

ROGERIO
SCHIETTI
CRUZ

PROIBIÇÃO DE DUPLA PERSECUÇÃO PENAL

— 3^a —
EDIÇÃO

2023



EDITORA
*Jus*PODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

OS CONTORNOS DA PROIBIÇÃO DE DUPLA PERSECUÇÃO PENAL

1.1 VARIAÇÕES TERMINOLÓGICAS

A ideia de que ninguém possa ser punido, ou, antes, processado¹ mais de uma vez pelo mesmo fato criminoso, é expressa por antiga máxima latina, o *ne bis in idem*.

-
1. Tendo em vista que o foco deste trabalho será dirigido ao aspecto processual do *ne bis in idem*, muitas vezes se fará referência apenas ao direito de não ser *processado* mais de uma vez pelo mesmo fato. Porém, isso não implica rejeitar o aspecto material da garantia, que assegura ao indivíduo não ser *punido* em duplicidade, até porque parece óbvio, como apontado por J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira (*Constituição da República Portuguesa anotada*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, v. 1, p. 207 e 208), que a proibição do duplo processo também se destina a impedir a multiplicidade de sanções jurídico-penais pela prática do mesmo crime.

Em alguns textos doutrinários se encontra tal princípio formulado como **non bis in idem**. A maioria, porém, seguindo o exemplo de outras regras e máximas romanas (**ne procedat iudex ex officio; ne est iudex ultra petita**, etc.), prefere, ao invés de usar o advérbio de negação *non* (*non venit*: não veio), empregar a partícula *ne* (*ne eas*: não vá), visto que reflete melhor a *imperatividade negativa* que subjaz à ideia dessa máxima do direito.²

É, aliás, do direito romano que se extraem antigas referências a essa regra, por meio de brocardos que, nada obstante empregados para regular diferentes situações, expressam a ideia comum de que tudo o que já foi objeto de julgamento não pode ser novamente discutido em juízo.

Como exemplos, pode-se aludir, a par da fórmula didaticamente simplificada, *ne bis in idem*, às máximas: *bis de eadem re ne sit actio*³; *bis de eadem re agere non licet*⁴; *de his criminibus, de quibus absolutus est accusatus, non potest*

-
2. Cfe. Julio Maier (*Derecho procesal penal*. Tomo I. Fundamentos. 2. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2002, p. 596) e Mariano Bertelotti (El principio *ne bis in idem* desde una perspectiva histórica-comparada. In: Edmundo Hendler (Org.). *Las garantías penales y procesales*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001, p. 106).
 3. No processo *per formulas* do Direito Romano – assinala Jose Rogerio Cruz e Tucci – iniciada a ação perante o magistrado e redigida a fórmula, as partes, em face do comum propósito de submeterem-se ao julgamento pelo *judex*, concordavam com a extinção da relação de direito material deduzida em juízo, “dando origem a uma relação (obrigação processual derivada), o que vedava, por força da regra *bis de eadem re ne sit actio*, o ajuizamento de outra ação lastreada na mesma relação jurídica substancial” (*A causa petendi no processo civil*. São Paulo: RT, 1993, p. 29).
 4. *Institutio Oratoria*, Livro VII, 6, I, de Quintiliano.

*accusatio replicari*⁵ e, ainda, *ne quis ob idem crimen pluribus legibus reus fieret*.⁶

Atualmente, a doutrina do *ne bis in idem*, ou, em linhas gerais, a ideia de que ninguém pode ser duplamente processado (e punido, se incluída a faceta material da regra) pelo mesmo crime, é conhecida nos países de tradição anglo-americana sob outra denominação.

Na Inglaterra e em alguns países da *Commonwealth*, a expressão tradicionalmente empregada para aludir a tal regra proibitiva tem sido *autrefois rules* (*former acquittal* ou *former conviction*), baseada na máxima, presente em antigos textos doutrinários, de que *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*.

No direito norte-americano, a máxima em comento é referida pela expressão *double jeopardy*, positivada nas constituições dos Estados confederados⁷ e, posteriormente, na Quinta Emenda à Constituição dos EUA “[...] *nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb*”.

Para Edmundo Hendler⁸, a etimologia do vocábulo norte-americano *jeopardy* remete à expressão francesa do

5. *Decretais*, Livro V, Titulus I (De accusationibus, inquisitionibus et denunciationibus), Capítulo 6, de Gregorio IX.

6. Paulo, 48.2.14 (*Digesta Iustinian*, Livro 48).

7. O primeiro Estado confederado a reconhecer, expressamente, em sua Constituição, a garantia do *double jeopardy* foi New Hampshire, cujo texto, de 1784, dizia: “No subject shall be liable to be tried after an acquittal, for the same crime or offence”.

8. Edmundo Hendler. Una regla que confirma sus excepciones: *ne bis in idem*. In: *Las garantías penales y procesales – Enfoque histórico-comparado*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001, p. 133.

século XIV *jeu parti*, ou seja, *jogo dividido*. Por sua vez, Jay Siegler⁹ informa ser provável que a palavra em questão tenha-se originado do verbo, em francês, *perdre* (perder), certamente alterado na sua anglicização¹⁰. A noção de risco de perda (de parte do corpo ou mesmo da vida do acusado) acompanhou essa expressão com um sabor etnográfico mais interessante do que a utilizada no direito de tradição romano-germânica (*ne bis in idem*).

Também é na língua francesa que reside a origem de parte das expressões utilizadas no *common law* para o princípio em questão: *autrefois acquit* e *autrefois convict*, que são exceções oponíveis por quem esteja sendo processado após *anterior absolvição* ou *condenação*, conforme será mais detalhado em capítulo próprio.

1.2 VERTENTES PROCESSUAL E MATERIAL DO NE BIS IN IDEM

Importante delimitação a ser feita diz com a aplicabilidade do *ne bis in idem*, tanto no âmbito do direito penal quanto no âmbito do direito processual penal.

Embora o *ne bis in idem* tenha origem mais ligada à sua vertente processual, muitos diplomas legais tendem a deixar clara sua dupla face de garantia: de um lado, o princípio possui abrangência nitidamente *material*, a conferir ao acusado o direito de não ser *punido* duas vezes pelo mesmo fato; de

9. Jay A. Siegler. *Double jeopardy: The development of a legal and social policy*. University Press 1969, p. ix.

10. Vale lembrar que por aproximadamente trezentos anos, desde o tempo da conquista da Inglaterra pelos normandos, em 1066, até 1362, o francês foi a língua oficial usada nos tribunais e pela nobreza, o que certamente repercutiu na consolidação do direito inglês nos séculos seguintes.

outro lado, fala-se no aspecto *processual* do *ne bis in idem*, pelo qual ao réu se assegura o direito de não ser *processado* duas vezes pelo mesmo fato.

No escólio de Mercedes Manzano,

apesar de que ambas as facetas [material e processual] ou direitos têm um núcleo e fundamento comum no princípio de segurança jurídica, a proibição de dupla punição tem seu fundamento último tanto no princípio de legalidade das infrações e sanções como no princípio de proporcionalidade destas últimas.¹¹

Exemplifica com importante decisão do Tribunal Constitucional da Espanha (STC 154-1990), na qual se acolheu a impugnação de pessoa julgada por haver tomado dois reféns para cometer roubo e que recebera pena de onze anos em relação ao crime mais grave e outros doze anos de detenção ilegal para cada uma das pessoas mantidas como refém. Semelhante apenamento caracterizou violação da garantia do *ne bis in idem*, ao argumento de que, ao prever certa punição para determinado crime, o legislador o qualifica com nível de gravidade ao qual deve corresponder sanção adequada.

Logo, aplicada a pena como decorrência desse crime, a função punitiva deve entender-se esgotada. De outro modo, nova sanção para o mesmo crime representaria a quebra dessa proporcionalidade, uma reação excessiva do ordenamento jurídico contra o autor da infração objeto do julgamento.¹²

11. Mercedes Pérez Manzano. *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*. Valencia: Tirant lo blanch, 2002, p. 57.

12. Mercedes Pérez Manzano. *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*. Valencia: Tirant lo blanch, 2002, p. 25.

Além dessa nítida violação à proporcionalidade da resposta punitiva ante um comportamento criminoso, ressalta-se, para relacionar a fundamentação do *ne bis in idem* ao princípio da legalidade, que, sendo certo que a reserva legal implica a exigência de *lex praevia* e *lex certa*, é necessário garantir aos cidadãos o conhecimento antecipado do conteúdo e da quantidade da reação punitiva ou sancionadora do Estado em face do eventual cometimento de um ato ilícito. Mas esse conhecimento potencial de nada serviria se esse mesmo fato hipoteticamente previsto, ao tornar-se fato real, rendesse punições outras que não a única prevista como certa, de modo a tornar uma loteria a previsão da resposta punitiva estatal *in concreto*.

Outra fundamental distinção entre os aspectos material e processual do *ne bis in idem* reside nos efeitos e no momento em que opera essa regra. Enquanto, sob a ótica da proibição de *dupla perseguição penal*, a garantia em tela impede a formação, a continuação ou a sobrevivência da relação jurídica processual, a proibição de *dupla punição* impede tão somente que alguém seja, efetivamente, punido em duplicidade, ou que tenha o mesmo fato, elemento ou circunstância considerados mais de uma vez para fins de definir-se a sanção criminal.

Alerte-se, como o faz Mercedes Manzano, que a vinculação do princípio do *ne bis in idem* com o instituto da coisa julgada, de modo a dar-lhe dimensão processual, importa no estabelecimento de prioridade cronológica entre os processos, conferindo-se, portanto, prevalência à primeira decisão, com independência de qual seja sua natureza. Dessa maneira, será a primeira decisão definitiva proferida contra o

acusado que lhe assegurará o direito de não ser submetido a um outro processo pelos mesmos fatos.¹³

A tal argumento, entretanto, se opõe outro modo de analisar a questão, qual seja, realizando a comparação entre o conteúdo das decisões transitadas em julgado, de sorte a prevalecer não necessariamente o primeiro julgado, mas, em homenagem ao *favor rei*, a decisão que seja concretamente mais favorável ao acusado¹⁴, na hipótese, evidentemente, em que o segundo processo não tenha sido obstado por meio de exceção de litispendência ou de coisa julgada¹⁵.

Sem embargo, a compreensão do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça tem caminhado no sentido de que, ante duas decisões transitadas em julgado, o critério a utilizar-se para saber qual delas sobrevive no mundo jurídico deve ser o da precedência da sentença que primeiramente transitou em julgado, mesmo que mais gravosa para o réu.¹⁶

13. *Ibid.*, p. 60.

14. Tal é a dicção normativa do art. 669.1. do Código de Processo Penal da Itália, *verbis*: “Se più sentenze di condanna divenute irrevocabili [648] sono state pronunciate contro la stessa persona per il medesimo fatto [649], il giudice ordina l'esecuzione della sentenza con cui si pronunciò la condanna meno grave, revocando le altre”.

15. Vide logo adiante, ao final do item 1.3.2, a propósito da prevalência da decisão mais favorável ao réu.

16. HC 77909/DF – Relator: Min. Moreira Alves (Primeira Turma), em 20/10/1998 (publicado no DJ em 12/3/99, p. 4). O caso dizia respeito a um oficial militar que se envolvera em uma discussão no trânsito, de que resultou o disparo de arma de fogo, que veio a causar à vítima debilidade permanente da função mastigatória. Foram instaurados um inquérito policial e um inquérito policial militar, mas ambos deram origem a processos criminais perante juízos criminais comuns, na circunscrição judiciária de Taguatinga-DF. Em um dos processos, o acusado foi condenado pelo Tribunal do Júri, por tentativa de homicídio e, no outro, teve reconhecida a extinção da punibilidade, pelo crime de lesões corporais. A ementa restou assim redigida: “EMENTA: “*Habeas corpus*”. Só há litispendência enquanto em curso ambas as ações penais

que digam respeito ao mesmo réu e pelo mesmo fato a ele imputado, e ela, argüida a exceção de litispendência, se resolve, quando ambos os juízes são competentes, pela prevenção em favor daquele que tiver antecedido ao outro 'a prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa' (artigo 83 do C.P.P). Quando, porém, em uma dessas ações já há decisão transitada em julgado, deixa de haver litispendência, e, como salienta Eduardo Espínola Filho (*Código de Processo Penal brasileiro anotado*, v. II, 5. ed., n. 264, p. 301, Editora Rio, Rio de Janeiro, sem data), 'em qualquer fase esteja a ação penal, se o juiz verificar que o fato principal foi solucionado por sentença transitada em julgado, no seu próprio juízo, ou em outro, paralisará definitivamente aquele processo, fazendo apensar os respectivos autos aos da outra causa, ou, para isso, os remetendo ao juízo, onde esta ocorreu'. O que implica dizer que, em respeito à coisa julgada, se extingue a ação penal em curso. Finalmente – e este é o caso sob exame –, quando só se verifica a existência de duas ações penais relativas ao mesmo réu e pelo mesmo fato a ele imputado depois de que, em ambas suas decisões já transitaram em julgado, essa questão não mais se resolve pela prevenção que é o critério para a solução da litispendência, que, com o trânsito em julgado da decisão proferida numa delas, já deixou de existir, mas, sim, pelo critério da precedência da decisão transitada em julgado, porquanto, se houvesse sido conhecida essa decisão enquanto a outra ação penal estava em curso, esta ação teria sido definitivamente paralisada, como se salientou acima. Ora, no caso, como a própria impetração notícia, o processo 3.044/94 do Tribunal do Júri de Taguatinga (DF) teve a sentença condenatória transitada em julgado em 20.03.98, ao passo que o processo 10.946/93 da 1. Vara Criminal de Taguatinga (DF) teve a decisão, que declarou extinta a punibilidade por prescrição da pretensão punitiva, com trânsito em julgado em 30.04.98, razão por que esta é nula em face da coisa julgada ocorrida naquela. *Habeas corpus* indeferido". Em outro *habeas corpus*, anteriormente julgado, a Segunda Turma já decidira pela prevalência da primeira sentença, nos seguintes termos: "EMENTA. PENAL. PROCESSUAL PENAL. LITISPENDÊNCIA. "BIS IN IDEM". ANULAÇÃO DE UMA DAS AÇÕES PENAIS. Lei 6.368/76, artigo 12. I. – Instauração de duas ações penais, em comarcas diferentes – Itu e Salto, ambas no Estado de São Paulo – pela prática de um só crime, o art. 12 da Lei 6.368/76, condenado o paciente em ambas as ações. Demonstrado o "bis in idem", e assim a litispendência, prevalece a condenação imposta na primeira ação, a da Comarca de Itu, anulando-se a segunda ação penal. Anulada a condenação oriunda da Comarca de Salto, SP – três anos e seis meses de reclusão e multa no menor piso – resta o paciente condenado a pena de quatro anos de reclusão e multa no limite mínimo, que lhe foi imposta na ação penal que correu na Comarca de Itu, SP. II. – Alegação no sentido de que a condenação resultara de acusação de co-réu torturado pela Polícia: improcedência. III. – H.C. deferido, em parte." (HC 69.615/SP, Relator: Min. CARLOS VELLOSO, julgado em 11/12/1992, publicado no DJ de 19/2/1993, p. 2.035). No STJ, [...] 2. Nos

termos da legislação processual pátria, ocorre litispendência quando houver imputação, à mesma pessoa, de fato criminoso idêntico, em dois ou mais processos, devendo coincidir as partes, a causa de pedir e o pedido. 3. Enquanto tramitavam os dois processos, ocorria, sem dúvida, litispendência. Contudo, agora, com o trânsito em julgado das duas condenações, cumpre verificar se a segunda condenação foi proferida quando já havia coisa julgada decorrente da primeira. 4. No caso em exame, na ação penal que tramitou na 7ª Vara Criminal de São Paulo (mais antiga) o paciente foi condenado por dois crimes (estupro e atentado violento ao pudor, com presunção de violência), contra duas vítimas (Lucimari e Débora), à pena de 16 anos e 4 meses de reclusão, inicialmente em regime fechado, por fatos ocorridos no dia 22/2/2006. No processo que tramitou na 27ª Vara Criminal de São Paulo/SP, o paciente foi então condenado à pena de 8 anos e reclusão, inicialmente em regime fechado, pela prática de atentado violento ao pudor, com presunção de violência, contra apenas uma vítima (Lucimari), pelos mesmos fatos ocorridos no dia 22/2/2006. 5. Se prolatada sentença condenatória por um órgão jurisdicional, não poderá subsistir nova condenação penal, uma vez que é vedado que alguém seja condenado mais de uma vez pelo mesmo fato, sob pena de inadmissível bis in idem. 6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para anular a condenação do paciente à pena de 8 anos de reclusão, nos autos do Processo n. 050.06.029282-2, da 27ª Vara Criminal de São Paulo. (HC 230.545/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 16/03/2017, DJe 23/03/2017). Mais recentemente, manteve-se igual solução: “[...]4. No que atine ao conflito de coisas julgadas, a Terceira Seção desta Corte Superior afirmou que “a primeira decisão é a que deve preponderar” (AgRg nos EmbExeMS n. 3.901/DF, Rel. Ministro Rogerio Schietti, DJe 21/11/2018). Ainda que a análise haja sido realizada no âmbito do processo civil, os apontamentos feitos podem ser aplicados, também, ao processo penal. 5. A solução é consentânea com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, afirmada em mais de uma oportunidade. Nesse sentido: HC n. 101.131/DF (Rel. Ministro Luiz Fux, Rel. p/ acórdão Ministro Marco Aurélio, 1ª T., DJe 10/2/2012); HC n. 77.909/DF (Rel. Ministro Moreira Alves, 1ª T., DJ 12/3/1999); HC n. 69.615/SP (Rel. Ministro Carlos Velloso, 2ª T., DJ 19/2/1993). 6. A prevalência da primeira decisão imutável é reforçada pela quebra do dever de lealdade processual por parte da defesa. A leitura da segunda sentença - proferida após o trânsito em julgado da condenação - permite concluir que a duplicidade não foi mencionada sequer nas alegações finais. 7. Ainda, a hipótese em exame guarda outra peculiaridade, a justificar a manutenção do primeiro decisum proferido: a absolvição dos réus, na segunda sentença, contraria jurisprudência - consolidada à época - do Superior Tribunal de Justiça. 8. Ainda que o julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 1.480.881/PI pela Terceira Seção do STJ seja posterior à prolação da sentença mencionada (26/8/2015), o entendimento já estava uniformizado na jurisprudência e, em abril de 2014, a matéria foi pacificada por força do julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 1.152.864/SC (Rel. Ministra

Forçoso reconhecer que semelhante critério, de natureza cronológica, pode não se mostrar consentâneo com as peculiaridades do processo penal. Como observado por Giovanni Leone, deve-se dar prevalência não ao primeiro julgado, mas, *secundum eventum litis*, a qualquer dos dois, que pode ser o segundo, pois “não estamos mais sobre o terreno do julgado, mas sim sobre o terreno do *favor rei*.”¹⁷

Merece registro, a propósito, o voto vencido do Juiz Jefferson Perroni, proferido no julgamento de Revisão Criminal pelo extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, onde bem argumentou que:

atribuir valor preponderante à condenação com base num critério puramente temporal de precedência equivale à rescisão, por via oblíqua, de uma sentença absolutória. E uma decisão desta natureza não é um ato inexistente: é uma realidade viva que não pode, quer por meios diretos, quer reflexos, desaparecer.¹⁸

Feitas essas observações, reforça-se a advertência de que o foco do presente estudo residirá no aspecto processual

Laurita Vaz, 3ª S., DJe 1/4/2014). 9. Recurso não provido. (RHC 69.586/PA, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 27/11/2018, DJe 04/02/2019).

17. Giovanni Leone. *Trattato di diritto processuale penale*. Nápoles: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1961, v. 3, p. 333, reportando-se ao escólio de Mortara-Aloisi. No mesmo sentido é o pensamento de Américo A. Taipa de Carvalho (*Sucessão de leis penais*. 2. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 223). Consultar, também, o capítulo V da obra de Gilberto Lozzi (*Favor rei e processo penale*. Milão: Giuffrè, 1968).
18. TACRIM-SP, 3º Gr. Cs., Rev. 100.064, j. 8/4/81. In: Alberto Silva Franco e Rui Stoco [Coord.]. *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: RT, 1999, v. 2, p. 2.200.

CONSOLIDAÇÃO DA PROIBIÇÃO DE DUPLA PERSECUÇÃO PENAL NO DIREITO NORTE-AMERICANO

Ao tempo em que as duas mais reconhecidas fontes do *common law*, Edward Coke e William Blackstone¹, elabora-

1. Edward Coke, que após exercer os mais altos cargos na Corte do Rei James I, tornou-se um de seus maiores opositores, completou seus *Institutes of the laws of England* na metade do século XVII, recolhendo o que já havia sido escrito até então sobre o direito e os costumes ingleses, aos quais acrescentou suas próprias formulações. A seu turno, William Blackstone, autor repetidamente citado em qualquer estudo aprofundado do *common law*, legou à posteridade seus *Commentaries on the laws of England*, quando já era efervescente o movimento reformista gerado pelas ideias iluministas. Releva sublinhar, como lembrado por Robert D. Stacey, que o *common law* já começara a tomar forma no século XIII, principalmente pelos escritos de Henry de Bracton, juiz do *King's Bench* e autor de significativos comentários sobre o direito então praticado, "De legibus et consuetudinibus angliae" (Robert D. Stacey. *Sir William Blackstone and the common law Blackstone's legacy to America*. Eugene: ACW Press, 2003, p. 55-57).

vam seus comentários sobre o direito inglês, as colônias da América do Norte construíam doutrina similar, porém com fronteiras mais alargadas e tendo como referência o indivíduo ameaçado pelo risco de dupla persecução penal.

De fato, é no insurgente direito norte-americano que a doutrina inglesa do *double jeopardy* assume contorno de verdadeira garantia constitucional do indivíduo, culminando com sua incorporação à Quinta Emenda.

4.1 CONSTITUIÇÕES E LEIS DAS COLÔNIAS

Antes da formação dos Estados Unidos da América, várias colônias britânicas do Novo Mundo começaram a escrever suas próprias constituições, contrariando a tradição inglesa de não possuir uma constituição escrita.

A então ainda colônia de Massachusetts foi a pioneira em desafiar essa tradição, edificando uma espécie de codificação dos dispositivos constitucionais que tratavam de direitos do indivíduo, o assim chamado *Bodies of Liberties*, de 1641.

Esse documento, assemelhado ao *Bill of Rights* inglês e cujo conteúdo, em grande parte, se reproduziu nas constituições estaduais e federal dos Estados Unidos, realizou importante avanço, ao estabelecer previsões contra penas cruéis, escravidão, prisões ilegais e outras tantas normas que passaram a garantir o direito, em igualdade de condições (*equal justice under law*), para qualquer pessoa sob sua jurisdição, inclusive para estrangeiros, indo além da usual previsão de assegurar liberdades públicas apenas para os cidadãos.

Posteriormente, em 1648, Massachusetts condensou em um código todas as existentes previsões de direitos, deveres

e privilégios dos habitantes daquela colônia², passando a servir de paradigma para outras unidades administrativas do Império Britânico.

Como intuiu Jay Siegler³, talvez o significado da doutrina do *double jeopardy* em Massachusetts explique o *status* constitucional que veio a adquirir anos mais tarde. Isso ocorreu, pela primeira vez, com a Constituição de New Hampshire, de 1784, ao estatuir: “No subject shall be liable to be tried, after an acquittal, for the same crime or offence”.

Formulação mais ampla que o texto de New Hampshire – que assegurava proteção apenas para os casos de anterior absolvição – e com fraseologia quase idêntica à adotada no *Bill of Rights* federal⁴ proveio da Declaração de Direitos da Pennsylvania, de 1790: “No person shall, for the same offence, be twice put in jeopardy of life or limb”.

4.2 A INCORPORAÇÃO DA REGRA DO *DOUBLE JEOPARDY* À CONSTITUIÇÃO DOS EUA

Era, então, chegada a hora de elevar a cláusula do *double jeopardy* ao ápice da estrutura normativa federal. Coube ao congressista James Madison – “O pai da Constituição” e futuro presidente dos EUA – apresentar à *House of Representatives*, em 8 de junho de 1789, a proposição inicial da garantia

-
2. O Código de Massachusetts foi considerado o primeiro código de leis no Novo Mundo (Haskins, *Codification of the Law in Colonial Massachusetts. A study in comparative law*, 30 Ind. L.J. 1 (1954, apud Jay A. Siegler. *Double jeopardy: The development of a legal and social policy*. New York: Cornell University, 1969, p. 22).
 3. Jay A. Siegler. *Double jeopardy*, *op. cit.*, p. 23.
 4. As primeiras dez emendas à Constituição Americana, chamadas de *Bill of Rights*, foram ratificadas em 15 de dezembro de 1791.

em exame, nos seguintes termos: “No person shall be subject, except in cases of impeachment, to more than one punishment ou trial for the same offense”.

A proposta foi aprovada pelos representantes do povo, mas a segunda parte foi modificada no Senado. Passou a emenda a ostentar a seguinte redação: “No person shall be twice put in jeopardy of life or limb.”⁵

A cláusula que expressa a garantia contra dupla perseguição penal finalmente foi, com tais reparos, aprovada pelo Congresso dos EUA e também pelo número mínimo exigido de Estados.

Entretanto, a arcaica terminologia adotada – *jeopardy of life or limb* – rendeu espaço para futuras interpretações dúbias.

Especula-se quanto às consequências da adoção dessa terminologia, em detrimento da redação proposta por James Madison (“*trial for the same offense*”), a qual, sem dúvida alguma, valia-se de linguagem mais moderna e clara.

Tudo indica que os autores da proposta aprovada no Senado se encontravam de tal modo apegados à terminologia *do common law* “que tenderam mais a perpetuar suas impropriedades do que estatuir uma precisa proteção ao acusado”.⁶

Na verdade, o apego à linguagem tradicional deveu-se à preocupação quanto às eventuais implicações que do texto poderiam resultar sobre o julgamento de apelações de réus condenados em primeiro grau.

5. Jay A. Siegler ressalta que o texto aprovado no Senado incluía, ao final, a sentença “by any public prosecution”, que foi, sem que se saiba como e porque, eliminada da versão definitiva (*Double jeopardy. The development of a legal and social policy*. New York: Cornell University, 1969, p. 31).

6. *Ibid.*, p 33.

Com efeito, ao estatuir que “ninguém poderia sujeitar-se, exceto em casos de impedimento, a mais de uma punição ou julgamento pelo mesmo crime”, temeu-se que autores de crimes graves, condenados em processos que contivessem vícios insanáveis, permanecessem imunes a novo julgamento.⁷

Entretanto, não se deram conta os congressistas norte-americanos de que, se viesse a ser interpretada em sentido puramente literal – “... *life or limb...*” – a cláusula do *double jeopardy*, inscrita na Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, somente viria a proteger os acusados de crimes cuja respectiva pena fosse a de morte, tendo em vista que o tempo se encarregou de banir, no direito ocidental, mutilações ou amputações de membros.

Outrossim, a interpretação literal vedaria qualquer novo julgamento, quer em grau de recurso⁸, quer em subsequente processo decorrente de anulação ou retirada da acusação (onde isso é possível), porquanto, em tais hipóteses, haveria duplo risco para o acusado.

Por diversa angulação, com a escolha da arcaica e vaga linguagem usada na Inglaterra perdeu-se a oportunidade, naquele momento histórico, de estabelecer uma doutrina mais precisa sobre a *double jeopardy clause*, com seus conseqüências, a saber: a) nenhuma barreira poderia ser oposta

7. George C. Thomas III. *Double jeopardy*. The history, the law. New York University Press. New York: 1998, p. 84. Cumpre sublinhar que essa preocupação não era de todo despropositada. Prova-o a circunstância de que somente com a consolidação da doutrina do *double jeopardy* pela jurisprudência da Suprema Corte dos EUA assentou-se o entendimento de que a reversão de uma condenação, em face do provimento da apelação do réu, não impede seja este novamente julgado pelo mesmo crime, perante seu juiz natural.

8. Mais adiante será melhor explicada a particularidade do direito dos EUA, onde há limitações ao recurso da acusação contra a absolvição do réu.

contra julgamento por crimes diferentes do inicialmente julgado, situação abrangida pela vetusta *plea of attainder*; b) nenhum benefício seria assegurado ao clero, como era permitido pelo *benefit of clergy*; c) não haveria mais reconhecimento da existência de dois sistemas de perseguição penal paralelos, com complexas regras e exceções, dependendo de qual sistema primeiro houvesse produzido um veredito.⁹

Tivessem assim os congressistas adotado a terminologia de Madison, de sorte a deixar claro que o acusado poderia apelar contra a condenação e possivelmente enfrentar novo julgamento, teriam os norte-americanos um dispositivo com fronteiras mais rígidas e bem definidas¹⁰, porquanto definir *duplo julgamento* é muito mais fácil do que definir *duplo risco*.

Com efeito, é possível, como salienta George Thomas, que um acusado esteja sob risco “desde o momento em que inicia o julgamento, ou, na verdade, mesmo em anterior momento do processo criminal, talvez com o recebimento da denúncia”.¹¹ Todavia, se a garantia opera já desde o início do processo, os juízes de primeiro grau poderão sentir-se pressionados psicologicamente para não acolher pedido de anulação do processo; por sua vez, os juízes que julgarem a apelação também poderão ficar receosos de permitir novo julgamento por haverem anulado o processo.¹²

9. George C. Thomas III. *Double jeopardy*. The history, the law. New York University Press. New York: 1998, p. 85.

10. *Ibid.*

11. *Ibid.*

12. George C. Thomas III. *Double jeopardy*. The history, the law. New York University Press. New York: 1998, p. 85.

Não obstante essas possíveis interpretações, o certo é que, com a incorporação da garantia contra a dupla persecução penal à Carta Política dos EUA, o *double jeopardy* deixa de ser apenas uma máxima do *common law*, eventualmente incorporado a leis e constituições estaduais, e passa a representar uma regra federal de política pública criminal, de proteção do acusado.¹³

Desde esse importante momento histórico da evolução da garantia contra a dupla persecução penal – a sua incorporação ao *Bill of Rights* dos EUA – intérpretes e aplicadores das leis criminais têm-se ocupado do tema, sem pleno êxito, porquanto ainda inexistente uniforme entendimento dos precisos contornos dessa garantia.

Talvez para esse propósito tenha servido a opção dos legisladores norte-americanos do fim do século XVIII: *jeopardy* é expressão mais *elástica* do que *trial* (que constava da proposição de Madison), favorecendo oscilações da jurisprudência e da interpretação doutrinária sobre essa cláusula que integra a Constituição dos EUA. Aliás, essa Carta Política é aplaudida exatamente por ostentar tal qualidade, i.e., ser rígida quanto ao seu teor formal, mas bem flexível, de acordo com a evolução dos costumes da sociedade, quanto ao significado de seus preceitos.

Esses fatores justificam a necessidade – como de resto em qualquer análise e interpretação históricas de determinado instituto ou costume – de considerar a criação e o desenvolvimento do princípio proibitivo de dupla persecução

13. Jay A. Siegler. *Double jeopardy*. The development of a legal and social policy. New York: Cornell University, 1969, p. 35.

penal em ambiência social, jurídica e política bem diversa da atual.

Se o Estado de então era concebido como permanente ameaça, inimigo opressor do indivíduo, pretende-se que o modelo de Estado atual seja orientado a funcionar como estimulador das potencialidades do indivíduo, regulador das desigualdades injustas e intoleráveis e protetor das liberdades públicas.

4.3 A ATUAL DOCTRINA DO *DOUBLE JEOPARDY* NO DIREITO NORTE-AMERICANO

No tópico anterior, indicou-se o desenvolvimento da *double jeopardy clause* no direito das colônias britânicas na América do Norte, cuja independência foi acompanhada do nascimento e do fortalecimento do espírito federativo e de grande respeito pelas decisões do Poder Judiciário.

Convém notar que as tradições e os estatutos do *common law*, inspiradores, em grande parte, da formação do direito norte-americano, de alguma forma permaneceram estagnados na prática judiciária e na ciência jurídica da Inglaterra.

De maneira bem diversa, a doutrina e a jurisprudência construídas ao longo dos 230 anos da história dos Estados Unidos da América formaram arcabouço principiológico todo peculiar, a merecer análise dirigida à melhor compreensão dos temas, subjacentes à garantia contra a dupla perseguição penal, que tenham algum reflexo importante no trato da matéria nos países do *civil law*.

Tenha-se sempre presente, todavia, que o direito norte-americano possui peculiaridades próprias que o diferenciam

quer dos modelos de persecução penal utilizados pelos países da *civil law*, quer, sob muitos aspectos, até mesmo dos sistemas pertencentes à família do *common law*.

Primeiramente, é possível asseverar que as ciências penais (*lato sensu*) nos Estados Unidos, tanto no meio acadêmico quanto na legislação em geral, carecem de maior desenvolvimento científico. É também razoável afirmar que os institutos utilizados para punir e processar os autores de infrações penais nesse país possuem dimensão e lógica bem diferentes das que caracterizam o direito dos países de tradição romano-germânica, mercê de uma política criminal agressiva e severa.

No terreno do direito penal, os EUA ainda preveem e exercitam, ao contrário de quase a totalidade dos países do ocidente, a pena de morte. Em boa parte dos estados norte-americanos grassam regras anacrônicas ou bizarras, como a que impõe ao condenado pela terceira vez (a qualquer crime, independentemente de sua concreta gravidade) pena mínima de vinte e cinco anos de prisão (*three strikes you're out law*), ou a que obriga o autor de crimes que afetam a liberdade sexual a, depois do retorno ao convívio social, afixar aviso em frente de sua residência, para informar que ali vive alguém condenado pela prática de crime sexual¹⁴. Um derradeiro exemplo: somente em 2003 a Suprema Corte dos EUA, em *Lawrence v. Texas* (539 U.S. 558), julgou inconstitucional a previsão, presente em leis de vários estados, de considerar

14. Essa lei, conhecida como *Megan's Law*, foi inicialmente adotada pelo Governo Federal em 1996 e posteriormente reproduzida nos estados norte-americanos. O nome da lei é em homenagem a Megan Kanka, uma criança de sete anos, morta após ser vítima de abuso sexual por um criminoso que já cumprira pena por crime semelhante, fato que mobilizou os pais da vítima a recolher milhares de assinaturas e obter a aprovação da lei.

criminoso o relacionamento íntimo entre pessoas do mesmo sexo, com previsão de penas que chegavam a quinze anos de prisão; e por aí vai.

Já no âmbito do direito processual penal, há maior preocupação em assegurar ao acusado um *fair trial*, de acordo com o *due process of law*. Sem embargo, a grande maioria dos acusados nem chega a valer-se dessas garantias, porquanto preferem, pelo temor quanto às consequências penais que poderão advir de um julgamento, negociar uma pena menor com a promotoria, em troca da confissão do crime ou da delação de um partícipe da conduta.¹⁵ A transação penal e processual (*plea bargaining*, *plea guilty*) é, portanto, utilizada em larga escala (mais de 95% dos casos são assim resolvidos), como forma de encerrar-se o litígio.¹⁶

A seu turno, a composição e as competências do júri (*grand jury* e *petit jury*)¹⁷, os amplos poderes e a elevada dose de discricionariedade de que dispõe a promotoria, além de

-
15. A barganha pode, portanto, ter como objeto o próprio conteúdo da acusação (*charge bargaining*), consistente na supressão de algum dos crimes imputados ao réu ou desclassificação para uma figura delitiva menos grave, ou pode referir-se aos parâmetros da sentença (*sentence bargaining*), relativos à quantidade ou à qualidade da pena, tais como redução do tempo de prisão, substituição do tipo de pena, permissão de livramento condicional em menor tempo de pena, etc (Cfe. Richard G. Singer. *Criminal procedure II: from bail to jail*. New York: Aspen, 2005, p. 123).
 16. Harold J. Rothwax. *Guilty – The collapse of criminal justice*. New York: Random House, 1996, p. 144.
 17. O *Grand Jury*, formado por 23 cidadãos (o número oscila um pouco nos Estados), tem competência para, de modo geral, analisar a viabilidade da acusação (*indictment*), aceitando-a ou não, diante do material probatório recolhido pela promotoria, a indicar a possível existência de justa causa para a ação penal (*probable cause*). O *Petit Jury*, por sua vez, é o responsável pela definição do caso, por meio de veredito (alcançado mediante deliberação conjunta dos 12 jurados, em sala secreta), com base nas provas e nas alegações produzidas, em sua presença, pelas partes. Ambos os júris são presididos por um Juiz togado, a quem, grosso modo, cabe dirimir as questões