgado comprovadamente injusta, o estado oferece a possibilidade de se pleitear a sua revisão através das ações impugnativas.

É importante ressaltar que as ações impugnativas são instrumentos que se destinam a desconstituir decisões judiciais, porém, se desenvolvem em processo autônomo, diverso do que fora proferido o comando a ser desfeito, não possuindo natureza jurídica de recurso. São admissíveis taxativamente e se desenvolvem através de procedimento distinto do adotado pela ação que lhe deu causa.

São três os meios de impugnação das decisões judiciais transitadas em julgado, quais sejam: revisão criminal, *habeas corpus* e mandado de

segurança contra ato jurisdicional penal. Estudaremos a seguir a revisão criminal e o *habeas corpus*, por serem os mais utilizados.

3.3.1. Revisão Criminal

O magistrado, durante a atividade judicante, como em toda atividade humana, está sujeito a cometer erros na prolação de suas decisões. Para tanto, prevendo a incidência de eventuais equívocos, o legislador colocou à disposição do acusado o instituto da revisão criminal, que pode ser aplicado de acordo com os critérios previstos no Código de Processo Penal, em seu artigo 621.

Importante salientar que a revisão criminal deve ser entendida como um meio excepcional, para hipóteses arroladas taxativamente, em observância à garantia da autoridade da coisa julgada prevista em sede constitucional, que se baseia nos valores da segurança e certeza jurídicas. Portanto, esta ação não pode ser vista como um meio comum para impugnação de decisões de mérito. Vale lembrar que a natureza jurídica do instituto da revisão criminal é de ação autônoma, como é peculiar das ações impugnativas.

Quando ocorre alguma das hipóteses previstas no artigo 621 do CPP, onde é permitida a revisão, a coisa julgada é relativizada. Essa permissibilidade se dá em virtude da aplicação do princípio da proporcionalidade, no sentido de se privilegiar o valor da justiça em detrimento dos valores da certeza e da segurança jurídica. Essa preponderância é muito importante principalmente no Direito Penal, onde se tutela a liberdade, garantia fundamental prevista na Carta Magna.

Vale ressaltar que, no Brasil, a utilização desse instituto somente é permitida em favor do réu, devido à proibição da *reformatio in pejus*. É vedada, portanto, a revisão *pro societate*, sendo admitida somente a revisão *pro reo*.

A vedação supramencionada encontra fundamento político. Os interesses do bem comum são mais bem atendidos com a manutenção de uma sentença injusta proferida em favor do réu do que com a instabilidade e a insegurança a que ficaria submetido o acusado absolvido, se o pronunciamento

absolutório pudesse ser objeto de revisão.¹⁰ Em outras palavras, o Estado prefere arcar com o ônus de se absolver um culpado do que com o trauma moral advindo da condenação de um inocente.

Em contrapartida, não faltam teses tendentes a defender o cabimento da revisão *pro societate*. Nesse entendimento, é argumentado que, do mesmo modo que a atividade judicante está sujeita a erros ao verificar a condenação, esses erros também podem resultar em uma absolvição injusta. Portanto, os interesses da sociedade no sentido da segurança e da punição efetiva dos delinqüentes devem ser tutelados. Caso contrário poderia haver o favorecimento da impunidade.

No nosso ordenamento jurídico as decisões judiciais são baseadas no que foi construído ao longo do processo, respeitando as garantias da ampla defesa e do contraditório, inclusive possibilitando às partes o acesso às vias recursais. Destarte, o instituto da revisão criminal deve ser utilizado com certa moderação, em respeito à garantia da coisa julgada. Já salientou Eugênio Pacelli de Oliveira sobre o assunto:

Mas como a coisa julgada desempenha também um papel de certa relevância para as decisões judiciais condenatórias, compreende-se que a via aberta à ação de revisão criminal não seja assim tão alargada, como se tratasse de uma nova ação penal invertida, isto é, promovida pelo acusado. Por isso, há requisitos mínimos para o ajuizamento de tais ações, a impor que tenham elas fundamentação vinculada.

Por fundamentação vinculada estamos a nos referir às exigências a que deverá submeter-se o autor da ação de revisão criminal, no que toca às hipóteses de cabimento da ação.¹¹

Observa-se, portanto, que para possibilitar a relativização da coisa julgada por meio das ações impugnativas, deve haver a ponderação dos princípios em questão no caso concreto, tendo em vista o surgimento de um incontestável conflito.

Imagine-se, por exemplo, uma condenação transitada em julgado por um crime de homicídio culposo. Já na fase de execução, suponha-se que

¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Recursos no Processo Penal. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.307.

¹¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 4ª ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2005, p.692.

haja o surgimento de novas provas incontestáveis da inocência do réu, que por sua vez já cumpre a pena que lhe fora cominada. Nesta situação, pode-se ver o conflito entre os valores da autoridade da coisa julgada e os da liberdade e da justiça. Vale lembrar que todos eles possuem *status* constitucional. Nesse caso, não é difícil concluir que se deve afastar o princípio da coisa julgada para privilegiar os princípios da liberdade e da justiça. A revisão criminal pode e deve ser ajuizada para a tutela desses valores.

Veja-se, paralelamente, uma situação contrária, em que tenha sido prolatada sentença absolutória transitada em julgado pelo mesmo crime, e, posteriormente, descoberta prova de que seria o réu culpado. Novamente, há o surgimento de conflito entre princípios constitucionais, a autoridade da coisa julgada, a liberdade e o “ne bis in idem” *versus* a segurança e o interesse da sociedade à punição dos delinquentes. No presente caso deve-se pensar que já sofreu o réu o ônus do processo penal e fora absolvido. O Estado, por si só já possui maior vantagem em termos de recursos probatórios durante a persecução penal e teve acesso aos meios recursais. Mesmo assim, sobreveio a absolvição. Seria mesmo pertinente a uma sociedade que privilegia a presunção de inocência submeter o réu a uma nova persecução? Seria mesmo razoável que se relativizasse a coisa julgada e violasse a garantia do “ne bis in idem”, além de privar o sujeito de sua liberdade? Nesse caso a resposta mais aceitável, de acordo com o ordenamento jurídico-penal, é a negativa.

Através da análise das hipóteses acima expostos, pode-se compreender que o nosso processo penal tem como primado a proteção do inocente, e, de igual forma, o estado deve arcar com os ônus de sua própria incapacidade. Não deve o réu estar eternamente sujeito a um novo processo pelo mesmo fato, tendo em vista que o estado não teve base para sujeitá-lo a uma condenação. A garantia do “ne bis in idem”, quando benéfica para o réu, será absoluta.

3.3.2. Habeas Corpus

Constitui o *habeas corpus* em “Remédio judicial que tem por finalidade evitar ou fazer cessar a violência ou a coação à liberdade de locomoção decorrente de ilegalidade ou abuso de poder”.¹² Este instituto, além de possuir procedimento célere e simples, tem a peculiaridade de propiciar o reexame de grande parte dos provimentos, podendo ser utilizado como forma de tutela preventiva. O *habeas corpus* é previsto constitucionalmente, no artigo 5º, LXVIII, e o Código de Processo Penal veio disciplinar seu processamento nos artigos 647 a 667.

Como já salientado no tocante às ações impugnativas, a ação de *habeas corpus* tem natureza jurídica de ação autônoma e não de recurso. Mais especificamente, trata-se de processo de conhecimento onde se pretende obter a cognição completa no tocante à análise da legalidade da restrição ou ameaça de restrição ao mencionado direito à liberdade de locomoção.

Com relação à sua aplicabilidade para desconstituir decisão transitada em julgado, questão pertinente ao presente estudo, pode-se dizer que a referida ação de conhecimento objetiva um provimento constitutivo e possui o caráter mandamental que é peculiar ao *writ*, visto que se destina ao recebimento de uma tutela de urgência relacionada a direito fundamental.¹³

Existe uma complexidade acerca da possibilidade de aplicação do *habeas corpus* para desconstituir a coisa julgada, cumprindo o papel da revisão criminal. De acordo com o entendimento de Eugênio Pacelli de Oliveira¹⁴, não há controvérsias acerca de sua aplicação para rescisão da coisa julgada em se tratando de condenações proferidas por juiz absolutamente incompetente, ou veiculadas em processo absolutamente nulo, conforme previsão no Código de Processo Penal, nos incisos III e VI do artigo 648. Já com relação ao caso de atipicidade manifesta da conduta, uma vez constituída a coisa julgada, o referido autor também reconhece a possibilidade de aplicação do remédio

¹² CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 519.

¹³ Nesse sentido, GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Recursos no Processo Penal*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 346.

¹⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 4ª ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2005, p. 699.

constitucional, porém, fundamenta no igual cabimento da ação de revisão criminal:

Ora, se é cabível a ação de revisão criminal contra condenação absolutamente contrária ao texto de Lei (art. 621, I, CPP), porque não se poderia, desde logo, desde que competente o órgão julgador (o mesmo competente para a ação de revisão), reconhecer o error in judicando?

(...)

E, se cabível a revisão, porque não o seria o habeas corpus, que, do mesmo modo, é também ação constitutiva ou desconstitutiva, distinguindo-se da primeira (revisão) sobretudo pela impossibilidade de instrução probatória?

A posição defendida por Pacelli quanto ao cabimento da aplicação do instrumento em estudo para desconstituir a coisa julgada se mostra correta. Porém, o entendimento do autor não parece acertado quanto ao fundamento dessa admissibilidade.

As ações impugnativas da revisão criminal e do *habeas corpus* possuem diferentes finalidades, embora, na prática, possam obter o mesmo efeito no caso concreto.

A revisão criminal, como já anteriormente explicitado, se destina a corrigir um possível erro no julgamento, um vício responsável por tornar injusta a decisão, levando-se a desconstituir a coisa julgada. Paralelamente, o *habeas corpus* visa a impedir uma coação ilegal ao direito de liberdade de locomoção.

Uma vez verificada uma atipicidade manifesta da conduta, tendo como resultado uma condenação injusta, conclui-se que a privação da liberdade passa a ser ilegal. Surge aí a possibilidade de impetrar o *writ*, com base no artigo 647 c/c 648, IV do Código de Processo Penal, de onde se extrai ser aplicável o remédio “quando houver cessado o motivo que autorizou a coação”, ou seja, ausência de justa causa e fundamentação legal para a prisão.

Desta forma pode-se observar que o *habeas corpus* será aplicado com a finalidade imediata de fazer cessar a coação ilegal, e, conseqüentemente será desconstituída a coisa julgada para reformar a decisão, porém, apenas em via de conseqüência, não sendo esta sua destinação específica.

Portanto, embora ambas as ações tenham como efeito o desfazimento da coisa julgada, a aplicação do *writ* não se justifica apenas pelo fato de ser aplicável a revisão criminal, como entende Pacelli, mas pelo fato de se ver criada uma situação de prisão ilegal, que leva à necessidade de modificar a decisão.

Essa diferença pode ser mais claramente observada quando se trata de condenações por outras penas que não a privativa de liberdade. De acordo com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

Súmula n. 693: Não cabe habeas corpus contra decisão condenatória a pena de multa, ou relativo a processo em curso por infração penal onde a pena pecuniária seja a única cominada.

Súmula n. 694: Não cabe habeas corpus contra a imposição da pena de exclusão de militar ou de perda de patente ou de função pública.

Em situações como as explicitadas acima, é cabível a revisão criminal, e não o *writ*. Portanto, deve-se ter como base a aplicabilidade do segundo no que tange à sua real finalidade prevista constitucionalmente, ou seja, a coação ilegal da liberdade de locomoção, caso contrário, pode haver a incorreta aplicação do instituto.

Superada a questão da fundamentação do *habeas corpus* no tocante à sua admissibilidade para desconstituir a coisa julgada, deve-se passar para a análise dos princípios envolvidos nessa aplicação.

Quando observado o surgimento de um conflito entre os princípios constitucionais liberdade de locomoção e justiça *versus* autoridade da coisa julgada, deve ser relativizada a coisa julgada através da impetração do *writ*.

Caso fosse levada à risca a proibição de dupla persecução (sentido amplo do “ne bis in idem”), o princípio poderia adquirir função contrária da que se destina. Ao invés de servir como forma de proteção, tornar-se-ia fundamento de uma condenação injusta, impedindo sua correção. Em outras palavras, o condenado injustamente seria mantido na prisão através da proibição do “bis in idem” e da garantia da coisa julgada. Tal situação seria inaceitável para um Estado Democrático de Direito que tem como um dos pilares a proteção da inocência e a busca da verdade real.

4. “NE BIS IN IDEM” MATERIAL NO DIREITO PENAL INTERNO

Com relação ao estudo do princípio da proibição de dupla punição no direito material, serão feitas breves considerações acerca do conflito aparente de normas penais e os princípios aplicáveis no sentido de ser este resolvido.

Dentre os estudos do “ne bis in idem” no direito material, importante questão é a da extraterritorialidade, disposta no artigo 8º do Código Penal. No tocante à extraterritorialidade incondicionada, deverá haver a análise pelo magistrado das diversidades qualitativas e quantitativas da pena a ser imposta no Brasil, em relação à cumprida no exterior, visando evitar a duplicidade de punição. Já com relação à extraterritorialidade condicionada, em havendo condenação (com respectivo cumprimento integral de pena) ou absolvição no exterior, não poderá ser aplicada pena no Brasil em virtude da extinção da punibilidade, novamente com vistas a evitar o *bis in idem*. Porém, esta questão não será alvo deste trabalho, cedendo espaço para a análise das hipóteses do conflito aparente de normas penais.

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

4.1. Conflito aparente de normas penais

O ordenamento jurídico é constituído por diversas normas e disposições, ordenadas harmonicamente. Algumas dessas normas são independentes entre si, já outras se coordenam, no sentido de se integrarem ou se excluírem reciprocamente. Dessa forma, o aplicador do direito precisa, em alguns momentos, determinar qual das normas será aplicada para um dado caso concreto.¹⁵

¹⁵ Nesse sentido, JESUS, Damásio Evangelista de. Direito Penal. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, vol. 1, p. 107.

Contudo, em algumas situações, a um mesmo fato concreto podem ajustar-se duas normas diferentes, dois tipos legais de crime. Por exemplo, quando um fato apresenta elementos constitutivos de duas ou mais normas legais, ou quando um fato previsto por uma norma legal está compreendido no fato previsto por outra. Nestes casos, diz-se estar diante de um conflito aparente de normas penais.

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

Conforme entendimento de José Frederico Marques:

Diz-se, porém que esse conflito é tão-só aparente porque se duas ou mais disposições se mostram aplicáveis a um dado caso, só uma dessas normas, na realidade, é que o disciplina. A espécie delituosa, em tal hipótese, é subsumível em diversas regras preceptivas ou descrições abstratas da lei penal: enquadra-se, portanto, em várias normas, das quais uma apenas encontra aplicação.¹⁶

Não se pode confundir, outrossim, o conflito aparente de normas penais com o concurso de crimes. O primeiro, como já ressaltado, ocorre quando a um mesmo fato punível podem ser aplicáveis diversos preceitos penais, que se excluem entre si, de modo que, por essa exclusão, somente uma das leis deve ser aplicada. Em outras palavras, o fato praticado se enquadra em mais de um tipo penal, embora se trate de apenas uma infração, para a qual uma só pena será aplicada. No concurso de crimes, o agente pratica, mediante uma ou várias ações, dois ou mais crimes, idênticos ou não. Nesse caso, as penas são aplicadas segundo os critérios do cúmulo jurídico (exasperação), ou material.

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

¹⁶ MARQUES, José Frederico. Tratado de Direito Penal. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 1997, vol. 2, p. 437.

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

Percebe-se, portanto, que para ver configurado o conflito aparente de normas penais, existindo a situação típica de várias normas disputando aplicação a um fato concreto, devem estar presentes dois pressupostos, quais sejam, a unicidade do fato (ainda que complexo) e a identidade de bem jurídico atingido.

4.2. Princípios aplicáveis

Com relação ao conflito aparente de normas penais, existem princípios aplicáveis no sentido de se avaliar em qual dos tipos legais deve a ação cometida ser enquadrada, evitando-se assim a incidência de “bis in idem”. Esses princípios são o da especialidade, subsidiariedade e consunção.

Através dos referidos princípios, será feita uma interpretação do fato em relação às normas com a finalidade de se precisar qual delas será mais adequada para ser aplicada no caso concreto.

4.2.1. Princípio da Especialidade

Esse princípio se baseia no axioma “*Lex specialis derogat lex generalis*”.

Existem normas penais incriminadoras que guardam umas com as outras uma relação de gênero para espécie, ou seja, de especialidade. Uma norma é genérica, e, conseqüentemente as outras são, em relação a ela, específicas.¹⁷

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

¹⁷ TELES, Ney Moura. Direito Penal. 2ªed. São Paulo: Atlas, 1998, vol. 1, p. 204.

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

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

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

Como é facilmente perceptível, ainda no tocante ao exemplo acima, há uma peculiaridade no princípio da especialidade que o distingue dos demais, que serão posteriormente estudados. Através de seu conteúdo lógico, possibilita a comparação *in abstracto* a respeito das normas aplicáveis, diferentemente dos demais, que necessitam de um confronto *in concreto* das leis sobre o fato.

4.2.2. Princípio da Subsidiariedade

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

Pode ocorrer da relação existente entre duas normas penais não ser de gênero para espécie, mas de subsidiariedade. Fala-se que uma norma é subsidiária à outra, primária, quando dispõe sobre grau de violação do bem jurídico de menor gravidade que a descrita na norma primária, principal. Em outras palavras, há subsidiariedade quando, em relação a um mesmo bem jurídico, há determinados graus diversos de ofensa, de modo que a ofensa

maior absorve a menor e, por isso, a aplicabilidade desta está condicionada à não aplicação da primeira.

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

A subsidiariedade pode ser classificada em implícita ou explícita.

Explícita é subsidiariedade quando a própria norma ressalta essa qualidade expressamente no tipo. Nesse sentido, conforme o artigo 132 do Código Penal, ao dispor sobre o crime de perigo para a vida ou a saúde de outrem, o legislador dispõe que esta pena somente será aplicada se o fato não constituir crime mais grave. Ou seja, caso haja a consumação do dano não será aplicada pena para o crime de perigo, subsidiário.

Já a subsidiariedade implícita ocorre quando o legislador não ressalta expressamente o caráter subsidiário da norma, embora esta somente se veja aplicada nas hipóteses em que o fato não configure delito mais grave. Em sendo o fato apto a configurar delito mais grave, este, por si só, afastará a incidência da norma subsidiária. Em outras palavras, diz-se implícita porque a norma subsidiária não determina, expressamente, a sua aplicação à não ocorrência da infração principal.¹⁸ Como exemplo da subsidiariedade implícita tem-se o crime de dano relacionado com o crime de furto qualificado pela destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa. Os elementos típicos do dano funcionam como qualificadora do furto.

Conforme a lição de Hungria:

A diferença que existe entre especialidade e subsidiariedade é que, nesta, ao contrário do que ocorre naquela, os fatos previstos em uma e outra norma não estão em relação de espécie a gênero, e se a pena do tipo principal (sempre mais grave que a do tipo subsidiário) é

¹⁸ JESUS. Damásio Evangelista de. Direito Penal. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 113.

excluída por qualquer causa, a pena do tipo subsidiário pode apresentar-se como 'soldado de reserva' e aplicar-se pelo residuum.¹⁹

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

Entretanto, o princípio da subsidiariedade não possui tanta utilidade, tendo em vista que problemas dessa ordem podem ser perfeitamente solucionados pelo princípio da especialidade. Caso seja uma norma especial em relação à outra, terá ela aplicação ao caso concreto. Se a norma subsidiária foi aplicada, é sinal de que nenhuma outra mais gravosa poderia ter aplicação. Isso não deixa de ser especialidade.²⁰

4.2.3. Princípio da Consumção

Ocorre a relação consuntiva, ou de absorção, quando um fato definido como crime por uma norma penal é meio necessário ou normal fase de preparação ou execução de outro crime, bem como quando constitui conduta anterior ou posterior do agente, cometida com a mesma finalidade prática atinente àquele crime. Nesses casos, a norma penal incriminadora que descreve o meio necessário, a normal fase de preparação ou execução de outro crime, ou a conduta anterior ou posterior, é excluída pela norma a este relativa.²¹

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

¹⁹ HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 1, t. I, p. 139.

²⁰ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Geral. 4ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 33.

²¹ JESUS. Damásio Evangelista de. op. cit. v. 1, p. 114.

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

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

Nesse sentido, salienta Fragoso:

Os fatos posteriores que significam um aproveitamento e por isso ocorrem regularmente depois do fato anterior são por este consumidos. É o que ocorre nos crimes de intenção, em que aparece especial fim de agir. A venda pelo ladrão da coisa furtada como própria não constitui estelionato. Se o agente falsifica moeda e depois a introduz em circulação pratica apenas o crime de moeda falsa (art. 289, CP).²²

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

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

Tem-se sustentado, em geral, que este princípio tem aplicação quando o fato previsto por uma norma está compreendido no tipo descrito em outra, que é de mais amplo alcance. Porém, não é relevante que os tipos resguardem ou não o mesmo bem jurídico, pois o que decide a exclusão é a

²² FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal – parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 360.

maior amplitude que deriva da lei, no sentido de compreender outras ações que se mostram inerentes ao delito, através de sua interpretação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade atual encontra-se marcada por uma coexistência de valores e princípios diversos, nenhum deles, *a priori*, preponderando sobre o outro; porém, nos casos concretos, é forçado o juiz a excluir um deles, permanecendo, porém, o princípio excluído com a mesma eficácia, com exceção do caso concreto onde foi afastado.

O princípio da proibição de dupla punição, que dispõe que nenhuma pessoa será processada duas vezes por um mesmo fato, visa à salvaguarda do direito fundamental à liberdade.

O sistema processual penal brasileiro, através do princípio do estado de inocência, garante que toda pessoa tem o direito a ser presumida inocente, até que tenha sido provada sua culpabilidade, através de sentença condenatória, respeitadas as garantias necessárias à sua defesa, e o devido processo legal.

Portanto, esse princípio, objeto do presente trabalho, visa a garantir a segurança da coisa julgada, mormente com a obtenção pelo acusado de uma sentença absolutória.

Entretanto, existem casos em que outros valores e princípios se mostram preponderantes, levando-se a uma relativização do princípio “ne bis in idem”.

Através do presente trabalho, foram reconhecidas as duas faces da proibição do “bis in idem”, quais sejam, uma de cunho material, que conduz ao impedimento de uma segunda apenação pelos mesmos motivos que fundamentaram uma primeira condenação, e uma outra, de cunho processual, que resulta na vedação de um novo processo e eventual novo julgamento, quando o réu já tenha sido julgado ou absolvido pelas mesmas razões.

O Código de Processo Penal, por sua vez, ao reconhecer as exceções da litispendência e da coisa julgada, também resguarda o princípio

do “ne bis idem” na sua feição processual. Existirá a litispendência nas situações em que depois de instaurada a instância e antes do julgamento final da lide for renovada a propositura de ação idêntica. Se o caso penal havia sido decidido anteriormente em caráter definitivo, igualmente veda-se a repetição de ações idênticas, agora em razão da eficácia preclusiva da imutabilidade que resulta da coisa julgada.

O princípio do respeito à coisa julgada, estreitamente vinculado ao âmbito formal do “ne bis in idem”, encontra consagração no artigo 5º, XXXVI, da Constituição e impede a realização de novo julgamento pela prática de fato idêntico ao qual tenha sido julgado anteriormente, em caráter definitivo. Em seus reflexos penais, esse instituto processual-constitucional alicerça-se na supremacia da estabilidade e da segurança nas relações jurídicas, bem como na perspectiva de confiança que deve nortear as relações entre o Estado e o jurisdicionado. No direito brasileiro a imutabilidade da sentença penal transitada em julgado tradicionalmente é tida por absoluta apenas para a acusação (*pro societate*), não o sendo para a defesa (*pro reo*). Para esta última, em várias hipóteses previstas na lei penal, é possível o ajuizamento de revisão criminal e de *habeas corpus* com o intuito de relativizar a coisa julgada. Para tanto, deve-se fazer uma ponderação através dos princípios constitucionais em evidência no caso concreto, e, com a ajuda do princípio da proporcionalidade, avaliar o cabimento da relativização.

Como exemplo do princípio em estudo no direito material, temos o conflito aparente de normas penais, em que várias normas se mostram aplicáveis para um mesmo caso concreto. Para tanto, a doutrina elaborou princípios visando nortear a aplicação dessas normas, quais sejam, o princípio da especialidade, subsidiariedade e consunção. Uma vez utilizados esses princípios, deve-se avaliar qual norma penal deve ter incidência para o determinado fato, excluindo-se os demais, e afastando assim a transgressão ao “bis in idem”.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional, 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a Coisa Julgada Material, *In.*: NASCIMENTO, Carlos Valder do. (coordenador) Coisa Julgada Inconstitucional, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

ESTADOS UNIDOS. Bill of Rights. Disponível em: <http://www.archives.gov/national-archives-experience/charters/bill_of_rights_transcript.html>. Acesso em: 17 de maio de 2007.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal – parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=429>. Acesso em 17 de maio de 2007.

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

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Recursos no Processo Penal. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1958, vol. 1, tomo I.

JESUS, Damásio Evangelista de. Direito Penal. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, vol. 1.

MARQUES, José Frederico. Estudos de Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

_____. Tratado de Direito Penal. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 1997, vol.1

_____. Tratado de Direito Penal. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 1997, vol. 2

NORONHA, Magalhães. Curso de Direito Processual Penal. 22^a ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 4^a ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2005.

TELES, Ney Moura. Direito Penal. 2^a ed. São Paulo: Atlas, 1998, vol. 1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. 15^a ed. São Paulo: Saraiva, 1994, vol. 2.

_____. Processo Penal. 26^a ed. São Paulo: Saraiva, 2004, vol. 4.

UNIÃO EUROPÉIA. Charter of Fundamental Rights of the European Union. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf>. Acesso em: 17 de maio de 2007.