

**ANÁLISE DA DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO *HABEAS
CORPUS* Nº 281.101/SP À LUZ DA PROIBIÇÃO DO *BIS IN IDEM*¹**

***THE DECISION OF THE BRAZILIAN SUPERIOR COURT OF JUSTICE AT
HABEAS CORPUS Nº 281.101/SP – ANALYSIS ACCORDING THE THEORY OF NE
BIS IN IDEM***

Heitor Eduardo Cabral Bezerra

Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande de Norte – UFRN. Pós-Graduado em Direito Tributário pela Faculdade Damásio (2016). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN (2014). Natal/RN. E-mail: heitorebezerra@hotmail.com

Keity Mara Ferreira de Souza e Saboya

Doutora em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ (2012). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN (2006). Especialista pelo Programa de Capacitação em Poder Judiciário/MBA pela Fundação Getúlio Vargas Direito/Rio (2010). Especialista em Direito Processual Civil e Penal pela Universidade Potiguar/Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte (2004). Especialista em Direito Processual Penal pela Universidade Potiguar/Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Norte (2003). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (1997). Professora Adjunta do Departamento de Direito Público da

¹ Artigo recebido em 10/06/2019 e aprovado em 26/12/2019.

Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal/RN. E-mail: keitysaboia@uol.com.br

RESUMO: Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que, diante de duplicidade de sentenças penais condenatórias, deve prevalecer a mais benéfica ao acusado, mesmo proferida posteriormente. Todavia, o voto divergente defendeu que a segunda condenação jamais poderia preponderar, em virtude do trânsito em julgado da primeira. O problema é que a proibição do *bis in idem*, um tema fundamental e inerente ao decidido, não foi discutido com a profundidade necessária no referido recedente. Logo, o acerto da decisão deve ser analisado à luz do *ne bis in idem*, destacando-se sua natureza jurídica, seus fundamentos e suas dimensões, através dos métodos dialético, dedutivo e histórico. Somente assim chegar-se-á a uma conclusão que confira o merecido prestígio a esse postulado, valorizando sua natureza de direito fundamental de defesa, que objetiva proteger o cidadão dos abusos persecutórios do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: *Ne bis in idem*. Duplicidade de condenações penais. Coisa julgada. Litispendência. Direito fundamental de defesa.

ABSTRACT: Recently, the Brazilian Superior Court of Justice decide that, before a double criminal conviction, the most beneficial to the accused, even handed down later, should prevail. However, the dissenting vote argued that the second conviction could not prevail, in reason of the final *res judicata* of the first decision. The correctness of this decision must be analyzed in the light of the *ne bis in idem*, highlighting its legal nature, its foundations and its dimensions. Only in this way will be founded a conclusion that confers prestige to this postulate, valuing its nature as a fundamental right of defense, whose objective is to protect the citizen from the persecutory abuses of the State.

KEY WORDS: *Ne bis in idem*. Duplicity of criminal convictions. *Res judicata*. Litigation pendency. Fundamental right of defense.

1 INTRODUÇÃO

Em recente julgado de 2017, o Superior Tribunal de Justiça – STJ – decidiu, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 281.101/SP, que, diante de duas sentenças penais condenatórias decorrentes dos mesmos fatos, deverá prevalecer aquela mais benéfica ao acusado, ainda que proferida após o trânsito em julgado da primeira.

O presente estudo procurará analisar essa decisão à luz da doutrina da proibição do *bis in idem*, a fim de verificar-se se tal princípio – ou regra – foi observado pelos ministros do Superior Tribunal de Justiça e, em caso positivo, se a sua aplicação ocorreu da maneira mais adequada.

2 O *HABEAS CORPUS* N.º 281.101/SP

Conforme dito, o Superior Tribunal de Justiça decidiu no precedente acima referido que, diante da existência de duas sentenças penais condenatórias transitadas em julgado, não necessariamente deve prevalecer a primeira. Para a corte, como naquele caso a segunda condenação fora mais benéfica, esta deveria preponderar, ainda que, em tese, tivesse violado o instituto da coisa julgada.

Para bem entendermos a posição do Superior Tribunal de Justiça, e depois realizarmos sobre ela o nosso juízo de valor, é preciso revistar os fatos e os principais acontecimentos processuais envolvidos no caso.

Não há qualquer controvérsia no fato de que o paciente do aludido *habeas corpus* fora denunciado e condenado duas vezes pelo crime de roubo circunstanciado, em razão do mesmo fato delituoso.

A primeira Ação Penal ajuizada foi a de nº 0003717-50.2010.8.26.0590, distribuída para a 2ª Vara de São Vicente/SP. Tal demanda fora proposta em 10 de março de 2010, e será aqui chamada de “Processo 01”.

Durante o trâmite deste primeiro processo, mais precisamente em 31 de março de 2010, foi proposta uma nova Ação Penal pelos mesmos fatos: o processo nº 0000658-92.2010.8.26.0157, que tramitou na 3ª Vara Criminal da comarca de Cubatão/SP. Esta será denominada de “Processo 02”.

As duas ações tramitaram em paralelo, tendo o agente sido condenado em ambas. No entanto, a condenação no “Processo 02”, ajuizado posteriormente, transitou em julgado

primeiro, em 10 de setembro de 2012. Nele, o paciente fora condenado pela prática do crime de roubo circunstanciado à pena de 07 anos, 03 meses e 03 dias de reclusão.

No “Processo 01”, por sua vez, a decisão final somente transitou em julgado alguns meses depois, em 26 de novembro 2012. E a pena nele imposta foi ligeiramente menor: 07 anos, 01 mês e 10 dias de reclusão.

Diante dessas duas condenações, o paciente alegou, em sede de *habeas corpus*, que a segunda decisão – referente ao “Processo 01” – violou a coisa julgada da primeira – referente ao “Processo 02”.

A rigor, não há dúvidas de que o “Processo 02” foi eivado do vício da litispendência, uma vez que, quando foi ajuizado, já estava tramitando o “Processo 01”, com as mesmas partes, os mesmos fundamentos e os mesmos pedidos.

No entanto, o “Processo 02”, mesmo viciado, teve andamento mais célere e a condenação nele proferida transitou em julgado antes. Dessa forma, na análise das decisões, o vício estaria, de acordo com o paciente, no “Processo 01”, posto que seu acórdão condenatório violou a coisa julgada formada no “Processo 02”.

Em outras palavras, temos que em momentos distintos aconteceram vícios processuais diferentes – litispendência e violação à coisa julgada –, tendo cada um deles ocorrido em um processo igualmente diferente: a litispendência deveria fulminar o “Processo 02”, desde o seu ajuizamento; e a violação à coisa julgada aconteceu no “Processo 01”, no momento de sua decisão final.

A questão posta ao Superior Tribunal de Justiça, portanto, dizia respeito a qual condenação deveria prevalecer. A de ambos? A do processo “01”, mesmo tendo violado à coisa julgada? Ou a do “Processo 02”, mesmo tendo ele tramitado desrespeitando a litispendência?

O relator do caso no Superior Tribunal de Justiça, o ministro Sebastião Reis Júnior, reconheceu o constrangimento ilegal, decorrente tanto da litispendência como – e principalmente – da existência de coisa julgada. Seu voto foi no sentido de que somente uma das penas deveria ser aplicada e executada. E esta pena deveria ser aquela imposta no “Processo 01” – mesmo tendo ela tendo sido proferida em momento posterior e, assim, em tese, violado a coisa julgada ocorrida no “Processo 02”.

Mas a fundamentação por ele utilizada não foi no sentido de que o vício da litispendência era mais grave que o da coisa julgada e que por isso deveria fulminar o “Processo 02” desde o início. O relator desenvolveu um raciocínio segundo o qual, diante dos dois vícios apontados, deveria prevalecer a condenação mais benéfica ao acusado – a do “Processo 01”².

Apesar dos argumentos jurídicos utilizados pelo ministro Sebastião Reis Júnior terem ficado restritos à coisa julgada, à litispendência e aos princípios do *favor rei* e *favor libertatis*, facilmente se percebe que o plano de fundo da discussão era a proibição do *bis in idem*, tanto que apenas uma das condenações pôde ser aplicada. Não houve, contudo, qualquer menção expressa ao referido postulado.

O ministro Nefi Cordeiro, por sua vez, apresentou voto-vista divergente, textualmente mencionando o *ne bis in idem*. Para ele, no caso em comento, o respeito à coisa julgada deveria prevalecer à litispendência, de modo que a decisão preponderante deveria ser a do “Processo 02”, ainda que mais prejudicial ao réu³.

Dessa forma, como se percebe, estamos diante de dois votos que objetivaram respeitar o *ne bis in idem*, mas que optaram por decisões prevaletentes distintas. E foi a posição do relator – ministro Sebastião Reis Júnior – que prevaleceu entre os demais ministros⁴.

² Vale mencionar um trecho do voto do ministro relator, Sebastião Reis Júnior: “Com efeito, diante do trânsito em julgado de duas sentenças condenatórias contra o mesmo paciente, por fatos idênticos, deve prevalecer o critério mais favorável em detrimento do critério temporal (de precedência), ante a observância dos princípios do *favor rei* e *favor libertatis*. Em face do exposto, concedo a ordem impetrada para reconhecer a coisa julgada entre as ações penais em que o paciente foi duplamente condenado pelo crime de roubo circunstanciado, devendo prevalecer apenas a condenação proferida pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da comarca de São Vicente/SP, na Ação Penal n. 0003717-50.2010.8.26.0590, na qual ele foi condenado à pena de 7 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão, e 17 dias-multa” (HC 281101/SP – 2013/0363494-0. Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR. Órgão Julgador: T6 – SEXTA TURMA. Data do Julgamento: 03/10/2017. Data da Publicação/Fonte: DJe 24/11/2017). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=201303634940.REG>>. Acesso em 05 de agosto de 2018.

³ Eis o trecho do voto do Ministro Nefi Cordeiro que faz referência ao *ne bis in idem*: “De se notar, portanto, que o paciente foi condenado pelos mesmos fatos em ambos os processos, incorrendo-se em evidente *bis in idem*, sendo certo que, com o trânsito em julgado de ambas as condenações, deve ser analisada a ocorrência de coisa julgada e não mais de litispendência”. (HC 281101/SP – 2013/0363494-0. Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR. Órgão Julgador: T6 – SEXTA TURMA. Data do Julgamento: 03/10/2017. Data da Publicação/Fonte: DJe 24/11/2017). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=201303634940.REG>>. Acesso em 05 de agosto de 2018.

⁴ Vejamos a ementa desse julgado: “HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ALEGAÇÃO DE LITISPENDÊNCIA. IMPUTAÇÃO DO MESMO FATO DELITUOSO EM AÇÕES PENAIS DIVERSAS QUE TRAMITARAM EM JUÍZOS DIFERENTES. PROCEDÊNCIA. VERIFICAÇÃO, NO

Exposta a decisão do Superior Tribunal de Justiça e a divergência entre os citados ministros, passemos, no tópico seguinte, a analisar o caso diretamente à luz do postulado do *ne bis in idem*, para que possamos verificar qual destas posições é a mais adequada para valorizar esse importante direito, que veda a possibilidade de sancionar-se uma mesma pessoa, pelo mesmo fato, mais de uma vez.

3 A SOLUÇÃO ADEQUADA À LUZ DO NE BIS IN IDEM

Para que tenhamos condições de analisar criticamente a decisão do Superior Tribunal de Justiça à luz do *ne bis in idem*, é preciso compreendermos a natureza jurídica, os fundamentos e as dimensões desse postulado. Para tanto, precisamos, ainda que brevemente, estudarmos a sua evolução histórica.

José Muñoz Clares (2006) aborda com maestria o surgimento do princípio. Após refutar algumas noções de que o princípio teria surgido entre os hebreus ou na

ENTANTO, DA OCORRÊNCIA DE COISA JULGADA. PACIENTE ACUSADO DO CRIME DE ROUBO DE UM VEÍCULO PERTENCENTE À MESMA VÍTIMA. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DA SENTENÇA PROFERIDO QUANDO JÁ TRANSITADA A AÇÃO PENAL INTENTADA POR ÚLTIMO. COISA JULGADA EVIDENCIADA. PREVALÊNCIA, ENTRETANTO, DA CONDENAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO AGENTE. 1. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos (Art. 8º, item 4, da Convenção Americana de Direitos Humanos). 2. No caso, observa-se que a mesma conduta de subtrair, mediante emprego de arma de fogo, determinado veículo automotor na posse de certa vítima, foi imputada ao paciente em duas ações penais que tramitaram em juízos diversos, donde se infere a ocorrência dupla condenação pelo mesmo fato. 3. No caso, não se nega que, em determinado momento, a ação penal proposta perante o Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal da comarca de Cubatão/SP encontrava-se eivada de vício, tendo em vista a ocorrência da litispendência, já que ajuizada quando em trâmite outra ação penal, em razão dos mesmos fatos. 4. Ocorre que, quando da confirmação da condenação proferida pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da comarca de São Vicente/SP, pela 11ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo (em 26/9/2012), já havia o trânsito em julgado da condenação, por ocasião dos mesmos fatos, proferida pelo Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal da comarca de Cubatão/SP (10/9/2012), donde se infere que, na circunstância daquela condenação, já se havia operado o instituto da coisa julgada. 5. Em que pese a referida conclusão justifique a anulação da Ação Penal n. 0003717-50.2010.8.26.0590, da 2ª Vara Criminal da comarca de São Vicente/SP, cuja pena definitiva foi fixada em 7 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão, tendo em vista que esta pena é a menos grave, em comparação com a pena aplicada na ação penal que transitou em julgado primeiro (7 anos, 3 meses e 3 dias de reclusão), deve prevalecer a situação mais favorável ao paciente. 6. Com efeito, diante do trânsito em julgado de duas sentenças condenatórias contra o mesmo paciente, por fatos idênticos, deve prevalecer o critério mais favorável em detrimento do critério temporal (de precedência), ante a observância dos princípios do favor rei e favor libertatis. 7. Ordem concedida para reconhecer a coisa julgada entre as ações penais em que o paciente foi duplamente condenado pelo crime de roubo circunstanciado, devendo prevalecer apenas a condenação proferida pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da comarca de São Vicente/SP, na Ação Penal n. 0003717-50.2010.8.26.0590, na qual ele foi condenado à pena de 7 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão, e 17 dias-multa”. (HC 281101 / SP – 2013/0363494-0. Relator(a): Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (1148). Órgão Julgador: T6 - SEXTA TURMA. Data do Julgamento: 03/10/2017. Data da Publicação/Fonte: DJe 24/11/2017) Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=201303634940.REG>>. Acesso em 05 de agosto de 2018.

Mesopotâmia, o aludido professor esclarece que, em verdade, foi na Grécia que se utilizou o postulado como um instituto jurídico propriamente dito⁵.

No entanto, foi na sociedade Romana que o *Ne Bis in Idem* foi sistematizado e ganhou, definitivamente, contornos jurídicos. Apesar de reconhecer que a consagração do princípio, em Roma, se deu no *Corpus Iuris Civilis* (Código de Justiniano), publicado em 529, a professora Keity Mara Ferreira de Souza e Saboya ressalta que existiram algumas referências anteriores, como na Lei das Doze Tábuas (final do século IV a.C.) e na *Lex petundarum* (provavelmente entre os anos de 123 e 122 a.C.)⁶.

Independentemente do diploma normativo em que primeiro restou disciplinado, o importante é perceber que, nessa fase, a faceta processual do postulado foi destacada⁷. O *ne bis in idem* era encarado, basicamente, como decorrente da força preclusiva da coisa julgada⁸.

⁵ “El origen del principio, no em su nombre sino em su esencia, pese al nombre em latín com que actualmente se le conoce, no es de origen latino sino grego; su formulación expresa, tomada de la Constitución de Atenas, aparece em la obra del orador Demóstenes (Atenas, 384-322 a.C.), concretamente em su alegato « Contra Leptino » una pieza oratoria estrictamente jurídica, construida para ser expuesta ante el tribunal em defensa de uma determinada tesis. [...] el argumento empleado por Demostenes fue el siguiente: [...] las leyes no permiten que sea(n) dos veces contra el mismo por los mismos. Non se trata, como vemos, de una frase al hilo de narraciones mitológicas sino de um verdadeiro texto legal alegado em apoio de uma auténtica construcción jurídica”. CLARES, José Muñoz. *Ne Bis In Idem Y Derecho Penal, Definición, Patología y Contrarios*. Primeira Edição. Murcia, Espanha: DM Librero-Editor, 2006. P. 41 e 42. Tradução livre: A origem do princípio, não em seu nome mas em sua essência, em que pese a nomenclatura em latim como atualmente se conhece, não é de origem latina (romana), mas grega; sua formulação expressa, tirada da Constituição de Atenas, aparece na obra do orador Demóstenes (Atenas, 384-322 a.C.), especificamente em seu argumento ‘Contra Leptino’, uma peça oratória estritamente jurídica, elaborada para ser exposta perante o tribunal em defesa de uma determinada tese. [...] o argumento utilizado por Demóstenes foi o seguinte: [...] ‘as leis não permitem que seja(m) duas vezes contra ele pelo mesmo’. Não se trata, como vemos, uma frase nos moldes das narrativas mitológicas, mas sim de um verdadeiro texto jurídico alegado em apoio a uma autêntica construção jurídica.

⁶ SABOYA, Keity Mara Ferreira de Souza. *Ne Bis in Idem – História, Teoria e Perspectivas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014. p. 7 e 11.

⁷ Sobre o tratamento do tema no Direito Romano, válidas são as lições de Keity Saboya (2014): “Com a aplicação do princípio de *ne bis in idem* nos moldes concebidos pelo direito romano, assegurava-se que a “coisa” obtida em virtude de uma ação não poderia ser reclamada uma segunda vez, por restar “esgotada ou consumida”, expressando-se, dessa forma, o caráter marcadamente processual desse princípio pela proibição de ajuizamento e/ou julgamento de um segundo processo pelos mesmos fatos (SABOYA, Keity Mara Ferreira de Souza. *Op. Cit.* p. 9).

⁸ Ainda sobre o instituto em Roma, relevante é a contribuição do professor Fábio Brun Goldschmidt (2014): “Em sua dicção literal, sua origem pode ser identificada no Direito Romano, a partir do aforismo latino “*bis de eadem re ne sit actio*” (não há ação repetida sobre a mesma coisa), igualmente expresso na fórmula “*bis de eadem re agere non licet*” (não é lícito acionar duas vezes pelo mesmo), donde se vê o emprego tanto da forma negativa “*non*”, quanto da forma negativa “*ne*”, o que explica o fato de que as reduções da máxima nas vedações “*non bis in idem*” e “*ne bis in idem*” representam condensações de seus aforismos originários. Vinham tais aforismos determinar a proibição de promover-se um novo juízo, por meio de segundo processo sobre a mesma matéria, mediante idêntica ou distinta *actio*. Ainda, em termos mais restritos, tais enunciados exprimem que a coisa que obtivemos em virtude de uma ação não pode ser reclamada por uma segunda vez

De fato, percebe-se que, nos primórdios, esse postulado era muito ligado à seara processual, referindo-se à coisa julgada ou à litispendência.⁹ Determinado direito não podia ser reclamado, ajuizado ou julgado mais de uma vez. Era, pois, um instituto intimamente relacionado à consunção, no sentido de que se uma pretensão era exercida uma vez, já era consumida por inteiro, não se podendo exercê-la novamente¹⁰.

Nesse sentido, para que ele pudesse ser aplicado, exigia-se identidade de partes, de pedidos e de fundamentos. O objetivo era conter ou limitar a resposta punitiva do Estado frente ao cidadão infrator. Suas principais razões eram, pois, a segurança jurídica, a estabilidade e a previsibilidade.

Apesar das divergências sobre a origem propriamente dita, o fato é que essa concepção mais marcadamente processual prevaleceu, de um modo geral, na Idade Antiga, entre hebreus, gregos e romanos, e também perdurou durante boa parte da Idade Média.

No entanto, pouco a pouco passou-se a defender que o *ne bis in idem* era mais que uma garantia meramente processual¹¹. Assim, a noção de que havia uma faceta materialmente relevante na proibição do *bis in idem* foi sendo gradualmente amadurecida, até que, já no período liberal, sob a influência do pensamento iluminista, ele passou a ser encarado como um verdadeiro direito fundamental¹².

por meio de ação nova. Justiniano já tratava do tema no Digesto [...]. (GOLDSCHMIDT, Fabio Brun. **Teoria da Proibição de Bis in Idem no Direito Tributário e Sancionador Tributário**. São Paulo: Editora Noeses, 2014. p. 2).

⁹ É válido destacar a diferença entre coisa julgada formal e coisa julgada material, conforme ensinam Araújo Cintra, Dinamarco e Grinover: “Enquanto a primeira torna imutável dentro do processo o ato processual *sentença*, pondo-a com isso ao abrigo dos recursos definitivamente preclusos, a coisa julgada material torna imutáveis os *efeitos* produzidos por ela e lançados fora do processo. **ARAÚJO CINTRA**, Antônio Carlos de; **DINAMARCO**, Cândido Rangel; **GRINOVER**, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 26ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 333.

¹⁰ SABOYA, Keity Mara Ferreira de Souza. *Op. Cit.* p 8.

¹¹ “Importante manifestação histórica do princípio em comento também se deu na Constituição dos Estados Unidos da América, pois, apesar de haver referência ao *double jeopardy*, desde 1641, na América do Norte – em Massachusetts, no *Bay Colony’s Body of Liberties* –, um fato bastante significativo foi seu reconhecimento, em 1887, através da 5ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, que preconizou que ninguém seria julgado duas vezes pela mesma ofensa[...]. Apenas após o Iluminismo, o postulado em destaque começa a adquirir a natureza de direito fundamental de um Estado de Direito e, com o advento da Revolução Francesa, o princípio do *ne bis in idem* foi alçado a nível constitucional, no art. 9º da Constituição Francesa de 1791. Da mesma forma, o *Code des d’élits et des peines*, conhecido como o Código de Brumário, e o *Code d’Instruction Criminelle*, de 1808, reconhecerem expressamente o princípio do *ne bis in idem*”. SABOYA, Keity Mara Ferreira de Souza. *Op. Cit.* p 18.

¹² Mais uma vez, válidas são as lições de Goldschmidt (2014): “Já no final do século XVIII, com a busca pela afirmação de um direito processual penal, o homem torna-se de objeto a sujeito; e a busca pela verdade material passa a encontrar limites na dignidade humana e na segurança jurídica. Afirma-se a previsibilidade e nega-se a arbitrariedade da ação punitiva estatal, buscando-se a estabilidade das situações jurídicas individuais, posto se conceber que, apenas gozando de segurança, pode o homem dizer-se livre. Nesse

Nesse período liberal pode-se destacar a notável influência das ideias de Cesare Beccaria. A partir de sua célebre obra “Dos Delitos e das Penas”, as garantias processuais penais passaram a ser mais seriamente tratadas como direitos fundamentais dos cidadãos, mesmo que ainda não necessariamente com esse nome.¹³

Atualmente, por exemplo, partindo da ideia de uma tutela jurisdicional adequada e efetiva, Arenhart, Marinoni e Mitidiero (2017) entendem que a própria coisa julgada faz parte do conteúdo mínimo e essencial que compõe o que eles denominam de *direito fundamental ao processo justo*.¹⁴

Nessa esteira, analisando a proibição do *bis in idem* com atenção, tem-se um claro direito fundamental de primeira geração ou dimensão. Em relevante contribuição ao tema, o professor Walter Nunes da Silva Júnior (2008) ressalta que, na seara criminal, os direitos fundamentais consistem em limitações ao direito de punir do Estado¹⁵.

Nesse sentido, o *ne bis in idem* caracteriza-se como um nítido direito de escudo, de defesa do cidadão contra eventual abuso estatal consistente em processar, julgar e/ou punir mais de uma vez o infrator pelos mesmos fatos.

Atualmente, no Pós-positivismo jurídico consagrado após o término da Segunda Guerra Mundial, pode-se afirmar que a proibição do *bis in idem* segue sendo um direito humano fundamental. Encontra-se previsto, por exemplo, em muitos dispositivos de diplomas internacionais, como no art. 8.4 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica – 1969) e no art. 20 do Estatuto de Roma (1998).

contexto, é inscrito o princípio na Constituição Francesa de 1.791, segundo a qual ‘todo o homem absolvido por um júri legalmente instituído, não mais poderá ser julgado ou condenado pelo mesmo fato’. Como se pode notar, o foco aí já deixa de ser a ‘coisa’ e passa a ser o homem. O processo penal passa, então, definitivamente, a ser presidido pelo conceito de centralidade do indivíduo (GOLDSCHMIDT, Fabio Brun. *Op. Cit.*, p. 5 e 6).

¹³ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Trad. por Torrieri Guimarães. 2ª edição. São Paulo: Martin Claret, 2000. 10ª reimpressão - 2009. Tradução de *Dei Delitti e Delle Pene*.

¹⁴ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil – Volume 1**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 495 e ss.

¹⁵ “[...] a maioria dos direitos fundamentais foi pensada, e possui aplicação, no campo criminal, sob a modalidade de garantias processuais asseguradas ao acusado. [...] Como as normas constitucionais penais representam, antes de tudo, limitações ao direito de punir do Estado, as cláusulas encartadas na Lei Fundamental e que perfazem, sob uma perspectiva abrangente, o devido processo legal criminal, são contempladas para o acusado, a fim de que este possa ter reconhecidos os direitos que são inerentes à condição humana, mesmo quando o Estado esteja no legítimo exercício do direito-dever de punir. [...] O poder-dever de punir do Estado pauta-se pelos limites pré-traçados pela compreensão dos direitos fundamentais” (SILVA JÚNIOR. Walter Nunes da. **Curso de Direito Processual Penal: teoria (constitucional) do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 288 e 289).

No entanto, é importante perceber que o postulado não mais objetiva somente a segurança jurídica (coletiva), a estabilidade e a previsibilidade, devendo ser encarado como uma garantia individual de proteção do indivíduo, baseado na segurança jurídica individual.

Por isso fala-se, atualmente, que o *ne bis in idem* possui múltiplos fundamentos. Dentre eles, Keity Mara Ferreira de Souza e Saboya (2014) aponta que a doutrina tem destacado a legalidade e a tipicidade das infrações/sanções; a coerência e a racionalidade do ordenamento jurídico; a interdição da arbitrariedade do punitivismo estatal; a proporcionalidade; o devido processo legal; a unicidade da reação estatal; e, por fim, a própria dignidade da pessoa humana¹⁶.

Ainda segundo a autora, na abordagem contemporânea do princípio foram superadas as ideias que o vinculavam a uma garantia de mera conveniência das atividades persecutórias do Estado. Assim, destaca que tem prevalecido a concepção de que os fundamentos e as justificativas do *ne bis in idem* consistem na tutela da segurança jurídica penal-individual, ou, ainda, nos princípios da legalidade, proporcionalidade e do devido processo legal. Dessa forma, em arremate conclusivo, propõe, como fundamento axial do aludido princípio, o direito de proteção do indivíduo à unicidade de (re)ação punitiva estatal pelos mesmos fatos e fundamentos, com base na dignidade da pessoa humana¹⁷.

Dessa forma, parece-nos evidente que a proibição do *bis in idem* não se esgota nos aspectos processuais da litispendência e da eficácia preclusiva da coisa julgada. Com efeito, além da dimensão processual, é indiscutível que ao que nos interessa, também existe no postulado uma dimensão substancial¹⁸.

Ademais, além das dimensões processual e material, hoje já se fala em uma dimensão transversal, que envolveria a necessária comunicabilidade entre as instâncias administrativa e penal a fim de se evitar o *bis in idem*. No entanto, como no caso aqui

¹⁶ SABOYA, Keity Mara Ferreira de Souza. *Op. Cit.* p 24 a 28 e 150 a 159.

¹⁷ SABOYA, Keity Mara Ferreira de Souza. *Op. Cit.* p. 28 e 159

¹⁸ “Enfim, em uma perspectiva contemporânea, define-se o princípio do *ne bis in idem* como uma norma fundamental que informa o sistema sancionador estatal, sob uma dúplici vertente: de uma lado, um princípio de natureza processual, proibitivo da renovação de processos ou julgamentos pelos mesmos fatos; por outro lado, um princípio de direito material, segundo o qual ninguém deve ser apenado mais de uma vez pelos mesmos fatos” (SABOYA, Keity Mara Ferreira de Souza. *Op. Cit.* p 23 e 24).

analisado ambos os processos tiveram natureza penal, não se faz necessário adentrar no estudo da dimensão transversal do postulado¹⁹.

De toda forma, parece-nos ser possível afirmar, com razoável grau de aceitabilidade, que o postulado do *ne bis in idem* impede que o indivíduo sofra duas consequências punitivas decorrentes do mesmo fato. Além disso, para que ele tenha aplicabilidade, deve haver identidade de sujeitos, de fatos e de fundamentos – sanção por punição.

Dito isto, voltemos à análise do *HC* nº 281.101/SP, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 2017 e abordado no tópico anterior. Nele, indubitavelmente houve identidade de sujeitos, de fatos e de fundamentos. Logo, é inquestionável que deveria ser aplicado o *ne bis in idem*, justamente para evitar a existência de duas consequências punitivas decorrentes do mesmo fato.

Em nosso entender, o postulado deveria ter sido aplicado logo no início do “Processo 02”, em sua dimensão processual, através do instituto da litispendência. O ideal era, pois, evitar que houvesse o trâmite de um segundo processo que pudesse resultar em uma segunda condenação.

No entanto, no caso abordado a litispendência não foi percebida de início, tendo havido o trâmite em paralelo que ocasionou a esdrúxula situação da dupla condenação, anteriormente narrada.

Dessa forma, cabe-nos analisar qual seria a maneira mais acertada de aplicar o *ne bis in idem* nessa situação “tardia”, ou seja, após já ter havido a dupla condenação. E foi

¹⁹ Fábio Brun Goldschmidt (2014), sintetizando a evolução histórica, também atenta para as novas perspectivas desse postulado: “Como se verifica, ao longo dessa trajetória histórica, a proibição de *bis in idem* serviu de base à consagração e/ou amadurecimento de institutos hoje largamente aceitos em todo o mundo civilizado, tanto em sua dimensão processual inicial, quanto em sua dimensão material e substantiva mais recente. As regras atinentes à coisa julgada, à preclusão, ao concurso ideal de normas e ao concurso de crimes, as (pontuais ou gerais) interdições ao acúmulo de sanções administrativas e as disposições de coordenação das persecuções nas esferas administrativa e judicial foram positivadas em diversos sistemas, ainda que, frequentemente, com significativas variações em sua extensão. A força com que se desenvolveram tais institutos e a facilidade com que podem ser invocados, bastando a referência ao dispositivo legal, poderia induzir o intérprete à apressada conclusão de que a introdução de tais regras objetivas conduziu a um certo esvaziamento do princípio (à medida em que torna desnecessária sua invocação), bastando dizer que muitos dos operadores do Direito sequer tem ciência da relação dessas garantias com a proibição de *bis in idem*. Na verdade, contudo, o reconhecimento legislativo desses institutos, muitas vezes em estatura constitucional, evidencia um processo histórico de progressiva e irrefreável solidificação do postulado, abrindo espaço para o desenvolvimento da proibição de *bis in idem* em novos campos eficaciais, para além de tais regras positivas [...]”. (GOLDSCHMIDT, Fabio Brun. *Op. Cit.*, p. 13).

exatamente essa a situação levada ao Superior Tribunal de Justiça, posto que quando o caso lá chegou já existiam as duas sentenças penais condenatórias.

Nesse contexto, a solução mais adequada seria a que foi desenvolvida pelo Ministro Sebastião Reis Júnior e encampada pela maioria dos membros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça? Para eles, lembre-se, deveria prevalecer a condenação posterior, do “Processo 01”, por ter sido mais favorável ao acusado, com base no *favor rei* e *favor libertatis*.

Ou a solução mais adequada seria a que foi trazida pelo Ministro Nefi Cordeiro? De acordo com o seu voto divergente, no caso analisado o respeito à coisa julgada deveria prevalecer à litispendência, ao *favor rei* e ao *favor libertatis*, de modo que a decisão a preponderar deveria ser a do “Processo 02”, ainda que mais prejudicial ao réu.

Ou será que, além dessas duas, haveria ainda uma terceira solução mais adequada? Vejamos.

De fato, estamos diante de dois votos que objetivaram respeitar o *ne bis in idem*, mas que optaram por decisões prevalecentes distintas.

Numa análise primária, poder-se-ia pensar que a solução mais adequada à luz do *ne bis in idem* seria a trazida pelo Ministro Nefi Cordeiro. Isso porque a segunda decisão realmente padeceu do vício da violação à coisa julgada, intimamente relacionada com tal postulado, como vimos ao longo deste trabalho.

De fato, não parece fazer muito sentido manter uma decisão posterior, se já havia uma transitada em julgado antes. É certo que o segundo processo não poderia sequer ter existido, mas já que existiu e sua decisão fez coisa julgada primeiro, parece evidente que é esta a decisão que deve prevalecer. Nesse sentido, permitir que prevaleça uma decisão posterior seria violar a coisa julgada e, conseqüentemente, o *ne bis in idem*.

Aliás, a primeira turma do Supremo Tribunal Federal tem um julgado que corrobora com essa tese, sustentando que, em caso de duplicidade de sentenças transitadas em julgado, deverá ser anulada a segunda, prevalecendo a primeira, ainda que seja mais prejudicial ao réu. Trata-se da decisão proferida pela Primeira Turma do STF, no

Julgamento do *Habeas Corpus* nº 101131, que teve como relator para o acórdão o Ministro Marco Aurélio²⁰.

No entanto, em que pese o voto do Ministro Nefi Cordeiro e esse posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que é relativamente antigo, entendemos que a valorização da coisa julgada em casos como esses não é, necessariamente, a melhor aplicação do *ne bis in idem* e, conseqüentemente, não traz a melhor solução.

Isso porque, conforme pudemos constatar ao longo deste trabalho, o *ne bis in idem*, apesar de intimamente ligado com à coisa julgada, com esta não se confunde²¹. Logo, em situações excepcionais, é possível aplicar o *bis in idem* independentemente da coisa julgada.

É o que acontece no caso levado a julgamento perante o Superior Tribunal de Justiça. Nele, para verdadeiramente privilegiar-se e valorizar-se o *ne bis in idem*, impõe-se uma interpretação do postulado com maior viés teleológico. Vejamos.

Conforme visto, o *ne bis in idem* é um direito fundamental de primeira geração ou dimensão, de defesa do cidadão perante o Estado. Logo, o seu objetivo, isto é, a sua finalidade, é proteger o acusado.

Acontece que, no caso em comento, exigir o respeito à coisa julgada acabaria por prejudicar o cidadão, pois a ele seria aplicado uma pena mais gravosa. Ora, se o intuito do princípio é proteger o cidadão, não se pode aceitar que ele seja aplicado de uma maneira prejudicial a esse mesmo cidadão.

Nesse caso, portanto, a vedação ao *bis in idem* não impõe apenas que se exclua uma das condenações, impõe que se exclua a condenação mais gravosa. Ora, o cidadão já teve o ônus, o desgaste e o prejuízo de ser processado penalmente duas vezes pelo mesmo fato. Já

²⁰ PROCESSO – DUPLICIDADE – SENTENÇAS CONDENATÓRIAS. Os institutos da litispendência e da coisa julgada direcionam à insubsistência do segundo processo e da segunda sentença proferida, sendo imprópria a prevalência do que seja mais favorável ao acusado. (STF. 1ª Turma. HC 101131, Rel. Min. Luiz Fux, Rel p/ Acórdão Min. Marco Aurélio, julgado em 25/10/2011). Julgado disponível na página eletrônica do Supremo Tribunal Federal: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+101131%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yco9sp4h>> Acesso em 06/08/2018.

²¹ Sobre o tema, válido mencionar mais um trecho da obra de Keity Mara Ferreira de Souza Saboya (2014): “Entretanto, essa íntima conexão que guarda o princípio do *ne bis in idem* com a coisa julgada não corresponde à matriz fundamental desse postulado. Isso porque a coisa julgada tem por finalidade conferir estabilidade e segurança para a saúde do sistema jurídico, especificamente das relações jurídicas atingidas pelos efeitos da sentença, enquanto o princípio do *ne bis in idem* tem por missão proteger, de forma direta, a situação jurídica do cidadão, assegurando-lhe proteção de natureza individual[...]” (SABOYA, Keity Mara Ferreira de Souza. *Op. Cit.* p 152).

ocorreu aí uma violação ao postulado. Permitir-se que prevaleça a punição mais grave seria prejudicá-lo mais uma vez.

E não se está aqui introduzindo nenhuma interpretação inovadora da seara penal ou processual penal, pois os princípios do *favor rei* e do *favor libertatis* são amplamente aceitos em nosso ordenamento. Apenas se está defendendo que eles também podem ser, a depender do caso, corolários da vedação ao *bis in idem*, visto este em sua dimensão substancial.

De fato, partindo do pressuposto que o objetivo do *ne bis in idem* é proteger o acusado, admitir a prevalência da condenação posterior, nesse caso, está em consonância com tal postulado, uma vez que ela foi mais benéfica e, assim, não trará qualquer prejuízo ao réu, nos estritos termos do *nulle pas sans grief* – não há nulidade sem prejuízo.

Por tais razões, entendemos que, à luz do *ne bis in idem*, o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça foi acertado e adequado. Isso porque, mesmo sem tê-lo mencionado expressamente, privilegiou o aludido postulado ao decidir que deveria prevalecer, naquele caso específico, a condenação menos prejudicial ao acusado.

4 CONCLUSÃO

O presente estudo analisou, à luz da doutrina do *ne bis in idem*, a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, em 2017, no *Habeas Corpus* nº 281.101/SP. Vimos, inicialmente, que o Superior Tribunal de Justiça reconheceu que o paciente do *writ* fora denunciado e condenado duas vezes pelo crime de roubo circunstanciado, em razão do mesmo fato delituoso.

E, diante dessa duplicidade de sentenças penais condenatórias decorrentes do mesmo fato, o Superior Tribunal de Justiça decidiu pela desnecessidade de prevalência da sentença cronologicamente anterior. Fixou a tese de que, em verdade, deve prevalecer aquela que foi mais benéfica ao acusado. No caso julgado, como a segunda condenação fora mais benéfica, esta que deveria ser executada, ainda que, em tese, tenha violado a coisa julgada ocorrida no outro processo.

Vimos, no entanto, que tal entendimento não foi unânime. Ele foi encampado pelo relator, o Ministro Sebastião Reis Júnior e, de fato, prevaleceu, tendo obtido a aceitação da maioria dos ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça.

No entanto, o ministro Nefi Cordeiro, em consonância com um antigo julgado da primeira turma do Supremo Tribunal Federal (HC 101131, Rel. Min. Luiz Fux, Rel p/ Acórdão Min. Marco Aurélio, julgado em 25/10/2011), apresentou um interessante voto divergente, defendendo que, à luz do *ne bis in idem*, deveria prevalecer a sentença que primeiro transitou em julgado. Para ele não havia como manter a segunda condenação, ainda que mais benéfica, posto que ela teria violado o instituto da coisa julgada.

Diante dessa divergência, procuramos analisar o caso diretamente à luz do postulado do *ne bis in idem*, para verificar qual das posições é a mais adequada para valorizar esse importante direito.

Para tanto, realizamos uma breve abordagem histórico-evolutiva acerca do postulado, a fim de bem compreendermos a sua natureza jurídica, as suas dimensões e os seus fundamentos.

Nesse estudo, concluímos que o *ne bis in idem*, atualmente, deve ser encarado como um direito fundamental do homem que visa proteger o indivíduo do abuso estatal consistente em processar, julgar e/ou punir mais de uma vez o infrator pelos mesmos fatos. Logo, trata-se de um autêntico direito de defesa ou de escudo, que pode ser classificado como de primeira geração ou dimensão.

Além disso, verificamos que, em tempos pós-positivistas, deve-se compreender que há uma vasta gama de fundamentos a embasar o referido direito, dentre os quais a doutrina tem dado especial destaque para a coerência e a racionalidade do ordenamento, a interdição da arbitrariedade do punitivismo estatal, a proporcionalidade, a segurança jurídica individual e, por fim, a própria dignidade da pessoa humana.

Diante da natureza de direito fundamental de defesa e da multiplicidade de fundamentos, também constatamos a existência de uma dimensão substancial do postulado. Nesse sentido, verificamos que o *ne bis in idem* não se esgota nos aspectos processuais da litispendência e da eficácia preclusiva da coisa julgada – ainda que estas sejam as consequências mais visíveis na aplicação do postulado.

Aplicando tais entendimentos ao caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, defendemos que, apesar da posição do Ministro Nefi Cordeiro aparentar privilegiar de forma mais forte o *ne bis in idem*, já que a segunda decisão indubitavelmente violou a

coisa julgada, foi a posição do Ministro Sebastião Reis Júnior que mais valorizou o postulado.

Isso porque, além do *ne bis in idem* não poder mais ser reduzido à eficácia preclusiva da coisa julgada, uma interpretação teleológica, levando em consideração os fundamentos do postulado e a sua finalidade de proteger o cidadão, leva à inevitável conclusão de que o *ne bis in idem* não pode ser aplicado em prejuízo a esse mesmo cidadão.

Aliás, no caso em comento, o paciente do aludido *habeas corpus* já havia sofrido o prejuízo de ser processado penalmente duas vezes pelo mesmo fato. Depois do absurdo dessa dupla persecução, permitir-se que prevalecesse a punição mais gravosa seria prejudicá-lo outra vez.

Diante do exposto, defendemos que a solução encontrada pelo Ministro Sebastião Reis Júnior, acompanhada pela maioria da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, apesar de não mencionar expressamente o *ne bis in idem*, valorizou-o. Isso porque, além de impedir uma dupla execução penal, fazendo prevalecer apenas uma das condenações, optou pela mais benéfica, em conformidade com o que exige o aludido postulado: a proteção do indivíduo frente aos excessos estatais e o respeito à sua dignidade.

REFERÊNCIAS:

- ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 26ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2010.
- ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil – Volume 1**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Trad. por Torrieri Guimarães. 2ª edição. São Paulo: Martin Claret, 2000. 10ª reimpressão - 2009. Tradução de *Dei Delitti e Delle Pene*.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). T6 – Sexta Turma. *Habeas Corpus* nº 281101/SP – 2013/0363494-0. Relator. Ministro Sebastião Reis Júnior. Brasília/DF. Julgado em: 03/10/2017. Data da Publicação/Fonte: DJe de 24/11/2017. Disponível na página eletrônica do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=201303634940.REG>>.

Acesso em 05 de agosto de 2018.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). 1ª (Primeira) Turma. *Habeas Corpus* nº 101131. Relator. Ministro Luiz Fux. Relator para o Acórdão. Ministro Marco Aurélio. Brasília/DF. Julgado em 25/10/2011. Disponível na página eletrônica do STF, em: <
<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+101131%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yco9sp4h>>. Acesso em 06/08/2018.
- CLARES, José Muñoz. *Ne Bis In Idem Y Derecho Penal, Definición, Patología y Contrarios*. Primeira Edição. Murcia, Espanha: DM Librero-Editor. 2006.
- GOLDSCHMIDT, Fabio Brun. **Teoria da Proibição de *Bis in Idem* no Direito Tributário e Sancionador Tributário**. São Paulo: Editora Noeses, 2014.
- SABOYA, Keity Mara Ferreira de Souza. *Ne Bis in Idem – História, Teoria e Perspectivas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.
- SILVA JÚNIOR. Walter Nunes da. **Curso de Direito Processual Penal: teoria (constitucional) do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.