

**DA INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 7º, §1º E 8º DO CÓDIGO  
PENAL POR VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO *NE BIS IN IDEM* /  
UNCONSTITUTIONALITY OF THE ARTICLES 7º, § 1º AND 8º OF  
CRIMINAL CODE FOR BREACH OF THE PRINCIPLE OF *NE BIS IN IDEM***

**Marcus Vinícius Xavier de Oliveira:** Professor efetivo da Universidade Federal de Rondônia nas disciplinas Teoria do Estado e Direito Internacional no curso de Direito. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Rondônia. Especialista em Direito Público. Mestre em Direito das Relações Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina. Doutorando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. E-mail advmarcusvinicius@gmail.com

### Resumo

Este trabalho tem por objeto de estudo a verificação da legitimidade constitucional dos artigos 7, §1º e 8º do Código Penal brasileiro face ao princípio *ne bis in idem*, cuja positivação no ordenamento jurídico brasileiro decorreu da incorporação do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos/66 e da Convenção Americana de Direitos Humanos/69. O paradigma epistemológico adotado é o da internacionalização do direito penal decorrente, de um lado, dos diversos tratados internacionais que vinculam o Estado no campo da cooperação e da persecução penal, e de outro lado, dos tratados internacionais de direitos humanos asseguradores de garantias penal-processuais, formando a díade aqui identificada persecução-garantia. Fez-se, ademais, a exposição da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da eficácia dos tratados internacionais de direitos, que atualmente admite o caráter supralegal dos mesmos. Ao final se concluiu pela incompatibilidade material entre os dispostos no artigo 7º, §1º e do artigo 8º do CP com a garantia constitucional que veda a dupla incriminação.

**Palavras chave:** Extraterritorialidade incondicionada. Princípio *ne bis in idem*. Inconstitucionalidade.

### Resumen

Este trabajo tiene por objeto de estudio la verificación de la legitimidad constitucional de los artículos 7º, §1º e 8º del Código Penal brasileño ante el principio *ne bis in idem*, cuya previsión en el ordenamiento jurídico brasileño viene de la incorporación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos/66 e de la Convención Americana de Derechos Humanos/69. El paradigma epistemológico utilizado es el de la internacionalización del derecho penal derivado, de una banda, de los diversos tratados internacionales vinculantes para el Estado en el ámbito de la cooperación e del persecución penal, e de otra banda, de los tratados internacionales de derechos humanos que proporcionan garantías penales-procesal, formando la diada garantía-persecución penal. Hubo, además, la exposición de la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal sobre la eficacia interna de los tratados internacionales de derechos humanos, que ahora admite su carácter supralegal. Al final se concluyó por la incompatibilidad material entre los artículos 7º, §1º e 8º del Código Penal con la garantía que prohíbe la doble incriminación.

**Palabras claves:** Extraterritorialidad incondicionada. El principio del *nebis in idem*. Inconstitucionalidad.

**Sumário:**1. Introdução 2. Hipóteses de competência penal no Código Penal Brasileiro: territorialidade e extraterritorialidade 3. O princípio *ne bis in idem* no Direito Brasileiro e nas Convenções Internacionais de Direitos Humanos: do *penunbralright* ao princípio explícito. Eficácia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Direito Brasileiro: da ordinariiedade à supralegalidade. E mais além...? 5. Conclusão6. Referências.

## 1.Introdução

O presente estudo tem como paradigma epistemológico a internacionalização do Direito Penal, cuja tese central se pode resumir no seguinte raciocínio: tanto a competência legiferante dos Estados como a sua competência persecutória estão, em maior ou menor grau, vinculadas<sup>1</sup> aos regimes internacionais de cooperação internacional em matéria penal, sejam eles de carácter universal (para ficarmos em alguns exemplos, as Convenções sobre o Tráfico de Entorpecentes<sup>2</sup>, o Crime Organizado<sup>3</sup>, Contra a Corrupção<sup>4</sup> e Contra o Financiamento do Terrorismo<sup>5</sup>, além de, obviamente, o Estatuto de Roma, que constituiu o Tribunal Penal Internacional<sup>6</sup> (doravante ETPI e TPI)), com todos os seus consectários, v.g., dever de criminalização de comportamentos, cooperação judiciária e policial, persecução penal etc, seja de carácter regional, no âmbito, e.g., da União Europeia e da Organização dos Estados Americanos<sup>7</sup>. Este fato decorre da reiteração de obrigações internacionais assumidas pelo Estado, tendentes a vincula-lo no que diz respeito à persecução penal de determinados ilícitos expressamente previstos em Tratados Internacionais.

A lógica que orienta o paradigma acima mencionado tem sua base, em nível infraestrutural, nos efeitos daquilo que se convencionou denominar de globalização, duplamente caracterizada pelos conceitos de desterritorialização e reterritorialização, segundo os quais, com a emergência de relações sociais transnacionais cada vez mais

---

<sup>1</sup> Entendemos por vinculação o fato de que os Estados, ao ratificarem um Tratado Internacional, estão obrigados a lhe darem cumprimento em razão dos princípios *pacta sunt servata* e *bonafide* (artigo 26 c/c artigo 29 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados de 1969 (doravante CVDTE/69); *idem* no artigo 26 c/c artigo 29 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais (doravante CVDTEOIS/86)). Isto implica, em ligeira síntese, no dever jurídico de agir conforme o que foi pactuado no Tratado Internacional, devendo-se, por regra geral, adequar o seu ordenamento jurídico aos termos daquela obrigação, de acordo com os princípios gerais e cultura jurídica que lhe são ínsitos. Nenhuma regra de direito interno, seja qual for a sua posição na hierarquia das fontes (isto para os ordenamentos jurídicos dotados de, pelo menos, constituições rígidas) poderá servir de escusa para o inadimplemento da obrigação livremente assumida (artigo 27 da CVDTE/69; *idem* CVDTEOIS/86).

<sup>2</sup> Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, ratificada pelo Brasil através do Decreto Legislativo n. 162/1991.

<sup>3</sup> Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, ratificada pelo Brasil através do Decreto Legislativo n. 231/2003.

<sup>4</sup> Convenção das Nações Unidas contra Corrupção, ratificada pelo Brasil através do Decreto Legislativo n. 348/2008.

<sup>5</sup> Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo, ratificada pelo Brasil através do Decreto Legislativo n. 769/2005.

<sup>6</sup> Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, ratificado pelo Brasil através do Decreto Legislativo n. 112/2002.

<sup>7</sup> Exemplo importante nesse sentido é a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, de 1994, em seu artigo 1º, b e d c/c artigos 3º e 4º. Esta Convenção encontra-se em processo de ratificação, já tendo sido aprovada pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo n. 127/2011.

fortes e difusas, inclusive de caráter ilícito, a competência do Estado Nacional para decidir acerca de suas políticas legislativas, econômicas, administrativas etc vem cedendo passo frente à Sociedade Internacional, que passa de forma reiterada a estabelecer parâmetros gerais de condução da governança nacional. Assim, desterritorialização e reterritorialização, no sentido que se emprega no presente trabalho, identificam o deslocamento dos centros de competência/decisão, vale dizer, do Estado Nacional para a Sociedade Internacional, na qual os Estados pactuam formas gerais para se enfrentam determinado problema internacional. Isto não quer significar, no entanto, atribuir ao Estado uma postura passiva, de mero receptor das regras externas. Quer significar, isto sim, uma profunda transformação no conceito de política, na qual o Estado, nos diversos embates internacionais sobre a determinação de uma possível política internacional, busca, com seus contrapartes internacionais (Estado, Organizações Internacionais, ONGs etc), estabelecer, discursivamente, o conteúdo dessa política.

Ademais, no que diz respeito especificamente ao Direito Penal, conforme já apontado nas linhas acima, em nível superestrutural os Tratados Internacionais em matéria penal passam a estabelecer, em relação aos Estados signatários, obrigações de cooperação internacional tanto no que diz respeito à cooperação propriamente dita (v.g.: extradição, cooperação policial e judiciária etc), como em nível de tipificação de comportamentos e persecução penal de delitos que sejam praticados quer em seus territórios quer além. Esta faceta é decorrente do caráter transnacional que envolve a macrocriminalidade contemporânea, como o demonstram de forma significativa o tráfico de entorpecentes, a criminalidade organizada, a lavagem de capitais, o terrorismo e, em especial, os crimes contra a humanidade, conforme estabelecidos no Estatuto de Roma. Em outras palavras, a internacionalização do Direito Penal se transforma em um instrumento da Sociedade Internacional para fazer frente aos problemas macrocriminais que não atingem ao Estado Nacional no singular, mas a própria Sociedade Internacional<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Nesse sentido, nos filiando às lições de M. Cherif Bassiouni e Carlos Eduardo Adriano Japiassú, é que se pode conceituar a este ramo das ciências jurídico-penais de Direito Penal Internacional, conceito que logra afastar à ainda persistente divisão Direito Penal Internacional e Direito Internacional Penal. Aquele se referiria às regras de conexão internas tendentes à solução do conflito interespaçial de normas penais, bem como às regras também internas de cooperação judiciária, como, v.g., a extradição. Já este se referiria ao regime internacional de persecução aos crimes internacionais, cuja origem se encontra em Nuremberg, e hoje, no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (nessa linha segue, v.g.,

Contudo, é também consequência desta internacionalização do Direito Penal, e que tem sido, de certa forma, pouco discutida, a vinculação dos Estados aos regimes internacionais de proteção aos Direitos Humanos, nos quais se prevêem garantias penalprocessuais, sejam eles, mais uma vez, universais (Declaração Universal dos Direitos do Homem, os Pactos de 1969, Declaração de Direitos das Crianças etc), ou regionais (na

União Europeia, a Convenção Europeia de Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e os seus respectivos protocolos; no âmbito americano, o Pacto de San José da Costa Rica e os seus respectivos protocolos facultativos), conforme, aliás, já era apontado por Hans-Heinrich Jescheck no início da década de 1970<sup>9</sup>.

Esta dupla vinculação, aqui identificada pela díade **persecução-garantia**, não é estreme de contradições no aspecto prático, conforme a ênfase recaia ora no aspecto repressivo ora no reforço das garantias, quando o correto seria, em nível ótimo, a harmonização entre as duas obrigações internacionais, vale dizer, encerrar a díade acima mencionada naquele raciocínio indicado por Carsten Stahn e Sven-R. Eiffler: **o direito penal como braço estendido para a proteção geral dos direitos humanos**<sup>10</sup>, já que não são raras as ordens presentes em dispositivos constitucionais e em Tratados Internacionais de Direitos Humanos que determinam a criminalização de determinados comportamentos como forma de se ensejar a máxima proteção de um direito humano fundamental (v.g., na Constituição Federal de 1988 (doravante CFRB/88), art. 5º XLI, XLII, XLIII, XLIV, 173, §5º, 225, §3º)<sup>11</sup>.

de Tratados Internacionais gerais ou particulares que vinculam aos Estados-Parte, não tendo nenhum sentido a manutenção da dicotomia reportada. Por todos, veja-se JAPIASSÚ, C. E. Adriano. **O Tribunal Penal Internacional**: a internacionalização do direito penal, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 1425. No que diz respeito ao aspecto cooperativo que envolve o Direito Penal Internacional, Celso D. de Albuquerque Mello irá fundamentar a cooperação internacional em matéria penal no valor solidariedade internacional, pois segundo o mesmo, “A luta contra o crime somente será eficaz com a cooperação internacional”. MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**, vol. 2, 11 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 976.

<sup>9</sup>JESCHECK, Hans-Heinrich. **O objeto do Direito Penal Internacional e sua mais recente evolução**, trad. Nilo Batista, in Revista de Penal n. 6, Rio de Janeiro: Borsoi, abril/junho de 1972, pp. 7-20.

<sup>10</sup>

*Apud* AMBOS, Kai. **A parte geral do direito penal internacional**: bases para uma elaboração dogmática, trad. Carlos E. A. Japiassú e Daniel A. Raizman, São Paulo: RT, 2008, p. 41.

<sup>11</sup>

Neste sentido, afirma Francesco C. Palazzo: “[...] as vertentes orientadas no sentido da criminalização traduzem a expressão de uma visão bem diversa do papel da Constituição no sistema penal; as obrigações

---

PERRONE-MOISÉS, Claudia. **Direito Internacional Penal**: imunidades e anistias, São Paulo: Manole, 2012, pp. 1-4). Como já visto acima, tanto um como o outro são, contemporaneamente, veiculados através

de tutela penal no confronto de determinados bens jurídicos, não infrequentemente característicos do novo quadro de valores constitucionais e, seja como for, sempre de relevância constitucional, constituem para oferecer a imagem de um Estado *empenhado* e *ativo* (inclusive penalmente) na persecução de maior número de metas propiciadoras de transformação social e da tutela de interesses de dimensões ultraindividual e coletivas, exaltando, continuamente, o papel instrumental do direito penal com respeito à política criminal, ainda quando sob os auspícios – por assim dizer – da Constituição. As manifestações mais unívocas no sentido da criminalização provêm das chamadas “cláusulas expressas de penalização” (*Verfassungsrechtliche Pönalisierungsbote*) [...]”. PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**, trad. Gérson Pereira dos Santos, Porto Alegre: SAFE, 1989, p. 103.

A hipótese que orienta o trabalho induz-nos a pressupor que o legislador brasileiro de 1984 criou uma regra de extraterritorialidade penal vedada pelo princípio *ne bis in idem*, também denomina de *doublejeopardy* na tradição da *common law*, na medida em que, conforme se extrai da literalidade dos artigos 7º, §1º c/c 8º do Código Penal (doravante CP), naquelas hipótese de extraterritorialidade incondicionada previstas no Artigo 7º, inciso I do CP, o sujeito ativo do delito poderá ser submetido a novo julgamento no Brasil mesmo que tenha sido julgado, condenado e cumprido penal no exterior e, caso seja novamente condenado, submetido ao cumprimento de pena, embora, conforme previsto no já referido artigo 8º, deverá ocorrer tanto a compensação como cômputo da pena cumprida em razão de condenação em outro Estado<sup>9</sup>.

Entende-se por vedação ao *ne bis in idem*, também denominado de dupla incriminação, a proibição de o réu ser novamente julgado por um fato que já tenha sido objeto de persecução penal transitada em julgado.

Esta hipótese, portanto, é orientada pela já mencionada ideia de harmonização entre persecução-garantia, na qual, para o presente caso, vale como critério de solução, a garantia prevista no princípio *ne bis in idem*.

## **2. Hipóteses de competência penal no Código Penal: territorialidade e extraterritorialidade**

Os artigos 5º e 7º do CP estabelecem as hipóteses de competência penal que serão exercidas pelo Estado Brasileiro quanto à persecução penal.

---

<sup>9</sup> É preciso que se aponte que esta não seria a única hipótese de *doublejeopardy* no sistema penal brasileiro. Há, v.g., a hipótese de causa de aumento de pena da reincidência do artigo 61, I do CP, a repetição, embora de forma mais genérica, da extraterritorialidade incondicionada tal como formulada no artigo 7º, I c/c § 1º do CP no artigo 7º do Código Penal Militar (doravante CPM), a discussão em torno do *bis in idem* no caso de persecução penal na forma de concurso material pela prática tanto do crime antecedente como pela posterior lavagem de dinheiro etc. Todas estas hipóteses, a rigor, mereceriam ser analisadas no presente artigo, mas que em razão do recorte de objeto escolhido, serão analisadas em outra oportunidade.

O artigo 5º estabelece as hipóteses de competência penal orientadas pelo princípio da territorialidade. Com efeito, uma característica proeminente da soberania nacional é a exclusividade estatal na persecução dos crimes que tenham sido praticados em seu território<sup>10</sup>. Em sua origem moderna, conforme ensina Michel Foucault, a punição se orientava para a proteção da pessoa do soberano, sendo que, com a transformação do Estado Territorial em Estado de População, o poder punitivo passou a ser um instrumento de defesa da sociedade, entendida como o conjunto de pessoas reunidas em uma sociedade político-juridicamente organizada sob a autoridade do Estado em um território certo e incontestado<sup>11</sup>.

Dois aspectos sobressaem em relação à competência territorial do Estado em matéria penal. O primeiro deriva da cláusula de imunidade penal (artigo 7º, *caput*, parte final do CP) em razão das imunidades internacionais decorrentes dos Tratados de Viena sobre Relações Diplomáticas, de 1961(doravante CVRD/61), e sobre Relações Consulares, de 1963 (doravante CVRC/63), e que favorecem aos Chefes de Estado, Ministros das Relações Diplomáticas e as representações diplomáticas e consulares<sup>12</sup>.

Estas imunidades derivam do próprio sistema internacional conformado por Estados Soberanos, regido pelo princípio da igualdade soberana, pela qual nenhum Estado está submetido à autoridade de outro em suas relações internacionais recíprocas. Ora, sendo aqueles agentes órgãos de representação do Estado perante os demais membros da sociedade internacional, submetê-los à persecução penal no território do Estado acreditado seria o mesmo que invalidar, por via obliqua, o princípio da igualdade

---

<sup>10</sup> “Em princípio, toda pessoa ou coisa que se encontre no território está sujeita à suprema autoridade do Estado: *Quidquid est in territorio est etiam de territorio e Quid in territoriomeo est meus subditus est*”. ACCIOLY, Hildebrando. **Tratado de direito internacional público**, vol. II, 3 ed., São Paulo: QuartierLatin, p. 158.

<sup>11</sup> “[...] Com isso, o direito de morte tenderá a se deslocar ou, pelo menos, a se apoiar nas exigências de um poder que gere a vida e a se ordenar em função de seus reclamos. Essa morte, que se fundamentava no direito do soberano se defender ou pedir que o defendessem, vai aparecer como simples reverso do direito do corpo social de garantir sua própria vida, mantê-la ou desenvolvê-la”. FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade 1**: a vontade de saber, trad. M<sup>a</sup> T. da Costa Albuquerque, 16 ed., Rio de Janeiro: Graal, 1988, pp. 128/130.

<sup>12</sup> É importante destacar que entre as imunidades diplomáticas e consulares existe uma diferença substancial. Naquelas, a imunidade é absoluta, não sujeitando o agente diplomático a nenhuma forma de persecução penal no território do estado acreditado (artigo 31 da CVRD/61). Já em relação a estas, a imunidade é relativa, na medida em que esta não abarca as hipóteses de crimes graves (artigo 41, 1, parte final da CVRC/63). Entretanto, o Estado acreditante poderá, segundo sua conveniência e oportunidade, renunciar à imunidade em ambas às hipóteses, mas persistindo uma diferença na forma: na diplomática somente se for expressa, na consular, poderá ser tanto expressa como tácita (artigo 32, 1 da CVRD/61 c/c artigo 45, 1 da CVRC/63). Com relação aos Chefes de Estado, a imunidade é absoluta e, ante a falta norma de direito internacional geral em sentido contrário (consuetudinária ou positiva), irrenunciável.

soberana<sup>13</sup>. No entanto, é importante destacar que tais imunidades de jurisdição não podem ser vistas como fatores de impunidade. Com efeito, nos termos da CVRD/61, em seu artigo 31, 4, o Estado acreditante tem a obrigação de efetivar a persecução penal de seu representante que tenha cometido um ilícito penal no território do Estado acreditado<sup>17</sup>.

Segundo ponto a se destacar é o relativo à abrangência da expressão território para os termos do artigo 5º do CP. Com efeito, entende-se por território o conjunto de domínios (terrestre, marítimo, aéreo, fluvial etc) no qual o Estado exerce soberanamente a sua jurisdição de conformidade com o Direito Internacional. Em outros termos, o conceito de território não é geográfico, mas jurídico, pois denota, conforme Hildebrando Accioly, é “[...]o espaço no qual a ordem jurídica nacional se aplica, isto é, onde cada Estado exerce válida e permanentemente sua própria autoridade [...]”<sup>18</sup>.

De outro giro, nos termos do artigo 5º, §1º, as embarcações e aeronaves de caráter público ou a serviço do Estado Brasileiro estão submetidas à sua jurisdição onde quer que estejam por serem consideradas extensões do território brasileiro. Já as embarcações e aeronaves privadas com pavilhão brasileiro sujeitam-se à competência penal brasileira quando o crime tenha sido praticado em alto-mar ou no espaço aéreo a ele correspondente<sup>19</sup>.

No que concerne, por fim, às embarcações e aeronaves privadas de pavilhão estrangeiro, conforme o prevê o §2º, somente estarão sujeitas à jurisdição brasileira caso o ilícito penal tenha sido praticado quando elas se encontravam ou no espaço aéreo

*not exercise its authority on the territory of another State.* This rule of jurisprudence is now corroborated by Article 2, paragraph 1, of the Charter of the United Nations, which states: “The Organization is based on the principle of the sovereign equality of all its Members.” The only instances in which general international law allows, exceptionally, that a State may prosecute acts committed on the territory of another State by a foreigner are, first, cases involving violation of the security or dignity of the first State

---

<sup>13</sup> Neste sentido, a Corte Internacional de Justiça (doravante CIJ), no ano de 2002, anulou a ordem de prisão internacional emitida pela Bélgica em detrimento do então Ministro das Relações Exteriores da República do Congo – Abdulaye Yerodia Ndombasi – pela suposta prática de crimes contra a humanidade. Referida ordem de prisão tinha por fundamento o princípio da jurisdição universal contra referidos crimes, previsto na legislação belga. Ao declarar a nulidade da ordem de prisão, a Corte serviu-se dos seguintes argumentos: “The *universal jurisdiction* that the Belgian State attributes to itself under Article 7 of the Law in question contravenes the international jurisprudence established by the Judgment of the Permanent Court of International Justice (PCIJ) in the “*Lotus*” case (7 September 1927, Judgment No. 9, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 10). The Court recognized at that time that territoriality is a principle of international law (while ruling that this principle is not absolute, in that it cannot prevent a State from prosecuting acts done outside its territory if they had consequences on that territory, such as, in that case, on board a ship flying the Turkish flag). According to the judgment, this principle means that a State may

and, second, cases involving serious offences committed against its nationals.”INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE.Yerodia Case, disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/7081.pdf>. Acessado em 25/07/2012, às 10:00:00.

17

Artigo 31 1. O agente diplomático gozará da imunidade de jurisdição penal do Estado acreditado. Gozará também da imunidade de jurisdição civil e administrativa [...]. [...] 4. A imunidade de jurisdição de um agente diplomático no Estado acreditado não o isenta da jurisdição do Estado acreditante.

18

ACCIOLY, Hildebrando. *Op. cit.*, p. 157.

19

A rigor, a regra do §1º do artigo 5º não se constitui em aplicação do princípio da territorialidade, tratando-se, isto sim, de clara hipótese de extraterritorialidade. No nosso entender, apesar da opção do legislador brasileiro em tratar a temática sob o aspecto daquele primeiro princípio, o que houve foi uma confusão entre esfera de validade e esfera de eficácia da ordem jurídica. Nesse sentido, conforme Hildebrando Accioly: “O primeiro é aquele no qual o Estado executa, ou aplica, com exclusividade, suas próprias normas. A esfera de eficácia é mais extensa, sendo, por assim dizer, ilimitada [...]” como, v.g., no caso da competência pessoal do Estado, “[...] que alcança [...] nacionais seus, que se encontram fora da esfera própria de validade de suas competências. Em tais casos, o que ocorre não é a extensão da validade da ordem jurídica do Estado [...] é, sim, apenas, a extensão da eficácia das normas jurídicas do primeiro a indivíduos que a ele se acham ligados [...]. Essa eficácia também se exerce [...] em relação a navios e aeronaves fora de seu espaço marítimo ou de seu espaço aéreo”. *Idem*, p. 156.

nacional ou aportadas em porto ou navegando no mar territorial brasileiro (nesse sentido, a hipótese não é a da extensão do §1º, mas de territorialidade em sentido estrito).

A extraterritorialidade da lei penal brasileira é tratada no artigo 7º do CP, dispositivo legal que fixa as regras de conexão aplicáveis ao conflito interestadual de normas em matéria de direito penal em favor da competência penal brasileira<sup>14</sup>. Entende-se por extraterritorialidade a fixação de competência penal para o Estado perseguir aos autores de delitos que tenham sido praticados fora de seu território. Esta modalidade de competência penal tem duas fontes diversas de fixação: a) através da própria legislação penal do Estado, como é o caso do artigo 7º do CP. Trata-se, a rigor, de autoatribuição de competência, pela qual o Estado, no exercício de sua soberania legiferante fixa para si a competência persecutória em relação a determinados delitos; e b) pela assunção de obrigações internacionais de perseguir ilícitos especialmente graves para a Sociedade Internacional e que tenham sido praticados: i) por nacionais ou estrangeiros residentes do Estado em território de outro Estado ou em domínio internacional, e ii) por estrangeiros que tenham praticado delitos especialmente graves (crimes internacionais propriamente ditos) onde quer que tenham sido cometidos. Estas duas últimas hipóteses abarcam o conceito de jurisdição universal, um dos principais institutos do Direito Penal

---

<sup>14</sup> “As regras de conexão são as normas estatuídas pelo D.I.P. que indicam o direito aplicável às diversas situações jurídicas conectadas a mais de um sistema legal”. DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado**: parte geral, 6 ed., Rio de Janeiro: Renovar, p. 289.

Internacional, funcionalmente destinado à persecução penal contra as grave violações aos Direitos Humanos.

As regras de conexão previstas no artigo 7º do CP são as seguintes:

- a) **Princípio da proteção ou defesa:** artigo 7º, I, a, b e c c/c II, § 3º do CP – (I, a) crimes contra a vida ou a liberdade do Presidente da República; (I, b) crimes contra o patrimônio da União ou a fé pública do Distrito Federal, Estado, Território ou Município, empresa pública ou de economia mista, autarquia ou fundação pública, (I, c) crime contra a administração pública por quem esteja a seu serviço, e (II, §3º) crime cometido no exterior por estrangeiro contra brasileiro;
- b) **Princípio da justiça universal ou cosmopolita:** artigo 7º, I, c e 7, II, a – crime de genocídio, quando o agente for brasileiro ou residente no país, ou aqueles que o Estado brasileiro se obrigou a reprimir em razão de Tratado Internacional;
- c) **Princípio da nacionalidade ou da personalidade:** artigo 7º, II, b – crimes praticados por brasileiro no estrangeiro, e que não tenham sido objeto de persecução penal;
- d) **Princípio da representação:** artigo 7º, II, c – crimes praticados a bordo de aeronaves ou embarcações privadas de pavilhão brasileiro em território estrangeiro e que não tenham sido objeto de persecução penal.

São duas as hipóteses de extraterritorialidade previstas no artigo 7º do CP. A primeira, prevista no inciso I, trata da extraterritorialidade incondicionada, assim denominada em razão de o legislador brasileiro não prever qualquer condição prévia de caráter substancial (v.g., dupla tipicidade) ou de caráter fático (v.g., a entrada do autor do delito em território nacional) para que o Estado brasileiro possa iniciar a persecução penal. Esta é a hipótese que nos preocupa no presente artigo, e que será desenvolvida logo mais.

A segunda hipótese de extraterritorialidade é a prevista no inciso II, denominada de extraterritorialidade condicionada. É condicionada porque a lei brasileira somente será aplicada se se concretizem as exigências estabelecidas nos §§ 2º e 3º, a e b do artigo 7º. Nestas hipóteses (crimes que, por tratado internacional o Estado brasileiro se tenha obrigado a reprimir, ou que tenham sido praticados por brasileiro no estrangeiro ou a

bordo de aeronaves ou embarcações de pavilhão nacional de natureza privada em território estrangeiro, e que ali não tenham sido julgados, bem como por estrangeiro contra brasileiro no exterior), a jurisdição penal brasileira somente será exercida: a) se o agente ingressar no território nacional, b) ocorrer o fenômeno da dupla tipicidade<sup>15</sup>, c) estar o crime incluído entre aqueles para o qual o ordenamento brasileiro admite extradição (cláusula de exclusão do artigo 5º, inciso LII da CRFB/88, a saber, a inextraditabilidade pela prática de crimes políticos ou de opinião<sup>16</sup>) e d) a inoccorrência de condenação e cumprimento de pena pelo crime que se pretende perseguir no estrangeiro, bem como não ter havido perdão ou extinção da punibilidade. Com relação à hipótese do §3º, se somam àquelas condições outras mais: a) que não tenha sido pedida ou que tenha sido negada extradição formulada pelo Governo Brasileiro e b) ter sido requisitado pelo Ministro da Justiça.

Pois bem. Fixadas as hipóteses de competência persecutória tal como previstas na legislação penal brasileira resta verificar em que sentido a forma incondicionada de extraterritorialidade viola ao princípio *ne bis in idem*. Referida incompatibilidade se encontra, como já dito, no §1º do artigo 7º, cuja redação é a seguinte: “§ 1º - Nos casos do inciso I, o agente é punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro”.

Por este dispositivo, portanto, tenha o réu sido ou não condenado no estrangeiro, tenha o réu cumprido ou não a pena no estrangeiro, o Estado Brasileiro está autorizado a iniciar nova persecução penal pelo mesmo fato já julgado, independentemente de qualquer consideração de caráter fático (*v.g.* o ingresso do acusado em território nacional) ou jurídico (*e.g.*, concessão de extradição em favor do Estado; ter o agente já

---

<sup>15</sup> Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: “O postulado da dupla tipicidade – por constituir requisito essencial ao atendimento do pedido de extradição – impõe que o ilícito penal atribuído ao extraditando seja juridicamente qualificado como crime tanto no Brasil quanto no Estado requerente [...].O que realmente importa, na aferição do postulado da dupla tipicidade, é a presença dos elementos estruturantes do tipo penal (*essentialia delicti*), tais como definidos nos preceitos primários de incriminação constantes da legislação brasileira e vigentes no ordenamento positivo do Estado requerente, independentemente da designação formal por eles atribuída aos fatos delituosos”. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Extradição 1074**, Min. Rel. Celso de Mello, Plenário, DJE 13/06/2008.

<sup>16</sup> “A inextraditabilidade de estrangeiros por delitos políticos ou de opinião reflete, em nosso sistema jurídico, uma tradição constitucional republicana. Dela emerge, em favor dos súditos estrangeiros, um direito público subjetivo, oponível ao próprio Estado e de cogência inquestionável. Há, no preceito normativo que consagra esse favor *constitutionis*, uma insuperável limitação jurídica ao poder de extraditar do Estado brasileiro”. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Extradição 524**, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 31-10-1989, Plenário, *DJ* de 08/03/1991.

sido processado no estrangeiro, condenado ou absolvido, cumprido penal ou não etc).

Trata-se, por obviedade, de clara hipótese de violação ao princípio *ne bis in idem*.

Existe, pois, uma solução para esta antinomia no ordenamento jurídico brasileiro?

### **3. O princípio *ne bis in idem* no Direito Brasileiro e nas Convenções Internacionais de Direitos Humanos: do *penunbralright* ao princípio explícito**

Para Tijana Surlan,

[O] *Ne bis in idem* possivelmente representa um dos princípios fundamentais (*cornerstone principles*) de todas as ordens jurídicas modernas. É um princípio que diz respeito ao funcionamento de todos os sistemas legais, quer consideremos o nacional ou o internacional separada ou conjuntamente uns com os outros. A importância do princípio *ne bis in idem* é evidenciado também pelo fato de hoje em dia ele não ser somente um princípio construído pelo processo penal (it is not only a principle built into the criminal procedure acts), mas também um dos direitos humanos básicos.<sup>17</sup>

Cita-se a afirmação supramencionada pelo fato de a mesma pôr, de forma bastante clara, o conteúdo essencial que envolve o princípio *ne bis in idem*. Em outros termos, é um princípio de direito humano que joga um papel preponderante na limitação do poder persecutório quer do Estado quer da Sociedade Internacional através de seus Tribunais Penais. Neste último caso basta lembrar que o ETPI, em seu artigo 20, 1 e 2, assim prescreve:

1. Salvo disposição contrária do presente Estatuto<sup>18</sup>, nenhuma pessoa poderá ser julgada pelo Tribunal por atos constitutivos de crimes pelos quais esta já tenha sido condenada ou absolvida. 2. Nenhuma pessoa poderá ser julgada por outro tribunal por um crime mencionado no artigo 5º, relativamente ao qual já tenha sido condenada ou absolvida pelo Tribunal.

---

<sup>17</sup> SURLAN, Tijana. *Ne bis in idem in conjunction with the Principle of Complementarity in the Rome Statute*. Disponível em [http://www.esil-sedi.eu/fichiers/en/Surlan\\_800.pdf](http://www.esil-sedi.eu/fichiers/en/Surlan_800.pdf). Acessado em 01/07/2012, às 12:00:00.

<sup>18</sup> A exceção ao princípio *ne bis in idem* é aquela pertinente ao simulacro de julgamento, cuja previsão está contida no mesmo artigo 20, 3, a e b. Por esta regra excepcional, o TPI poderá exercer a persecução penal quer na hipótese de julgamento pejado pela intenção de simular um julgamento com o fito de subtrair o agente da responsabilidade penal pela perpetração dos gravíssimos crimes internacionais previsto no ETPI (item a e parte final do item b), quer com violação das garantias internacionais relativas ao justo processo (item b, primeira parte).

Ademais, reforça a ideia de que o princípio da vedação de dupla incriminação é um problema inerente ao direito penal contemporâneo que, como já dito, é gizado pela internacionalização e, por consequência, pela ampliação de problemas práticos quanto à solução de conflitos de competências penais concorrentes, o fato de a Associação Internacional de Direito Penal (doravante AIDP) ter se preocupado em diversas ocasiões sobre a temática, editando, por ocasião de seus XVI e XVII Congressos Internacionais de Direito Penal, ocorridos respectivamente em 1999 e 2004, resoluções acerca do princípio em questão. O primeiro, de 1999, reconhece o *ne bis in idem* enquanto direito humano, e o segundo, de 2004, estabelece critérios para a solução de conflitos de competência nos três níveis em que esta possa ocorrer.<sup>19</sup>

De acordo com Carlos E. A. Japiassú assim resume estes três níveis de que tratam as Resoluções de 2004: “1) a concorrência “horizontal (trans)nacional”: casos de concorrência entre jurisdições nacionais; 2) a “concorrência vertical”: concorrência entre jurisdições nacionais e instituições internacionais competentes; 3) os casos de concorrência entre jurisdições internacionais: “concorrência horizontal inter(supra)nacional”, devido à existência de tribunais penais internacionais *ad hoc*, como o para a antiga Iugoslávia e o para Ruanda, e a criação do Tribunal Penal Internacional permanente”<sup>20</sup>.

Para o tema que nos ocupamos, o artigo 7º, §1º do CP envolve a hipótese 1 (concorrência “horizontal (trans)nacional”) já que, em qualquer uma das hipóteses de extraterritorialidade incondicionada do artigo 7º, I envolverá o conflito de competências penais entre o Estado Brasileiro e do Estado em que o crime tenha sido praticado.

Dá-se que, diversamente do que ocorre em outros ordenamentos jurídicos, nacionais<sup>27</sup> e internacionais, o brasileiro não prevê expressamente o princípio *ne bis in idem* em nenhum de seus dispositivos nacionais, sendo, neste sentido, uma construção de caráter doutrinário e jurisprudencial. Trata-se, portanto, daquilo que a doutrina americana denomina de *penumbralright*<sup>21</sup>, como seja, um princípio jurídico decorrente

---

<sup>19</sup> Para consultar o conteúdo da Resolução de 2004, vide JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriado. **O princípio *ne bis in idem* no Direito Penal Internacional**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano IV, n. 4, 2003, pp. 91-122, em especial, pp. 113-121.

<sup>20</sup> *Idem*, p. 93. <sup>27</sup>

Essa é a hipótese da Constituição da República Federativa da Alemanha, em seu artigo 103, III.

<sup>21</sup> CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na nova Constituição do Brasil**, Rio de Janeiro: Forense, 1989.

não de uma expressa determinação normativa, mas de uma construção hermenêutica na qual se revela um direito fundamental implícito no sistema constitucional.

Para Carlos E. A. Japiassú, o *ne bis in idem* é uma decorrência dos princípios da segurança jurídica e da proporcionalidade em direito penal. Como se sabe, o próprio princípio da segurança jurídica não é expressamente previsto na CRFB/88, sendo, neste sentido, uma clara construção doutrinário-jurisprudencial decorrente da própria ideia de Estado Democrático de Direito e das previsões contidas no artigo 5º, incisos II, XXV e XXVI. Este princípio envolve tanto a ideia de certeza do direito como a de confiança nos atos do Poder Público, no sentido bastante claro de estabilidade nas relações jurídicas, quer para o futuro quer para o passado (e neste sentido, o princípio da irretroatividade, tanto em matéria penal (inciso XL) como em matéria tributária (artigo 150, III, a) assegura a certeza jurídica de não punição ou de tributação em relação a fatos anteriores à vigência da lei).<sup>22</sup> Já o princípio da proporcionalidade, outro claro exemplo de princípio implícito<sup>30</sup>, objetiva, em um sentido lato, assegurar a indispensável harmonia entre direitos fundamentais e restrições que se façam necessárias para fins de conformação entre interesse público e interesse privado. Em sua variante penal, este princípio “[...] objetiva, de imediato, uma justa correlação entre a gravidade do fato perpetrado pelo agente e a sanção penal correspondente [...] [que] deve ser obedecida tanto na elaboração, como na aplicação e na execução da lei penal”<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal: “Sob pena de ofensa aos princípios constitucionais da segurança jurídica e da proteção à confiança legítima, não podem ser anuladas, meio século depois, por falta de necessária autorização prévia do Legislativo, concessões de domínio de terras públicas, celebradas para fins de colonização, quando esta, sob absoluta boa-fé e convicção de validade dos negócios por parte dos adquirentes e sucessores, se consolidou, ao longo do tempo, com criação de cidades, fixação de famílias, construção de hospitais, estradas, aeroportos, residências, estabelecimentos comerciais,

<sup>23</sup> SOUZA, Artur de Brito Gueiros, JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de direito penal**: parte geral, Elsevier: Rio de Janeiro, 2012, p. 66. É verdade, no entanto, que o princípio da proporcionalidade não tem exclusivamente a função de resguardar os direitos fundamentais contra os (possíveis) excessos do poder público. Tem, também, a função de protegê-los contra a insuficiência protetiva, como, v.g., se evidencia nas hipóteses de mandado constitucional de proteção de bens jurídicos por intermédio do Direito Penal. Neste sentido se manifestou o Supremo Tribunal Federal: “Controle e constitucionalidade das leis penais. Mandatos constitucionais de criminalização: A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os vens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de

Doutro giro, o princípio *ne bis in idem* somente ganhou positividade no ordenamento brasileiro por intermédio da ratificação de Tratados Internacionais de Direitos Humanos pelo Brasil, seja ele de caráter regional – Convenção Americana de Direitos Humanos (doravante CADH/69), artigo 8º, 4<sup>24</sup> - seja ele de caráter universal –

industriais e de serviços, etc.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.ACO 79, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 15-3-2012, Plenário, DJde 28-5-2012.

<sup>30</sup>

Conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, derivado do princípio do devido processo legal em sua manifestação substantiva: “Receptação simples (dolo direto) e receptação qualificada (dolo indireto eventual). Cominação de pena mais leve para o crime mais grave (CP, art. 180, *caput*) e pena mais severa para o crime menos grave (CP, art. 180, § 1º). (...) O exame da adequação de determinado ato estatal ao princípio da proporcionalidade, exatamente por viabilizar o controle de sua razoabilidade, com fundamento no art. 5º, LIV, da Carta Política, inclui-se, por isso mesmo, no âmbito da própria fiscalização de constitucionalidade das prescrições normativas emanadas do Poder Público. Esse entendimento é prestigiado pela jurisprudência do STF, que, por mais de uma vez, já advertiu que o Legislativo não pode atuar de maneira imoderada, nem formular regras legais cujo conteúdo revele deliberação absolutamente divorciada dos padrões de razoabilidade. Entendo, por isso mesmo, que a tese exposta nesta impetração revela-se juridicamente plausível, especialmente se se considerar a jurisprudência constitucional do STF, que já assentou, a propósito do tema, a orientação de que transgride o postulado do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), analisado em sua dimensão material (*substantive due process flaw*), a regra legal que veicula, em seu conteúdo, prescrição normativa qualificada pela nota da irrazoabilidade.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.HC 102.094-MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 1º-7-2010, DJde 2-8-2010.

Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (doravante PIDCP/66), artigo 14, 7<sup>25</sup>, donde a necessidade de se perquirir sobre a eficácia destas normas no ordenamento jurídico brasileiro.

O núcleo do princípio *ne bis in idem*, conforme Tijana Surlan, é conformado pela díade **o mesmo** (fato) (*same*) **e de novo** (*again*), no sentido de que a mesma imputação de responsabilidade penal não poderá ser submetida a um novo julgamento caso já tenha sido objeto de uma decisão transitada em julgado por um Tribunal<sup>26</sup>. Mas como se determinar em que consiste “de novo”?

---

excesso e como proibição de proteção insuficiente.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.HC 104.410, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 6-3-2012, 2ª Turma, DJde 27-3-2012.

<sup>24</sup> Artigo 8º - Garantias judiciais [...] 4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos. A CADH/69 foi ratificada pelo Brasil através do Decreto 678/1992.

<sup>25</sup> Artigo 14 [...] 7. Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absorvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país. O PIDCP/69 foi ratificado pelo Brasil através do Decreto Legislativo 226/1991 e Decreto 592/1992.

<sup>26</sup> SURLAN, Tijana, *op. cit.*

Sobre este elemento, Carlos E. A. Japiassú irá se manifestar da seguinte forma: “No direito brasileiro, na expressão em exame, *idem* é entendido como o mesmo fato, em termos reais e históricos. Sua relevância, pois, decorre da análise factuale não estritamente jurídica.”<sup>27</sup> Já Guilherme de Souza Nucci irá afirmar que por este princípio “[...] ninguém deve ser processado e punido duas vezes pela prática da mesma infração penal [...] Se não há possibilidade de processar novamente quem já foi absolvido, ainda que surjam novas provas, é lógico que não é admissível punir o agente outra vez pelo mesmo delito”<sup>28</sup>.

Portanto, *idem/again*/de novo se reporta ao fato em sua concreção histórica, e não nas diversas narrativas que se possam fazer sobre o mesmo em um ou mais processos. Nesse sentido, a decisão do Supremo Tribunal Federal (doravante STF), colacionada por Carlos E. A. Japiassú em seu artigo<sup>37</sup> violou frontalmente a este princípio por ter admitido, no caso concreto, que um sujeito que fora absolvido com decisão transitada em julgado num processo de crime contra a vida na qualidade de autor imediato fosse, *de novo* processado pelo Ministério Público na qualidade de autor intelectual.

Idêntica situação ocorreu por ocasião do julgamento do HC 56.398-8/SP, de Relatoria do Ministro Djaci Falcão, embora com resolução distinta. O paciente fora condenado pela prática do crime de roubo em um mercado na cidade de São Paulo, e que fora praticado em concurso de agentes, tendo sido o paciente o único réu a ser processado no primeiro processo. Posteriormente, o Ministério Público promoveu nova persecução penal contra todos os agentes do delito, processo no qual o paciente foi *novamente* condenado. Tendo sido impetrado o habeas corpus em face do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, decidiu o STF: “EMENTA: Réu condenado duas vezes por um só fato criminoso. Ofensa do princípio ne bis in idem. Habeas corpus concedido, para anulação da segunda condenação”.<sup>29</sup>

Já no HC 86.606-9/MS, bastante singular por envolver conflito de competência entre a justiça comum e a justiça militar, o STF deferiu o habeas corpus para trancar a ação criminal perante a Auditoria Militar de Mato Grosso do Sul por reconhecer a ocorrência

---

<sup>27</sup> JAPIASSÚ, Carlos E. A., **O princípio...**, p. 95.

<sup>28</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: parte geral e especial, 2 ed., São Paulo: RT, 2006, pp. 72-73. <sup>37</sup>

Trata-se do **Habeas Corpus 64158**, Min. Relator Rafael Mayer, 1ª Turma, julgado em 07.11.1986, RTJ 120, pp. 117 *et seq.*

<sup>29</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 56398-8/SP**, 2ª Turma, Min. Relator Djaci Falcão, julgado em 08.08.1978, DJ 15/09/1978.

do *bis in idem* em relação a um processo que tinha por objeto *o mesmo* fato, e que fora julgado pelo Juizado Especial Criminal de Campo Grande. O paciente, militar do exército brasileiro, cometeu o crime de lesão corporal leve contra outro militar. Denunciado perante o Juizado Especial Criminal, aceitou a transação penal que, cumprida, ensejou decisão absolutória imprópria. Contudo, o Ministério Público Militar promoveu ação penal militar contra o paciente perante a Auditoria Militar naquele Estado, processo no qual se anulou a decisão da justiça estadual por incompetência absoluta. Impetrado o habeas corpus perante o STF, a 1ª Turma assim decidiu:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PERSECUÇÃO PENAL NA JUSTIÇA MILITAR POR FATO JULGADO NO JUIZADO ESPECIAL DE PEQUENAS CAUSAS, COM TRÂNSITO EM JULGADO. ADOÇÃO DO PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM*. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. Configura constrangimento ilegal a continuidade da persecução penal militar por fato já julgado pelo Juizado Especial de Pequenas Causas, com decisão penal definitiva.

2. A decisão que declarou extinta a punibilidade em favor do Paciente, ainda que prolatada com suposto vício de incompetência de juízo, é susceptível de trânsito em julgado e produz efeitos jurídicos.

A adoção do princípio do *ne bis in idem* pelo ordenamento jurídico penal complementa os direitos e garantias individuais previstos pela Constituição da República, cuja interpretação sistemática leva à conclusão de que o direito à liberdade, com apoio em coisa julgada material, prevalece sobre o dever estatal de acusar. Precedentes.3. Habeas corpus concedido.<sup>30</sup>

Resta perquirir, por fim, sobre o termo final para que uma persecução penal não se caracterize como violadora do princípio *ne bis in idem*. Parece bastante evidente da leitura dos dispositivos internacionais acima mencionados que o termo final é a existência de uma decisão judicial transitada em julgado (artigo 8, 4 da CADH/69 e artigo 14, 7 do PIDCP/66). Ocorre que, nada obstante parecer haver uma homologia entre os dois instrumentos internacionais, em verdade esta não ocorre. Com efeito, o artigo 8, 4 da CADH fala expressamente em sentença absolutória, enquanto que o artigo 14, 7 do PIDCP/66 fala em termos mais amplos, a saber, sentença absolutória ou condenatória passado em julgado. Noutros termos, o artigo 14, 7 do PIDCP/66 propicia uma proteção mais ampla em relação àquela prevista na CADH/69, pois, a rigor, existe uma diferença substancial entre sentença absolutória e sentença condenatória, conforme resta evidenciado no caso do HC 64.158 acima mencionado. Qual deve prevalecer?

Se este problema tivesse que ser resolvido pelos tradicionais critérios de conflito intertemporal de normas (hierarquia, especialidade e cronológico), o resultado seria,

<sup>30</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus**86.609-9/MS, 1ª Turma, Min. Relatora Carmen Lúcia, julgado em 22/05/2007, DJ 03/08/2007.

necessariamente, a declaração de derrogação de uma norma em relação à outra. Contudo, estes critérios se mostram insuficientes, pois:

- a) **a uma**, não existe hierarquia entre os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, conforme se evidencia do princípio da interdependência contido no artigo 8 da Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993; ademais, estes Tratados têm sido reconhecidos como veiculadores de normas de *jus cogens*, o que equivale a afirmar o caráter de *higherlaw* no âmbito do Direito Internacional;
- b) **a duas**, não existe uma relação de generalidade/especificidade entre os dois diplomas, visto que ambos regulamentam idêntica matéria, não sendo válido qualquer ilação concernente à origem dos documentos, universal e regional, já que ambos são tratados internacionais, devendo, portanto, ser cumpridos de boa-fé; e
- c) **a três**, embora cronologicamente ratificados em momentos diversos – a CADH/69 em 06/11/1992 e o PIDCP/66 em 06/07/1992 – é óbvio que a declaração de derrogação do PIDCP/66 em face da CADH/69 seria contrário ao já mencionado postulado da interdependência.

Neste sentido, parece que o único critério ótimo a se permitir a solução dessa antinomia aparente é aquele presente na cláusula *pro homine*. Conforme esta cláusula, contida no artigo 29, b da CADH/69<sup>31</sup>, não existirá antinomia real entre uma disposição da CADH/69 com qualquer previsão de caráter nacional (v.g. um direito fundamental assegurado por uma constituição nacional) ou de caráter internacional (v.g. um direito humano reconhecido por outra Convenção Internacional) que propicie uma proteção mais ampla do que aquela disposta na mesma, no sentido de que, a partir desta pretensa antinomia, se defira uma proteção deficitária a seu titular. Em outros termos, assim como é tarefa do interprete constitucional assegurar, em caso de antinomia aparente entre disposições constitucionais, mormente se originárias, uma interpretação que favoreça a concordância prática de forma a se afastar a antinomia (princípios da unidade da constituição e da concordância prática), cabe ao interprete em matéria de direitos humanos, orientado pelo princípio *pro homine*, assegurar a aplicação da regra de direito

---

<sup>31</sup> Artigo 29º - Normas de interpretação - Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: [...] b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos

constitucional ou de direito internacional que propicie a máxima proteção do direito humano em questão. Neste sentido afirma Susana Albarese: “En caso de que las normas internacionales y nacionales difieran entre si, deberán aplicarse siempre aquellas normas que otorguen el nivel más alto de protección, em concordancia con diversas normas internacionales y com la Corte Interamericana de Derechos Humanos”<sup>41</sup>.

Desta forma, não parece desarrazoado concluir que, em se tratando de decisão absolutória transitado em julgado, o princípio *ne bis in idem* será aplicado, caso haja a pretensão de idêntica persecução penal, com fundamento nos dispositivos da CADH/69 e do PIDCP/66; em se tratando, no entanto, de decisão condenatória, afastar-se a incidência, no caso concreto, da CADH/69 e deverá ser aplicado o PIDCP/66, que, *per se*, será suficiente para assegurar a máxima proteção do direito a não ser duplamente incriminado.

#### **4. Eficácia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Direito Brasileiro: da ordinaryidade à supralegalidade. E mais além...?**

Após a promulgação da CRFB/88 iniciou-se um claro dissenso entre partes das doutrinas constitucionalista e internacionalista brasileiras e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da eficácia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil. Este dissenso tinha como foco central a estatura normativa que

de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados.

<sup>41</sup>*Apud* PEREIRA, VanyLestonPessyone. **Os direitos humanos na Corte Interamericana**: o despertar de uma consciência jurídica universal. **Revista Liberdades**, n. 2, São Paulo: IBCCRIM, setembrodezembro/2009, p. 35.

estes documentos internacionais deveriam ocupar na estrutura do ordenamento jurídico, principalmente em razão da redação dada pelo constituinte ao artigo 5º, §2º da CRFB/88, cujo teor é o seguinte: “Artigo 5º [...]§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. [...]”.

Para uma parte desses doutrinadores (Antonio Augusto Cançado Trindade<sup>32</sup>, Flávia Piovesan<sup>33</sup>, Valério Mazzuoli<sup>34</sup> *et al*) este dispositivo constitucional teria três efeitos constitucionais importantes: a) veicularia uma cláusula de abertura do ordenamento jurídico brasileiro para a incorporação de direitos humanos previstos em Tratados Internacionais; b) como consequência dessa abertura, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil ingressariam de forma direta no ordenamento jurídico, sem a necessidade de sua ratificação formal pelo sistema de *treatymakingpower* previsto na Constituição Federal (que, regra geral, é misto, vale dizer, a ratificação depende do processo legislativo complexo compartilhado entre o Congresso Nacional e o Executivo. Congresso através do Decreto Legislativo (artigo 49, I c/c artigo 59, VI da CRFB/88); Executivo do Decreto de execução (artigo 84, IV da CRFB/88); e c) por fim, por versarem sobre Direitos Humanos, teriam o mesmo nível hierárquico de norma constitucional. Dissenso neste aspecto foi a de Celso Albuquerque D. de Mello, para quem os Tratados Internacionais de Direitos Humanos teria eficácia supraconstitucional<sup>35</sup>.

Na outra ponta do dissenso se encontrava a jurisprudência do STF acerca da estatura dos Tratados Internacionais no ordenamento jurídico brasileiro em geral, na qual não se operava qualquer distinção quanto à matéria, e segundo a qual estas normas teriam o mesmo nível de lei ordinária. Esta jurisprudência formou-se a partir do Recurso Extraordinário (doravante RE) 80004/SE, na qual se discutiu a relação entre o direito interno e o direito internacional, tendo como objeto a prevalência ou não da Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio em face do Decreto-Lei 427/69. O ponto central da controvérsia dizia respeito à exigibilidade de registro da letra de câmbio em repartição fazendária nacional sobre pena de nulidade do próprio título, diversamente do que estipulado na Lei Uniforme. O relator original desse recurso foi o Ministro Xavier de Albuquerque, que se reportando a jurisprudência anterior do STF (RE 7154, RTJ 58/70), reconheceu a primazia do direito internacional sobre o direito interno, declarando,

---

<sup>32</sup> CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **A interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na proteção dos direitos humanos**, in Arquivos do Ministério da Justiça, ano 46, n. 12, jul.-dez. 1993.

<sup>33</sup> PIOVEZAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**, 7.ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

<sup>34</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Prisão Civil por dívida e o Pacto de San José da Costa Rica**: de acordo com o Novo Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406/2002), Rio de Janeiro: Forense, 2002.

<sup>35</sup> MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **O § 2º do art. 5º da Constituição Federal**, in TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**, Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 25-26.

*incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do Decreto-Lei 427/69. Dá-se que, neste julgamento, o Plenário do Supremo Tribunal Federal modificou a sua jurisprudência sobre o tema, tendo sido o ministro relator vencido por maioria (já que o Ministro Moreira Alves se declarou impedido para participar do julgamento), e sido nomeado relator para o acórdão o Ministro Cunha Peixoto, que abriera a dissidência. A ementa do acórdão tem o seguinte conteúdo no ponto que interessa ao presente trabalho:

EMENTA: CONVENÇÃO DE GENEBRA – LEI UNIFORMA SOBRE LETRAS DE CÂMBIO E NOTAS PROMISSÓRIA – AVAL APOSTO A NOTA PROMISSÓRIA NÃO REGISTRADA NO PRAZO LEGAL – IMPOSSIBILIDADE DE SER O AVALISTA ACIONADO, MESMO PELAS VIAS ORDINÁRIAS. VALIDADE DO DECRETO-LEI Nº 427, DE 22.01.1969.

Embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe elas às leis do País, disso decorrendo a constitucionalidade e a decorrente validade do Decreto-Lei 427/69, que instituiu o registro obrigatório da nota promissória em Repartição Fazendária, sob pena de nulidade do título.[...] <sup>36</sup>.

A partir de caso, portanto, a jurisprudência do STF, mesmo após a promulgação da CRFB/88, continuou a afirmar a vigência interna dos Tratados Internacionais no mesmo nível das leis ordinárias, tendo, por consequência: a) os Tratados Internacionais, independentemente de seu conteúdo, estariam submetidos à autoridade normativa da Constituição, ensejando, inclusive, o controle de constitucionalidade sobre os mesmos; b) qualquer garantia prevista nesses Tratados não teria o condão de alterar o sistema constitucional de garantias, quando muito de corroborá-lo; e c) a relação entre Tratados Internacionais e leis ordinárias seria regido pelos critérios ou da especialidade ou cronológico, vale dizer, tratado internacional posterior a uma lei ordinária a revogaria/derrogaria; lei ordinária posterior à incorporação do Tratado Internacional o derrogaria/revogaria (*rectius*: conforme ensina Francisco Rezek, lei nacional posterior **não** revoga/derroga o tratado internacional, que somente pode ser revogado/derrogado por outro tratado internacional. O que a lei ordinária faz é revogar/derrogar o Decreto Legislativo e o Decreto de execução ratificador do tratado internacional, **suspendendo** a sua vigência no território nacional) <sup>37</sup>.

Não foram poucas as aporias decorrentes desta jurisprudência do STF, principalmente quando cotejado com o sistema interamericano de Direitos Humanos. O que maior

<sup>36</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 80004/SE**, Pleno, Relator para o Acórdão Min. Cunha Peixoto, Plenário, 01.06.1977, DJ 29.12.1977.

<sup>37</sup> REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**, 12 ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

problema suscitou foi, sem qualquer dúvida, a possibilidade de prisão civil do depositário infiel nas relações de garantia fiduciária, tal como regido pelo Decreto-Lei 911/1969, já que a CADH/69 prevê a prisão civil somente para as hipóteses de inadimplência de dívida alimentar (artigo 7º da CADH/69). Mas não somente este. Também tem suscitado conflitos entre o sistema constitucional brasileiro e o sistema interamericano o tema do duplo grau necessário (artigo 8º, 2, h da CADH/69), mormente no que alude às hipóteses de competência originária dos tribunais de segundo grau ou superiores, já que, para estes casos, não existe no ordenamento jurídico brasileiro **recursos com efeito apelativo**, isto é, recursos que devolvam ao tribunal *ad quem* a apreciação das matérias de fato e de direito, já que os recursos especial e extraordinário se circunscrevem à devolução da matéria de direito (Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça e Súmula 279 do STF). Por fim, também comparece como um tema relevante da relação entre o sistema constitucional brasileiro e o sistema internacional de direitos humanos (universal ou regional) este que ocupa o presente trabalho, além de outros.

Sobre os dois primeiros, colacionam-se os seguintes julgados do STF, o primeiro sobre duplo grau de jurisdição e o segundo sobre prisão do depositário infiel:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROMOTOR DE JUSTIÇA. CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 279-STF. PREQUESTIONAMENTO. PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO.

- I. O exame da controvérsia, em recurso extraordinário, demandaria o reexame do conjunto fático-probatório trazido aos autos, o que esbarra no óbice da Súmula 279STF.
- II. Ausência de prequestionamento das questões constitucionais invocadas no recurso extraordinário.
- III. A alegação de ofensa ao inciso LIV do art. 5º, CF, não é pertinente. O inciso LIV do art. 5º, CF, mencionado, diz respeito ao devido processo legal em termos substantivos e não processuais. Pelo exposto nas razões de recurso, que a recorrente referir-se ao devido processo legal em termos processuais, CF, art. 5º, LV. Todavia, se ofensa tivesse havido, no caso, à Constituição, seria ela indireta, reflexa, dado que a ofensa direta seria a normas processuais. E, conforme é sabido, ofensa indireta à Constituição não autoriza a admissão do recurso extraordinário.
- IV. Não há, no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, a garantia constitucional do duplo grau de jurisdição. Prevalência da Constituição Federal em relação aos tratados e convenções internacionais.
- V. Compete ao Tribunal de Justiça, por força do disposto no art. 96, III, da CF/88, o julgamento de promotores de justiça, inclusive nos crimes dolosos contra a vida. VI. Agravo rejeitado<sup>38</sup>.

EMENTA: - Recurso extraordinário. Alienação fiduciária em garantia. Prisão Civil.

<sup>38</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 513.044/SP**, Ministro Relator Carlos Velloso, 2ª Turma, julgado em 22/02/2005, DJ 08/04/2005.

- Esta Corte, por seu Plenário (HC 72131), firmou o entendimento de que, em face da Carta Magna de 1988, persiste a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel em se tratando de alienação fiduciária, bem como de que o Pacto de São José da Costa Rica, além de não poder contrapor-se à permissão do artigo 5º, LXVII, da mesma Constituição, não derogou, por ser norma infraconstitucional geral, as normas infraconstitucionais especiais sobre prisão civil do depositário infiel.
- Esse entendimento voltou a ser reafirmado recentemente, em 27.05.98, também por decisão do Plenário, quando do julgamento do RE 206.482. Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido.
- Inconstitucionalidade da interpretação dada ao artigo 7º, item 7, do Pacto de São José da Costa Rica no sentido de derogar o Decreto-Lei 911/69 no tocante à admissibilidade da prisão civil por infidelidade do depositário em alienação fiduciária em garantia.
- É de observar-se, por fim, que o § 2º do artigo 5º da Constituição não se aplica aos tratados internacionais sobre direitos e garantias fundamentais que ingressem em nosso ordenamento jurídico após a promulgação da Constituição de 1988, e isso porque ainda não se admite tratado internacional com força de emenda constitucional. Recurso extraordinário conhecido e provido.<sup>39</sup>

Nesta toada seguiu o STF, inclusive com um alto grau de agressividade discursiva contra a tese da recepção dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos em nível constitucional (dirá o Ministro Celso de Mello por ocasião da Medida Liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1480/DF “**É na Constituição da República – e não na** controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas – que se **deve** buscar a solução normativa para a questão da **incorporação** dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro.”<sup>40</sup>).

A viragem hermenêutica se deu por ocasião do julgamento do RE 466343/SP, julgado no qual o STF, a partir do voto do Ministro Gilmar Mendes, passou a admitir que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, ratificados pelo Brasil **antes** da Emenda Constitucional (doravante EC) 45/2004<sup>41</sup>, passariam a ter o *status* de norma supralegal. A supralegalidade se define como aquele nível hierárquico normativo em que a norma se encontra subordinada à Constituição, mas está acima da legislação ordinária. Havendo conflito entre norma supralegal e a CRFB/88, prevalece esta última. Havendo conflito

---

<sup>39</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 253.071/GO**, Ministro Relator Moreira Alves, Plenário, julgado em 29/05/2001, DJ 26/06/2001.

<sup>40</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida Liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1480/DF**, Ministro Relator Celso de Mello, Plenário, Julgado em 04/09/1997, DJ 18/05/2001.

<sup>41</sup> Esta emenda constitucional operou uma modificação importante no sistema judicial brasileiro, bem como em seu processo constitucional, tendo, também, agregado ao artigo 5º da CRFB/88 os parágrafos 3º e 4º. O primeiro versa sobre o procedimento de incorporação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e o segundo sobre a aceitação da jurisdição do Tribunal Penal Internacional, *in verbis*: “Artigo 5º [...] § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. § 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”.

entre norma supralegal e a legislação ordinária, esta será revogada por aquela. Nessa decisão, o STF, preocupado com os efeitos práticos da mesma, preservou a autoridade das decisões anteriores que conferiam o nível de lei ordinária aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, apelando para a teoria da mutação constitucional, também denominada de mudanças informais da Constituição, pela qual, através da hermenêutica constitucional, o significado da norma constitucional passará por um processo de resignificação, diverso, portanto, daquele já consolidado na jurisprudência, de forma a se adequar a norma à realidade social (por isso mudança informal, já que não exige o desencadeamento do processo legislativo de reforma constitucional). Apelando, portanto, à mutação constitucional, assegurou o STF qualquer alegação de efeito *ex tunc*, conferindo-lhe, portanto, efeito *ex nunc*.

A ementa do Acórdão tem a seguinte redação:

**EMENTA: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentabilidade da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXII e §§1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, §7º, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito<sup>42</sup>.**

É preciso, no entanto, aclarar algumas questões em torno desse julgado, que passou a orientar a jurisprudência do STF para a matéria. Primeiro é que esta decisão diz respeito somente aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro antes da EC 45/2004, nada dizendo a respeito dos Tratados Internacionais sobre a matéria que foram incorporados posteriormente à mesma, e que tenham obedecido o rito estabelecido pelo artigo 5º, § 3º (processo legislativo idêntico à emenda constitucional), como é o caso da Convenção sobre os Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiências e seu Protocolo Facultativo, ratificado pelo Decreto Legislativo 186/2008. Terão eles eficácia de norma constitucional ou o da supralegalidade?

Segundo, a decisão, tal como se apreende da discussão havida entre o Ministro Gilmar Mendes e o Ministro Celso de Mello, logo após este ter proferido o seu voto, no qual expressou a sua convicção de que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos deveriam ter uma eficácia constitucional, objetivou mais uma questão pragmática –

---

<sup>42</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário** 466343/SP, Ministro Relator Cezar Peluso, Plenário, julgado em 03/12/1998, DJ 05/06/2009.

resolver de uma vez por todas o problema da prisão civil por depositário infiel -, do que propriamente estabelecer um tratamento amplo e geral ao tema, de forma a orientar, para todos os casos futuros, a jurisprudência da Corte<sup>43</sup>. Isto fica bastante evidente no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 601832/SP, relatado pelo Ministro Joaquim Barbosa, na qual se improviu a alegação de violação ao princípio do duplo grau de jurisdição para as hipóteses de competência originária dos tribunais, apesar de se reconhecer a sua incorporação no Brasil através do CADH/69:

**EMENTA:** AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ARTIGO 5º, PARÁGRAFOS 1º E 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. EMENDA CONSTITUCIONAL 45/04. GARANTIA QUE NÃO É ABSOLUTA E DEVE SE COMPATIBILIZAR COM AS EXCEÇÕES PREVISTAS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL. PRECEDENTE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO

[...]

3. Contudo, não obstante o fato de que o princípio do duplo grau de jurisdição previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos tenha sido internalizado no direito doméstico brasileiro, isto não significa que esse princípio revista-se de natureza absoluta.

4. A própria Constituição Federal estabelece exceções ao princípio do duplo grau de jurisdição.

Não procede, assim, a tese de que a Emenda Constitucional 45/04 introduziu na Constituição uma nova modalidade de recurso inominado, de modo a conferir eficácia ao duplo grau de jurisdição.

[...]

6. Agravo regimental improvido.

O que remasnece é o seguinte problema: não fica esvaziado a garantia do duplo grau de jurisdição caso se mantenha as exceções constitucionais incompatíveis com o mesmo? Em outros termos, valeria o duplo grau de jurisdição para todas as hipóteses, à exceção daquelas para as quais o texto constitucional não a assegura, e que são as causas de controvérsia sobre o princípio, descosiderando-se, neste sentido, o princípio *pro homine*? Dá-se com uma mão para tomar-se com a outra?

---

<sup>43</sup> Faz-se esta afirmação com base no seguinte trecho da intervenção feita pelo Ministro Gilmar Mendes logo após a leitura do voto do Ministro Celso de Mello que, como se verá, sustenta a ideia da hierarquia constitucional dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos: “Por essa razão, volto a enfatizar a tese perfilhada [...] no sentido de, realmente, esses tratados adentrarem o ordenamento jurídico constitucional brasileiro, com uma diferença: eles não têm a mesma hierarquia. Com isso, dogmaticamente, também estamos a resolver todas as questões colocadas em relação ao próprio depositário infiel. Assim, os tratados adentram o ordenamento jurídico com um perfil diferenciado [...] com uma força supralegal, mas infraconstitucional” (RE 466343/SP).

De qualquer sorte, no que alude ao princípio *ne bis in idem*, o próprio STF reconheceu a sua expressa incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro, conforme se depreende do já citado HC 86606/MS:

**EMENTA:** HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PERSECUÇÃO PENAL NA JUSTIÇA MILITAR POR FATO JULGADO NO JUIZADO ESPECIAL DE PEQUENAS CAUSAS, COM TRÂNSITO EM JULGADO: IMPOSSIBILIDADE: CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ADOÇÃO DO PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM*. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

[...]

2. A decisão que declarou extinta a punibilidade em favor do Paciente, ainda que prolatada com suposto vício de incompetência de juízo, é susceptível de trânsito em julgado e produz efeitos.

A adoção do princípio *ne bis in idem* pelo ordenamento jurídico penal complementa os direitos e as garantias individuais previstos na Constituição da República, cuja interpretação sistemática leva à conclusão de que o direito à liberdade, com apoio em coisa julgada material, prevalece sobre o dever estatal de acusar. Precedente.

[...].

Como último ponto a se discutir sobre este tema é a possibilidade de que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos venham a adquirir, por força da interpretação do STF, eficácia de norma constitucional, mormente em relação àqueles que forem incorporados no ordenamento jurídico com as regras do artigo 5º, §3º, ou mesmo por uma nova interpretação abarcando, no sentido apontado, os Tratados incorporados antes da EC 45/04.

Nesse sentido não se tem mais do que uma possibilidade, principalmente se, um dia, for admitida a interpretação dissidente do Ministro Celso de Mello, expressada no RE 466343, e que vem sendo reiterada em todos os julgados em que ele figura como relator. Para o Ministro Celso de Mello os Tratados Internacionais de Direitos Humanos devem valer no ordenamento jurídico com o *status* de norma constitucional, operando, caso haja conflito entre a norma constitucional e a do Tratado Internacional, o princípio *pro homine*. Destaque-se, nesse sentido, o seguinte julgado no qual o Ministro Celso de Mello foi relator:

**EMENTA:** “HABEAS CORPUS” – DENEGÇÃO DE MEDIDA LIMINAR – SÚMULA 691/STF – SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS QUE AFASTAM A RESTRIÇÃO SUMULAR – PRISÃO CIVIL – DEPOSITÁRIO JUDICIAL – A QUESTÃO DA INFIDELIDADE DEPOSITÁRIA – CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (ARTIGO 7º, N. 7) – HIERARQUIA CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS – “HABEAS CORPUS” CONCEDIDO “*EX OFFICIO*”.

[...]

## TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: AS SUAS RELAÇÕES COM O DIREITO INTERNO BRASILEIRO E A QUESTÃO DE SUA POSIÇÃO HIERÁRQUICA.

- A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, n. 7). Caráter subordinante dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos e o sistema de proteção dos direitos básicos da pessoa humana.

- Relação entre o direito interno brasileiro e as convenções internacionais de direitos humanos (CF, art. 5º e §§2º e 3º) Precedentes.

- Posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento positivo interno do Brasil: natureza constitucional ou caráter de supralegalidade? – Entendimento do Relator, Min. CELSO DE MELLO, que atribui hierarquia constitucional às convenções internacionais em matéria de direitos humanos.

[...]

## HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: A NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTEPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.

- Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica.

- O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da *norma mais favorável* (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado) deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs. - Aplicação, ao caso, do Artigo 7º, n. 7 c/c o Artigo 29, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico de primazia da *regra mais favorável* à proteção efetiva do ser humano.[...]44.

A mesma linha foi seguida no 91361/SP<sup>45</sup> e no ARMI 772/RJ<sup>46</sup>, embora este último tenha se restringido à reafirmação da hierarquia constitucional dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Não cabendo à ciência jurídica fazer juízos de caráter profético, senão, quando muito, de tendências possíveis em razão do estado da arte de seu objeto de estudo, nada obsta perceber uma possibilidade de que, no futuro, o STF venha a modificar a sua jurisprudência em relação à hierarquia dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, quiçá para acompanhar a dissidência do Ministro Celso de Mello, conferindo-lhes hierarquia constitucional. Nesse sentido, a técnica jurisprudencial de consignar o voto vencido tem, de fato, o condão de suscitar modificações na interpretação

<sup>44</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 94695/RS**, Ministro Relator Celso de Mello, 2ª Turma, julgado em 23/09/2008, DJ 06/02/2009.

<sup>45</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 91361/SP**, Ministro Relator Celso de Mello, 2ª Turma, julgado em 23/09/2008, DJ 06/02/2009.

<sup>46</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo Regimental em Mandado de Injunção 772/RJ**, Ministro Relator Celso de Mello, Plenário, julgado em 24/10/2007, DJ 20/03/2009.

constitucional, conforme evidencia o diálogo havido entre os ministros Celso de Mello e Marco Aurélio em relação à conhecida dissidência deste último quanto à iliceidade da prisão do depositário infiel, mormente em razão do caráter de supralegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, por ocasião do julgamento do RE 466343.

Desta sorte, no atual estágio da jurisprudência do STF, é preciso que se reconheça que o estatuto hierarquico dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos é o da supralegalidade. Contudo, esta mesma jurisprudência conserva em si uma potência de modificação orientada à admissão do caráter constitucional que os mesmos possam vir a ocupar no ordenamento jurídico brasileiro, com plena adoção do princípio *pro homine*, estágio que se acredita mais acertado com a díade que orienta este trabalho, persecução-garantia.

## **6. Conclusão**

Consistindo o princípio *ne bis in idem* um genuíno direito humano, reconhecido quer pelo ordenamento jurídico brasileiro (como já visto, inicialmente de forma implícita, ao depois de forma explícita, em razão da internalização do PIDCP/66 e da CADH/69), quer pelos sistemas universal e regional de direitos humanos, não resta dúvida de que se pode concluir, como uma consequência do mesmo, pela inconstitucionalidade dos artigos 7º, §1º c/c 8º do CP.

É que a extensão da competência penal brasileira para a hipótese de extraterritorialidade incondicionada inclusive para os casos transitados em julgado, tenha havido sentença absolutória ou condenatória, viola frontalmente o postulado jurídico que veda a dupla incriminação. Se há um dever de persecução penal, este não o é ilimitado, estando, portanto, condicionado às garantias penal-processuais asseguradas interna ou internacionalmente pelos diversos sistemas de direitos humanos.

Contudo, é importante que se delimite o grau de inconstitucionalidade dos artigos 7º, §1º c/c 8º do CP. Conforme visto, o princípio *ne bis in idem* tem como limite intransponível a existência de sentenças transitadas em julgado, condenatórias ou absolutórias. Isto implica que, enquanto não ocorrer o fenômeno da coisa julgada material segundo as regras processuais do Estado em que o fato estiver sendo julgado, nada obstará que o sistema persecutório brasileiro incie e busque, através do devido

processo legal, imputar a responsabilidade penal do agente de acordo com o seu ordenamento jurídico. Contudo, ocorrendo o fenômeno do trânsito em julgado, cessa para o Estado brasileiro a sua competência penal.

Portanto, a inconstitucionalidade que incide sobre o artigo 7º, §1º do CP é parcial, e não total, no sentido de que, enquanto não ocorrer a coisa julgada, remanesce legítima a competência penal persecutória do Estado brasileiro, legitimidade, no entanto, que deixa de ser válidamente exercível com o trânsito em julgado da decisão condenatória ou absolutória no Estado em que primeiro exercer a persecução penal em face do fato. Quanto ao artigo 8º do CP, a inconstitucionalidade é total, na medida em que não se há de confundir a atenuação ou a compensação de penas ali descrito com a figura da detração penal prevista no artigo 42 do CP, cuja previsão engloba tanto as hipóteses de prisão provisória no Brasil como no exterior.

## **7. Referências**

ACCIOLY, Hildebrando. *Tratado de direito internacional público*. Vol. II, 3 ed., São Paulo: QuartierLatin, 2008.

AMBOS, Kai. *A parte geral do direito penal internacional: bases para uma elaboração dogmática*. Trad. Carlos E. A. Japiassú e Daniel A. Raizman, São Paulo: RT, 2008.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na proteção dos direitos humanos*. In Arquivos do Ministério da Justiça, ano 46, n. 12, jul.-dez. 1993.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

Código Penal.

Código Penal Militar.

Constituição da República Federativa do Brasil de 05/10/1988 (com EC 70/2010).

Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas.

Convenção das Nações Unidas contra Corrupção.

Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional.

Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961.

Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963.

Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados de 1969.

Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais de 1986.

Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas de 1994.

Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo.

Declaração Americana de Direitos Humanos de 1969.

DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral, 6 ed.* Rio de Janeiro: Renovar.

Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade 1: a vontade de saber.* Trad. M<sup>a</sup> T. da Costa Albuquerque, 16 ed., Rio de Janeiro: Graal, 1988.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Yerodia Case*. Disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/7081.pdf>. Acessado em 25/07/2012, às 10:00:00.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

\_\_\_\_\_. *O princípio ne bis in idem no Direito Penal Internacional*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano IV, n. 4, 2003, pp. 91-122.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *O objeto do Direito Penal Internacional e sua mais recente evolução*. Trad. Nilo Batista, in Revista de Penal n. 6, Rio de Janeiro: Borsoi, abril/junho de 1972, pp. 7-20.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Prisão Civil por dívida e o Pacto de San José da Costa Rica: de acordo com o Novo Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406/2002)*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *O § 2º do art. 5º da Constituição Federal*, in TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito internacional público*. Vol. 2, 11 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: parte geral e especial*. 2 ed., São Paulo: RT, 2006.

Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966.

PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos, Porto Alegre: SAFE, 1989.

PEREIRA, VanyLestonPessyone. *Os direitos humanos na Corte Interamericana: o despertar de uma consciência jurídica universal*. Revista Liberdades, n. 2, São Paulo: IBCCRIM, setembro-dezembro/2009, p. 35.

PERRONE-MOISÉS, Claudia. *Direito Internacional Penal: imunidades e anistias*. São Paulo: Manole, 2012.

PIOVEZAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7 ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*, 12 ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros, JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal: parte geral*. Elsevier: Rio de Janeiro, 2012, p. 66.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Civil Originária*, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 15-3-2012, Plenário, DJde 28-5-2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Agravo Regimental em Mandado de Injunção 772/RJ*, Ministro Relator Celso de Mello, Plenário, julgado em 24/10/2007, DJ 20/03/2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 513.044/SP*, Ministro Relator Carlos Velloso, 2ª Turma, julgado em 22/02/2005, DJ 08/04/2005.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Extradução 1074*, Min. Rel. Celso de Mello, Plenário, DJE 13/06/2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Extradução 524*, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 31-10-1989, Plenário, DJ de 08/03/1991.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus 91361/SP*, Ministro Relator Celso de Mello, 2ª Turma, julgado em 23/09/2008, DJ 06/02/2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus 94695/RS*, Ministro Relator Celso de Mello, 2ª Turma, julgado em 23/09/2008, DJ 06/02/2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus 102.094-MC*, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 01/07/2010, DJde 2-8-2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus 104410*, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 06/03/2012, 2ª Turma, DJde 27/0/2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus 56.398-8/SP*, 2ª Turma, Min. Relator Djaci Falcão, julgado em 08/08/1978, DJ 15/09/1978.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus 86.609-9/MS*, 1ª Turma, Min. Relatora Carmen Lúcia, julgado em 22/05/2007, DJ 03/08/2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Medida Liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1480/DF*, Ministro Relator Celso de Mello, Plenário, Julgado em 04/09/1997, DJ 18/05/2001.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário 253.071/GO*, Ministro Relator Moreira Alves, Plenário, julgado em 29/05/2001, DJ 26/06/2001.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário 466343/SP*, Ministro Relator Cezar Peluso, Plenário, julgado em 03/12/1998, DJ 05/06/2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário 80004/SE*, Pleno, Relator para o Acórdão Min. Cunha Peixoto, Plenário, 01/06/1977, DJ 29/12/1977.

SURLAN, Tijana. *Ne bis in idem in conjunction with the Principle of Complementarity in the Rome Statute*. Disponível em [http://www.esil-sedi.eu/fichiers/en/Surlan\\_800.pdf](http://www.esil-sedi.eu/fichiers/en/Surlan_800.pdf). Acessado em 01/07/2012, às 12:00:00.