

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Jurisprudência Criminal

HABEAS CORPUS 101.131 – DF

Relator: O sr. ministro Luiz Fux

Relator para o acórdão: O sr. ministro Marco Aurélio

Paciente: Renan Rodrigues de Sousa

Impetrante: Defensoria Pública do Distrito Federal

Coator: Relator do Recurso Especial 1.027.847 do Superior Tribunal de Justiça

Processo – Duplicidade – Sentenças condenatórias. Os institutos da litispendência e da coisa julgada direcionam à insubsistência do segundo processo e da segunda sentença proferida, sendo imprópria a prevalência do que seja mais favorável ao acusado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em indeferir o *habeas corpus*, mas conceder a ordem, de ofício, para fazer prevalecer, exclusivamente, a decisão proferida no primeiro processo, nos termos do voto do ministro Marco Aurélio e por maioria, em sessão presidida pela ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 25 de outubro de 2011 – Marco Aurélio, relator para o acórdão.

RELATÓRIO

O sr. ministro Luiz Fux: Cuidam os presentes autos de *habeas corpus* impetrado pela *Defensoria Pública do Distrito Federal* em favor de *Renan Rodrigues de Sousa*, com pedido de liminar, insurgindo-se contra ato do Excelentíssimo ministro Nilson Naves, do Superior Tribunal de Justiça, que estaria a configurar *bis in idem*.

Isso porque, segundo afirma a impetração, a autoridade coatora julgou dois recursos especiais interpostos pelo paciente (n. 1.027.847/ DF e 1.075.137/ DF) em processos oriundos do mesmo fato (roubo com emprego de arma). Assim, muito embora tenha reduzido as penas impostas ao paciente nos dois processos, deixou de reconhecer a duplicidade de ações penais.

Noticiam os autos que o paciente foi denunciado perante a 7ª Vara Criminal da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília pela prática do crime de roubo circunstanciado (art. 157, § 2º, I, do Código Penal) ocorrido em 28 de novembro de 2004, às 9 horas, nas proximidades de um ferro velho localizado entre a Divineia e a Metropolitana, no Núcleo Bandeirante/DF, tendo como vítima Maria Elenice Alves de Oliveira (fls. 8/9).

Em 7 de junho de 2005, a denúncia foi recebida e originou a AP 2005.01.1.0033154. Condenado a uma pena de cinco anos e oito meses de reclusão, o paciente interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e, irresignado com o acórdão pelo parcial provimento, conseguiu a redução da pena para cinco anos e quatro meses de reclusão por meio do Recurso Especial 1.027.847/ DF, em decisão transitada em julgado em 29 de agosto de 2008 (fl. 27).

Pelo mesmo fato, ocorrido em 28 de novembro de 2004, o paciente foi denunciado perante a 6ª Vara Criminal da Circunscrição Especial de Brasília, nos autos 2005.01.1.023628-0, denúncia esta recebida em 7 de julho de 2006 (fl. 35).

A condenação à pena de seis anos e dois meses de reclusão, imposta pelo juízo, foi reduzida para quatro anos, cinco meses e dez dias de reclusão (fl. 31) no julgamento do Recurso Especial 1.075.134/DF, em 16 de abril de 2009.

Na impetração, sustenta-se violação aos princípios da vedação ao *bis in idem* e da coisa julgada, uma vez que o paciente teria sido processado e condenado duas vezes pelo mesmo fato. Requer liminar para que seja oficiada a Vara de Execuções Penais do Distrito Federal, a fim de excluir-se a condenação decorrente da ação penal em curso perante a 7ª Vara Criminal de Brasília e, no mérito, pleiteia a concessão da ordem para cassar a sentença formalizada pelo mesmo juízo.

O Ministério Público Federal opinou pelo conhecimento de ofício e pela concessão parcial da ordem para anular integralmente a AP 2005.01.1.0236280 da 6ª Vara Criminal da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF, nos termos da ementa de fl. 60:

Habeas corpus. Roubo circunstanciado. Ação penal. Duplicidade. Réu julgado duas vezes pelo mesmo fato delituoso. Ações com trânsito em julgado. Alegação de bis in idem. Questão não suscitada nas instâncias inferiores. Nulidade flagrante. Violação da coisa julgada. Conhecimento da ordem ex officio. Prevalência do primeiro processo criminal. Anulação da segunda persecução penal.

Parecer pelo conhecimento de ofício da impetração com a concessão parcial da ordem para anular a AP 2005.01.1.0236280 da 6ª Vara Criminal da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília.

É o relatório.

VOTO

O sr. ministro Luiz Fux (relator):

Processual penal. Habeas corpus. Roubo circunstanciado (art. 157, § 2º, I, do Código Penal). Recurso especial. Duplo julgamento pelo mesmo fato. Segunda decisão mais favorável ao réu. Impossibilidade de revisão pro societate coisa soberanamente

julgada mais benéfica. In dubio pro reo. Falta de instrumento legal ou constitucional para rescindir julgado favorável ao demandado.

1. A violação da coisa julgada é matéria cognoscível de ofício, por isso que, mercê de não apreciada na instância inferior, a supressão de instância inoccorre, porquanto a Corte Maior pode deferir a ordem de ofício.

2. Deveras, a existência de duplo julgamento pelo mesmo fato, comprovada por prova pré-constituída, torna admissível o seu conhecimento de ofício na via estreita do *habeas corpus*.

3. A revisão, no direito processual penal, é instrumento exclusivamente em favor do réu, sendo inadmissível a revisão *pro societate*.

4. Quando o Estado exerce a *persecutio criminis*, a decisão sobre os fatos pelos quais o réu fora condenado só pode ser revista para abrandar a situação do sujeito passivo.

5. *In casu*, o paciente fora processado e condenado duas vezes pelo mesmo fato.

Com efeito, foi recebida, em 7-6-2005, denúncia no processo n. 2005.01.1.003315-4 imputando ao paciente a prática do crime de roubo circunstanciado (art. 157, § 2º, I, do Código Penal), ocorrido no dia 28-11-2004, às 9h, em ferro velho entre a Divineia e a Metropolitana, na cidade satélite do Núcleo Bandeirante/DF.

6. Consoante a denúncia (fls. 8/9), o paciente teria subtraído da vítima, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, uma bolsa preta contendo R\$ 4,00 e alguns objetos de uso pessoal. Posteriormente, em 7-7-2006, foi ajuizada contra o paciente outra ação penal (n. 2005.01.1.023628-0), por fato idêntico ao descrito na AP 2005.01.1.003315-4 (fls. 37/38).

7. A sentença, apesar de divergências doutrinárias, deve ser enxergada como norma jurídica, e, nessa categorização, como é sabido, no conflito entre duas normas de igual hierarquia e especialidade prevalece a mais recente sobre a mais antiga.

8. A sentença posterior prevalece no processo penal, desde que mais favorável ao réu, em obediência à vedação da revisão criminal *pro societate*.

9. O caso *sub judice* não reclama a solução de se considerar anulada a primeira sentença, visto que não incidiu em qualquer vício de juridicidade, e sim de revogá-la.

10. Deveras, o pedido mediato merece concessão, qual seja, a declaração da prevalência da segunda coisa julgada.

11. Ordem concedida.

Preliminarmente, verifica-se que as ilegalidades apontadas, quais sejam, a violação aos princípios do *ne bis in idem* e da coisa julgada, não foram submetidas às instâncias inferiores, o que, a rigor, impediria o conhecimento da impetração, sob pena de supressão de instância. Nesse sentido, os seguintes julgados:

Habeas corpus. Direito penal e processual penal. Questões não conhecidas pelo STJ. Autoridade coatora. Tribunal de Justiça. Incompetência do STF. Negativa ao direito de recorrer em liberdade fundamentada. Prisão antes do trânsito em julgado. Instrução criminal encerrada. Excesso de prazo prejudicado. Ordem denegada.

1. O Superior Tribunal de Justiça não se manifestou acerca do regime prisional imposto ao paciente no que concerne ao crime de tráfico de drogas e da possibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 22, § 4º, da Lei 11.343/2006. 2. No que diz respeito aos temas não abordados pela Corte Superior, a autoridade coatora é o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Com efeito, não compete a esta Suprema Corte conhecer dessas matérias, sob pena de supressão de instância. Precedentes. 3. A proibição ao direito de o paciente recorrer em liberdade foi devidamente fundamentada. Ademais, o paciente foi preso em flagrante e permaneceu preso durante toda a instrução criminal. 4. A alegação de excesso de prazo fica prejudicada pelo fim da instrução penal e pela prolação de sentença condenatória. Precedentes. 5. *Writ* conhecido em parte e denegado. [HC 100.595/SP, rel. min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 22-2-2011, DJ de 9-3-2011.]

Habeas corpus. Pedido de liberdade. Supressão de instância. Reincidência. Regime fechado. Possibilidade. Ordem parcialmente conhecida e, nessa parte, denegada. O impetrante, embora também tenha requerido a liberdade do paciente, não apresentou qualquer fundamento para tanto. Simplesmente fez o pedido. Além disso, o STJ não se manifestou sobre a questão. Portanto, não há como o *habeas corpus* ser conhecido nesse ponto, sob pena de supressão de instância. Quanto ao pedido de fixação do regime prisional aberto ou semiaberto, o TJSP, ao impor o regime fechado, considerou o fato de o paciente ser, de acordo com a sentença, “multirreincidente”. Tal fundamento está em harmonia com o disposto nas alíneas *b* e *c* do § 2º do art. 33 do Código Penal, segundo as quais tanto o regime aberto, quanto o semiaberto são reservados aos réus não reincidentes. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa parte, denegado. [HC 100.616/SP, rel. min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgamento em 8-2-2011, DJ de 14-3-2011.]

Ementa: Habeas corpus. Processual penal. Pedido de comutação de pena. Juízo de origem. Apreciação. Ausência. Impossibilidade de seu exame pelo STF sob pena de supressão de instâncias. Alegação de demora no julgamento do mérito de writ pelo Superior Tribunal de Justiça. Excesso de impetrações na Corte Superior pendentes de julgamento. Flexibilização do princípio constitucional da razoável duração do processo que se mostra compreensível. Aposentadoria do relator dos feitos manejados em favor do paciente. Ordem concedida de ofício para determinar sua redistribuição. I - O pedido de comutação da pena não pode ser conhecido, uma vez que esta questão não foi sequer analisada pelo juízo de origem. Seu exame por esta Suprema Corte implicaria indevida supressão de instância e extravasamento dos limites de competência do STF descritos no art. 102 da Constituição Federal. II - O excesso de trabalho que asoberba o STJ permite a flexibilização, em alguma medida, do princípio constitucional da razoável duração do processo. Precedentes. III - A concessão da ordem para determinar o julgamento do writ na Corte a quo poderia redundar na injustiça de determinar-se que a impetração manejada em favor do paciente seja colocada em posição privilegiada com relação a de outros jurisdicionados. IV - Ordem concedida de ofício para determinar a redistribuição dos habeas corpus manejados no STJ em favor do paciente, em razão da aposentadoria do então relator. [HC 103.835/SP, rel. min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgamento em 14-12-2010, DJ de 8-2-2011.]

Ementa: Habeas corpus. Homicídio. Prisão ordenada independentemente de trânsito em julgado. Superveniência do trânsito em julgado. Writ prejudicado. Fixação de regime inicialmente fechado. Questão não submetida ao crivo do STJ. Supressão de instância. Habeas corpus não conhecido. 1. Prejudicialidade do writ impetrado perante Tribunal Superior fundada em decisão liminar, precária e efêmera, obtida pelo paciente perante esta Suprema Corte inócurrenente. 2. Superveniência de trânsito em julgado da decisão condenatória, a ensejar o reconhecimento da prejudicialidade de ambas as impetrações. 3. A questão relativa à propriedade do regime prisional imposto ao paciente pela decisão condenatória não foi submetida ao crivo do Superior Tribunal de Justiça, não se admitindo a apreciação do tema por esta Suprema Corte, de forma originária, sob pena de configurar verdadeira supressão de instância. Precedentes. 4. Writ não conhecido. [HC 98.616/SP, rel. min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgamento em 14-12-2010.]

No entanto, os fatos alegados na presente ordem de *habeas corpus* foram suficientemente demonstrados com a prova pré-constituída. Assim, tratando-se de questão de ordem pública aferível de plano, possível o conhecimento de ofício. Também opinou pelo conhecimento o Ministério Público Federal, nos seguintes termos (fl. 62):

Inicialmente, verifica-se que a nulidade apontada, vale dizer, dupla condenação do paciente pelos mesmos fatos, não foi objeto de questionamento perante qualquer das instâncias inferiores.

Dessa forma, a matéria esposada no presente remédio constitucional não enseja a análise desse Excelso Pretório sob pena de indevida supressão de instância.

Contudo, da análise dos documentos acostados aos presentes autos, constata-se a procedência da alegação de *bis in idem*, que, por causar a nulidade absoluta de uma das ações penais, é passível de ser conhecida de ofício.

Deveras, observa-se, na documentação trazida pela impetrante, que o paciente fora condenado, primeiramente, na AP 2005.01.1.003315-4, cuja denúncia fora recebida em 7-6-2005 pela 7ª Vara Criminal de Brasília. Na pendência desta demanda, foi ajuizada contra o paciente, em 7-7-2006, outra ação penal (n. 2005.01.1.023628-0) pelos mesmos fatos, desta feita na 6ª Vara Criminal de Brasília, o que ensejou a nulidade absoluta *ab initio* desse segundo processo, em razão do fenômeno processual da litispendência.

Nesse sentido, a doutrina de José Frederico Marques, *verbis*:

Um dos efeitos da litispendência é o de impedir o desenrolar e a existência de um segundo processo para o julgamento de idêntica acusação. Resulta, pois, da litispendência, o direito processual de arguir o *bis in idem*, mediante *exceptio litis pendentis*.

Segundo disse Chiovenda, assim “como a mesma lide não pode ser decidida mais de uma vez (*exceptio rei judicatae*), assim também não pode pender simultaneamente mais de uma relação processual sobre o mesmo objeto entre as mesmas pessoas. Pode, portanto, o réu excepcionar que a mesma lide *pende* já perante o mesmo juiz ou perante juiz diverso, a fim de que a segunda constitua objeto de decisão com a primeira por parte do juiz *invocado antes*”. [*Elementos de direito processual penal*. Atualizadores: Eduardo Reale Ferrari e Guilherme Madeira Dezem. Campinas, SP: Millennium, 2009, v. 2.]

Conforme noticiado pelo Ministério Público Federal, em caso semelhante, esta Corte anulou sentença proferida em processo em que a perseguição penal se deu por fatos idênticos aos julgados em causa anterior, conforme sintetizado na seguinte ementa:

Direito penal e processual. Litispendência. Dupla condenação pelo mesmo fato delituoso: *bis in idem*. 1. Não pode subsistir a condenação ocorrida no segundo processo, instaurado com o recebimento da denúncia a 7 de maio de 1993 (Processo 237/1993) já que, antes disso, ou seja, a 4 de maio de 1993, havia outra denúncia, igualmente recebida, pelos mesmos fatos delituosos (no Processo 232/93). 2. A litispendência impediu que validamente se formasse o segundo processo e, em consequência, que validamente se produzisse ali a condenação.

3. *Habeas corpus* deferido para, com relação ao paciente, anular-se a sentença proferida no Processo 237/1993 - 23. V. Criminal S.P., bem como o acórdão que a confirmou, na Apelação 861.423, julgada pela 11. Câmara do Tacrim/SP, ficando, quanto a ele, trancado definitivamente o processo. [HC 72.364/SP, rel. min. Sydney Sanches, Primeira Turma, DJ de 23-2-1996.]

Ademais, o próprio *Parquet* opinou pela concessão da ordem, em parecer assim delineado (fls. 62/63):

(...) impende consignar que a comprovação da ocorrência da figura do *bis in idem* desponta do simples confronto das iniciais acusatórias oferecidas pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, que originaram as ações penais n. 2005.01.1.003315-4 e 2005.01.1.023628-0, movidas, respectivamente, na 7ª Vara Criminal da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF, e 6ª Vara Criminal da mesma Circunscrição. Ambas as denúncias narram que no dia 28 de novembro de 2004, por volta das 9 horas, nas proximidades de um ferro velho, localizado entre a Divineia e a Metropolitana, no Núcleo Bandeirante/DF, o paciente Renan Rodrigues de Sousa subtraiu para si, mediante grave ameaça, exercida por meio de arma de fogo, uma bolsa preta, contendo R\$ 4,00 (quatro) reais em espécie e diversos objetos pessoais pertencente a Maria Elenice Alves de Oliveira (fls. 8/9 e 37/38).

Não há dúvida de que pelo mesmo fato, foram instauradas duas ações penais em desfavor do ora paciente.

A primeira, pelo Juízo da 7ª Vara Criminal da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF, que recebeu a denúncia na data de 7-6-2005 (fl. 6); a segunda, pelo Juízo da 6ª Vara Criminal da mesma Circunscrição, que recebeu a inicial acusatória em 7-7-2006 (fl. 35).

Mas, não é só. Ao final, o paciente sofreu dupla condenação: o primeiro decreto punitivo foi proferido pelo Juízo da 7ª Vara Criminal de Brasília, aos 6-10-2006 (fls. 12/18), sendo confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça, que tornou a pena definitiva em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em decisão transitada em julgado aos 29-8-2008 (fls. 24/27); já o segundo, foi prolatado pela 6ª Vara Criminal, em 25-4-2007 (fls. 39/44), e confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça, que tornou a pena definitiva em 4 (quatro) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em decisão transitada em julgado aos 19-5-2009 (fls. 29/34).

In casu, portanto, após o trânsito em julgado da decisão condenatória na AP 2005.01.1.003315-4, sobreveio novo pronunciamento judicial na AP 2005.01.1.023628-0 a respeito de fatos idênticos aos versados na primeira demanda.

A primeira condenação não pode ser alvo de revisão criminal, pois não configurada qualquer das hipóteses previstas no art. 621 do CPP, que ora se transcreve:

Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

Por outro lado, a segunda coisa julgada, mais favorável ao réu (*rectius*, condenado), também não é passível de reapreciação, porquanto não é admitida no direito brasileiro a revisão criminal *pro societate*.

Analisando a hipótese com a qual ora nos deparamos, de conflito entre julgados, Jorge Alberto Romeiro anotou com maestria (*Elementos de direito penal e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 40-41):

Manzini, considerando esse caso de inconciliabilidade de julgados, determinante da revisão no direito positivo italiano, o qual figura, também, no de muitos Estados, notou que nem sempre tem o instituto em estudo o fim de reparar um erro judiciário, pois a dita inconciliabilidade deve ser sempre resolvida pela prevalência do julgado mais favorável ao condenado.

A revisão, escreveu o insigne professor da Universidade de Roma, “*nel caso dell’inconciliabilità dei giudicati, se talora fornisce il mezzo per eliminare l’errore, talaltra può far prevalere l’errore sul giusto, perchè nel detto caso la legge mira sopra tutto a far cessare un intollerabile contrasto giurisprudenziale*”.

No direito pátrio a revisão criminal em desfavor do réu jamais foi admitida. Mesmo quando a EC 1 de 1969 à Carta de 1967 permitiu a legislação ordinária prever hipóteses nas quais o julgado favorável ao acusado poderia ser revisto, a normativa nunca foi editada. O art. 623 do CPP, sobre a legitimidade ativa para a propositura da revisão, prevê: “A revisão poderá ser pedida pelo próprio réu ou por procurador legalmente habilitado ou, no caso de morte do réu, pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.” O Ministério Público e o ofendido não dispõem de idêntica *legitimatío*.

Certo é que a decisão proferida no segundo processo é norma jurídica, que deve ser respeitada. Vale invocar a lição de José Carlos Barbosa Moreira, segundo o qual, na sentença “formula o juiz a norma jurídica concreta que deve disciplinar a situação levada ao seu conhecimento” (Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. *Revista de Processo*, n. 34, p. 279). Vale dizer, a sentença trãnsita em julgado é a norma jurídica para o caso concreto.

Ocorre que, como visto, essa segunda norma não é passível de revisão, pois, na espécie, isso significaria fazer prevalecer uma decisão anterior mais gravosa para o réu. Nas palavras de Fernando da Costa Tourinho Filho, “a autoridade da coisa julgada, necessária e indispensável para assegurar a estabilidade das relações jurídicas, impede um reexame contra o réu” (*Código de Processo Penal comentado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2, p. 427).

Assim, temos duas decisões, de igual hierarquia e especialidade, impassíveis de impugnação. Impõe-se, face à natureza normativa das decisões judiciais, a aplicação do princípio norteador do conflito aparente de normas penais no tempo, vale dizer, prevalece a norma posterior sobre a anterior.

Aliás, no campo do processo civil, Cândido Rangel Dinamarco, ao sustentar a prevalência da segunda coisa julgada, ressalta a possibilidade de um novo ato estatal revogar o anterior. Assim, a sentença posterior, por não ter sido rescindida no prazo legal, teria o condão de revogar a sentença anterior. Eis como expõe seu ponto de vista, baseado nas formulações de Liebman:

Disse ele, realmente, que uma sentença proferida depois da outra tem a eficácia de cancelar os efeitos desta, como todo ato estatal revoga os anteriores. Assim como a lei revoga a lei e o decreto revoga o decreto, assim também a sentença passada em julgado revoga uma outra, anterior, também passada em julgado. Estamos pois fora do campo específico do direito processual, em uma visão bastante ampla dos atos estatais de qualquer dos três Poderes e sempre segundo uma perspectiva racional e harmoniosa do exercício do poder. Na nova lei há uma nova vontade do legislador, que sobrepuja a vontade dele próprio, contida na lei velha. No novo decreto, nova vontade da Administração. Na nova sentença, nova vontade do Estado-juiz. [*Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 1135.]

No mesmo sentido a lição de Pontes de Miranda, que entende prevalecer a segunda coisa julgada sobre a primeira, porque a norma processual somente prevê a possibilidade de desconstituir a segunda coisa julgada dentro de um prazo específico e, se isso não ocorrer, a anterior é revogada pela posterior.

Confira-se o seguinte trecho da obra do autor:

Dissemos que falta o segundo elemento “sentença trânsito em julgado, que se quer rescindir”, se precluiu o prazo para a rescisão de tal sentença. Uma vez que se admitiu, de *lege lata*, com o prazo preclusivo, a propositura somente no biênio a respeito da segunda sentença, o direito e a pretensão à rescisão desaparecem, e a segunda sentença, tornada irrescindível, *prepondera*. Em consequência, desaparece a eficácia de coisa julgada da primeira sentença. Esse é um ponto que não tem sido examinado, a fundo, pelos juristas e juízes: há duas sentenças, ambas passadas em julgado, e uma proferida após a outra, com infração da coisa julgada. Se há o direito e a pretensão à rescisão da segunda sentença, só exercível a ação no biênio e não foi exercida, direito, pretensão à rescisão e ação rescisória extinguiram-se. A segunda sentença lá está, suplantando a anterior. [*Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1988. p. 259-260.]

Ademais, o fato de a segunda coisa julgada prevalecer sobre a primeira é razão única da previsão legal de ação rescisória por ofensa à coisa julgada (art. 485, IV, do CPC), o que pressupõe decisão trânsito anterior. Marinoni e Arenhart, corroborando este entendimento, lecionam:

A grande questão ocorre no conflito dessas coisas julgadas, após o esgotamento do prazo existente para o oferecimento da ação rescisória (de dois anos – cf. Art. 495 do CPC). Findo esse prazo, tem-se em tese duas coisas julgadas (possivelmente antagônicas) convivendo no mundo jurídico, o que certamente não é possível. Parece que, nesses casos, deve prevalecer a segunda coisa julgada em detrimento da primeira. Além de a primeira coisa julgada não ter sido invocada no processo que levou à edição da segunda, ela nem mesmo foi lembrada em tempo oportuno, permitindo o uso da ação rescisória e, assim, a desconstituição da coisa julgada formada posteriormente. É absurdo pensar que a coisa julgada, que poderia ser desconstituída até determinado momento, simplesmente desaparece quando a ação rescisória não é utilizada. Se fosse assim, não haveria razão para o art. 485, IV, e, portanto, para a propositura da ação rescisória, bastando esperar o escoamento do prazo estabelecido para seu uso. [Processo de conhecimento. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2008, p. 665.]

Na doutrina alienígena, a conclusão não diverge. De início, citamos os ensinamentos de Chiovenda (*Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1923. p. 900):

Quanto alla contrarietà della sentenza ad un precedente giudicato, per diritto romano era questo un caso di nullità della sentenza, per cui il primo giudicato conservava il suo vigore. Nel nostro sistema la contrarietà dei giudicati può farsi valere come motivo di revocazione (quando una sentenza non abbia pronunciato su questa eccezione, art. 494, n. 5) o come motivo di cassazione (quando pronuncio sulla eccezione relativa, art. 517, n. 8): ma decorsi i termini senza che l'impugnativa sia proposta, questa nullità é sanata, onde il primo giudicato perde valore perchè il secondo giudicato implica negazione di ogni precedente giudicato contrario.

Igualmente entende Carnelutti (*Instituciones del proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1989. v. 1, p. 146):

[N]o puede excluirse la hipótesis del conflicto entre cosas juzgadas. No hay necesidad de agregar que el tal conflicto debe resolverse bajo pena de hacer incurable la litis, lo cual no se puede obtener de otro modo que admitiendo la extinción de la eficacia de la primera decisión por efecto de la segunda.

Essas lições podem ser transpostas do campo do direito processual civil para o processo penal, mas uma peculiaridade deve ser ressaltada. É que a conclusão pressupõe que ambas as decisões sejam imutáveis e irreversíveis – ou seja, ambas coisas soberanamente julgadas. Ocorre que no processo penal é aberta em caráter perene a via da revisão criminal para o réu. Uma condenação injusta pode ser rediscutida a qualquer tempo (art. 622 do CPP – “A revisão poderá ser requerida em qualquer tempo, antes da extinção da pena ou após”), e essa pode ser considerada uma garantia constitucional, implicitamente extraída do art. 5º, LXXV (“o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”), e do art. 102, I, j, da Carta Magna (“Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados”).

Sendo certo que a segunda decisão, *in casu*, deve prevalecer, tal não significa que a primeira é nula, como sustenta a impetração. Em verdade, operou-se a revogação do *decisum* anterior, pelo advento de norma concreta, não mais impugnável, em sentido distinto. Inobstante, o pedido mediato merece concessão, qual seja, a declaração da prevalência da segunda coisa julgada.

Expositis, concedo a ordem de ofício para declarar revogada a condenação proferida no bojo da AP 2005.01.1.003315-4, que tramitou perante a 7ª Vara Criminal da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF, prevalecendo, portanto, a sentença prolatada na AP 2005.01.1.023628-0 da 6ª Vara Criminal da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF, devendo ser oficiada a Vara de Execuções Criminais do Distrito Federal para os registros cabíveis.

É como voto.

DEBATE

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Então, neste caso, o quadro que se tem é: dois processos, duas ações penais contra o mesmo paciente, pelo mesmo fato, da mesma data. A primeira ação penal transitou em julgado em data posterior, 29-8-2008, enquanto o segundo decreto condenatório da 6ª Vara Criminal de Brasília, embora tenha sido apresentada depois, transitou em julgado anteriormente, 8-5-2007.

O que pretende aqui o impetrante é que se desconheça uma das coisas julgadas e que se faça prevalecer a primeira decisão porque a ele teria sido imputada uma pena menor quando houve o julgamento do recurso especial. E Vossa Excelência está acolhendo este pedido.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Eu tenho a impressão de que é a segunda decisão que tem uma pena menor.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Quatro anos, cinco meses e dez dias de reclusão.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): É a segunda decisão que tem a pena menor. Tanto que no acórdão disse que esse segundo processo do qual advém uma sentença menor.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Aqui, pelo menos, o dado que tenho é do Ministério Público. Diz:

A primeira condenação, proferida nos autos da ação penal n. 2005.01.1.0033154, foi imposta pelo Juízo de Direito da 7ª Vara Criminal da Circunscrição Judiciária de Brasília, que fixou a pena de 5 (cinco) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime semiaberto (...). Por meio do Recurso Especial n. 1.027847/DF, o Superior Tribunal de Justiça diminuiu a reprimenda para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

O segundo decreto condenatório é que, então, seria de seis meses e dois anos que ficou em quatro anos e cinco meses.

O sr. ministro Marco Aurélio: A pena ficou aquém da pena do primeiro.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): É, ficou aquém.

O sr. ministro Marco Aurélio: Presidente, apenas para raciocinar em voz alta quanto ao princípio lógico do terceiro excluído a revelar que uma coisa é, ou não é. Na espécie, não existe a menor dúvida, é fato incontroverso haver ocorrido dupla acusação e simultâneos processos. Já, então, existiria, quanto ao segundo processo, o óbice ao pressuposto do desenvolvimento válido, a ação ajuizada anteriormente. Mas ambos os processos foram julgados. As duas decisões transitaram em julgado, mostraram-se preclusas. Indago: é possível, ante o sistema processual, dar prevalência à segunda decisão, ou seja, a que teria transgredido o princípio da coisa julgada relativa ao primeiro processo? A resposta, para mim, é desenganadamente negativa. Não posso potencializar a circunstância de, no segundo processo, se haver chegado a uma pena menor, porque se poderia ter chegado, também, a uma maior.

Aqui, não se trata de escolher a decisão que seja mais favorável ao réu. Trata-se de perceber que esse segundo processo não poderia ter tramitado e que, tendo sido prolatada sentença e tendo sido esta coberta pela preclusão maior, é insubsistente porque o processo anterior – quanto à data do ajuizamento da ação, pouco importando a época do trânsito em julgado – já obstaculizava esse segundo crivo do Judiciário.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Parece-me que o ministro relator está levando em consideração a data da coisa julgada, do trânsito em julgado.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): É, acho que isso também pouco importa.

O sr. ministro Marco Aurélio: Não, porque, processualmente, antes do trânsito em julgado, tem-se a impossibilidade jurídica de tramitarem duas ações iguais, é o que denomino de pressuposto negativo de desenvolvimento válido do processo. Que processo? Desse segundo que resultou na coisa julgada. É subsistente a coisa julgada se havia o vício original? Não.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Sem dúvida. Essa é que é a questão a se colocar. Então como é que se explica uma ação rescisória por violação da coisa julgada?

O sr. ministro Marco Aurélio: Sim, explica-se porque é uma ação de impugnação autônoma versada na Constituição Federal.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Então.

O sr. ministro Marco Aurélio: Aqui, não.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Que pressupõe uma decisão que transitou em julgado.

O sr. ministro Marco Aurélio: Sim, e que a impugna.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Mas e se não se propuser a ação rescisória? Prevalecerá a segunda coisa julgada. É claro, no meu modo de ver, *data maxima venia*.

O sr. ministro Marco Aurélio: Não, ministro. A partir do momento em que se questiona – e isso se fez na via do *habeas corpus*, sustentando-se a prevalência da segunda decisão –, perquire-se se essa segunda decisão foi formalizada de acordo com o figurino processual. Assentamos que não, à toda evidência, pelo menos para mim. Confesso-me sempre um juiz do trabalho!

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Nós estamos partindo de premissas um pouco diferentes, mas respeito as premissas de Vossa Excelência. Parto da premissa seguinte: a figura da litispendência, quer dizer, quando se promove uma outra ação quando a outra está em curso, leva à extinção terminativa.

O sr. ministro Marco Aurélio: Farei uma pergunta apenas para ficar tranquilo quanto ao raciocínio desenvolvido por Vossa Excelência.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Pois bem. A coisa julgada é a repetição de uma ação já julgada. Então, no caso aqui, houve uma litispendência que – como Vossa Excelência tem toda razão – deveria ter sido extinta no nascedouro, porque estava repetindo uma ação que já estava sendo julgada, mas não tinha transitado em julgado. Advém o segundo processo e transita em julgado a sentença, então disse no recurso, essa segunda decisão que transitou em julgado é indiferente, a pena dela é indiferente, porque, na realidade, essa ação não poderia nem ter começado, só que a coisa julgada faz do quadrado redondo e purga o problema. Ela purga os defeitos.

O sr. ministro Marco Aurélio: Esse vício é originário e contamina o que Vossa Excelência aponta como preclusão maior? Agora, de qualquer forma, penso que Vossa Excelência adotaria o mesmo raciocínio se, nessa segunda decisão, houvesse o paciente sido apenado em quantitativo superior ao da primeira. Vossa Excelência concluiria da mesma forma?

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Não, não. Por isso é que estou propondo a seguinte solução: primeiro, a segunda coisa julgada prevalece sobre a primeira, mas, como no âmbito penal há outros princípios que informam a tutela penal, nós poderíamos perfeitamente entender – como pensa Pontes de Miranda – que a sentença é uma norma jurídica também, só que concreta, e aplicar o regime penal a essa norma jurídica dizendo: a norma mais favorável retroage.

O sr. ministro Marco Aurélio: Quer dizer, o certo cede ao errado.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Mas Pontes de Miranda dizia isso: *a coisa julgada faz do certo o errado*.

O sr. ministro Marco Aurélio: Do preto, branco; do quadrado, redondo. Isso aprendi na Nacional de Direito.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Mas isso é o preço caro que pagamos para ter coisa julgada. Eu fui criado com isso na cabeça.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Mas, aqui, há duas coisas julgadas.

O sr. ministro Marco Aurélio: Então, a rapidez no julgamento das ações repetitivas dita a prevalência desta ou daquela! O que é isso, ministro?

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Não, ministro. Nós estamos diante de uma realidade. Nós não estamos fazendo doutrina sobre o que se pode fazer ou o que não se pode fazer. Nós estamos diante de uma realidade. Nós temos dois processos, com decisões transitadas em julgado, em relação ao mesmo fato e ao mesmo paciente: é saber qual das duas deve prevalecer, as duas transitadas em julgado.

Essa é a questão.

VOTO

O sr. ministro Marco Aurélio: Presidente, peço vênia ao relator para indeferir a ordem tal como formalizada pelo impetrante. Concedo-a de ofício, para assentar a insubsistência do segundo julgamento, ou seja, do julgamento da ação superveniente à primeira, considerada a mesma imputação.

É como voto.

O sr. ministro Dias Toffoli: *Aí é reformatio in pejus*.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): *Reformatio in pejus*.

O sr. ministro Marco Aurélio: Não é reforma prejudicial porque o paciente, até aqui, está duplamente apenado. Afasto uma das condenações, ou seja, a segunda.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Aliás o parecer do Ministério Público é no sentido, exatamente, do voto do ministro Marco Aurélio.

O sr. ministro Marco Aurélio: O que confirma a minha origem!

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Não é com essa ideologia de afastar a dupla condenação.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): O que significa que não haveria o *reformatio in pejus*, pelo menos no...

O sr. ministro Luiz Fux (relator): O parecer do Ministério Público não é no sentido de afastar duas condenações.

O sr. ministro Dias Toffoli: O parecer do Ministério Público afasta a condenação da 6ª Vara, que é a menos grave.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Para poder fazer prevalecer a mais grave. É diferente.

O sr. ministro Dias Toffoli: Não, ele afasta a da 6ª Vara, que é a menos grave.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): É, que é a menos grave.

O sr. ministro Marco Aurélio: Apenas não podemos partir para o par ou ímpar. Desde que não partamos para o par ou ímpar, a solução da maioria será a que se presumirá correta.

PEDIDO DE VISTA

O sr. ministro Dias Toffoli: Eu vou pedir vista.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Até peço vênia pela eloquência, ministro Marco Aurélio, mas, aqui, é uma questão apaixonante.

O sr. ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência disse que o caso era interessante, e, realmente, é.

O sr. ministro Dias Toffoli: O caso é interessante, vamos refletir.

PEDIDO DE EXPLICAÇÃO

O sr. ministro Marco Aurélio: Peço, apenas, que Vossa Excelência - até para justificar o pedido de vista - consigne o ponto de vista no sentido de indeferir a ordem como realmente pleiteada e concedê-la de ofício, para fulminar o segundo decreto condenatório.

DEBATE

O sr. ministro Marco Aurélio: O ministro Dias Toffoli traz, inclusive, outra situação: na primeira ação, a condenação, e, na segunda, a absolvição. Prevaleceria a absolvição?

O sr. ministro Dias Toffoli: A minha preocupação sempre é que, ao julgar casos concretos, sendo a Suprema Corte, nós sinalizamos para toda uma jurisprudência, para todo o sistema judicial. Então, daí a cautela, uma reflexão.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Muito bem-vindo o pedido de vista de Vossa Excelência.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Há uma coisa interessante, um raciocínio *a latere*, tanto o eminente relator quanto o Ministério Público estabelecem - o relator, em seu voto, e o Ministério Público, em seu parecer - que, realmente, há um *bis in idem*.

Eu tenho uma certa resistência a examinar fatos e provas em sede de *habeas corpus*, mas estou partindo do pressuposto de que realmente há essa duplicidade de condenações em torno do mesmo fato, *double Jeopardy*, como dizem os americanos, os juristas anglo-saxões.

Agora, de qualquer maneira, a nossa experiência aqui tem demonstrado que muitas vezes a alegação de um *bis in idem* na verdade não é realmente um *bis in idem*, porque os fatos são um pouco distintos dentro do processo.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Parece que aqui o relator foi taxativo ao afirmar, desde o início, que, rigorosamente, o mesmo fato, a mesma data, tudo igual. Ele foi processado duas vezes.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Ambos foram bem taxativos, dizendo que os fatos...

O sr. ministro Dias Toffoli: Porque ele não alegou litispendência. Ele apostou numa absolvição em alguma delas, "lotericamente", para, depois, vir pedir a prevalência da decisão que lhe seja mais favorável...

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: E uma coisa interessante, essa questão nunca foi discutida nas instâncias anteriores.

O sr. ministro Dias Toffoli: (Cancelado)

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Exatamente. Eu digo aqui o seguinte: analisem o processo e vão verificar que é a mesma coisa. Quando, na coisa julgada, não há supressão de instância de nós conhecermos a uma dupla condenação pelo mesmo fato, eu não entendi que isso seria um obstáculo de nós analisarmos. Então, eu fui à tese mesmo.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Aí é uma ilegalidade flagrante mesmo, não há dúvida nenhuma.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Neste caso há um constrangimento, a pessoa não pode estar condenada duas vezes, por dois processos, pelo mesmo fato.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Eu sei, presidente, mas não posso dizer: é um constrangimento; então, já que é um constrangimento, vou lhe condenar, vou lhe deixar a pior condenação a seu dispor. É isso que eu acho uma contradição.

O sr. ministro Dias Toffoli: Não é a pior condenação, aqui. Sem adiantar a minha posição, que eu vou refletir, mas a perspectiva do ministro Marco Aurélio é a do processo legitimamente instaurado; o outro não poderia ter sido instaurado.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Mas que gerou a pior condenação.

O sr. ministro Dias Toffoli: O outro não poderia ter sido instaurado.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Mas eu não conheço *querelas nullitatis* insanável no processo penal. Eu acho que transitou em julgado a decisão.

O sr. ministro Dias Toffoli: Ele não alegou a litispendência, provavelmente apostando numa possibilidade de, numa delas, ser absolvido, ou, como ocorreu, de ter uma pena menor.

Enfim, vamos refletir, mas que, realmente, sai da rotina dos casos repetitivos que temos tido, sai.

EXTRATO DA ATA

HC 101.131/DF – Relator: Ministro Luiz Fux. Paciente: Renan Rodrigues de Sousa. Impetrante: Defensoria Pública do Distrito Federal (Procurador: Defensor público-geral do Distrito Federal). Coator: Relator do Recurso Especial 1.027.847 do Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Após o voto do ministro Luiz Fux, relator, que concedia a ordem de *habeas corpus* para fazer prevalecer o segundo decreto condenatório, e do voto do ministro Marco Aurélio, que denegava a ordem, mas a concedia, de ofício, pediu vista do processo o ministro Dias Toffoli. Presidência da ministra Cármen Lúcia.

Presidência da ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Luiz Fux. Subprocuradora-geral da República, dra. Cláudia Sampaio Marques.

Brasília, 5 de abril de 2011 – Carmen Lilian, coordenadora.

EXPLICAÇÃO

O sr. ministro Dias Toffoli: Senhora presidente, rememoro o caso:

Habeas corpus com pedido de liminar impetrado pela Defensoria, em favor de Renan Rodrigues de Sousa, no qual se aponta como autoridade coatora o ministro Nilson Naves, do STJ, que proveu parcialmente o recurso especial interposto a favor do paciente.

Alega a impetrante, em síntese, o constrangimento ilegal imposto ao paciente, tendo em vista ter sido ele processado e condenado pelos mesmos fatos, em duas ações penais distintas.

Houve a tramitação de um processo penal contra o réu, o paciente, aqui, no *habeas corpus*, e uma outra ação penal. Não se alegou na segunda ação penal a litispendência. Ao fim e ao cabo, no juízo prevento, no que primeiro atuou e oficiou, houve uma condenação um pouco maior do que na segunda ação.

O voto do eminente ministro Luiz Fux é no sentido de que a sentença se equipara a uma norma no caso concreto e Sua Excelência, então, votou no sentido de conceder a ordem para fazer valer a sentença do segundo processo, que ademais, em termos de tempo, era mais recente e menos grave do que a do primeiro quanto à pena fixada.

Eu ousou divergir de Sua Excelência para acompanhar o voto do eminente ministro Marco Aurélio. E trago aqui alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Denegando a ordem, portanto.

O sr. ministro Dias Toffoli: De qualquer sorte, eu denego a ordem, mas concedo de ofício, para fins de tirar a segunda condenação, para ele não ficar com duas.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Com dupla condenação.

O sr. ministro Dias Toffoli: Exatamente.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Mas, de qualquer maneira, fica diferente agora, porque eu dei a característica da sentença a uma ordem normativa e apliquei o princípio da *lex mitior*. Prevalece a segunda sentença cuja pena é menor. Ele foi condenado duas vezes, pelo mesmo fato. Então, na convivência dessas duas coisas julgadas, eu optei pela coisa julgada menos grave.

VOTO-VISTA

O sr. ministro Dias Toffoli: Rememoro o caso para uma perfeita compreensão da controvérsia.

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios em favor de Renan Rodrigues de Sousa, no qual se aponta como autoridade coatora o ministro **Nilson Naves**, do Superior Tribunal de Justiça, que proveu parcialmente o REsp 1.027.847/DF interposto em favor do paciente.

Alega a impetrante, em síntese, o constrangimento ilegal imposto ao paciente, tendo em vista ter sido ele processado e condenado pelos mesmos fatos em duas ações penais distintas.

Afirma que essa circunstância afronta os princípios do *ne bis in idem* e da coisa julgada.

Entende, ainda, que deve prevalecer, no caso, a segunda sentença, que foi proferida pela 6ª Vara Criminal da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF (Processo 2005.01.1.0236280), por dois motivos: 1) por conter pena mais favorável ao paciente; e 2) por ter transitado para a acusação em 8-5-2007. Portanto, antes da primeira sentença, emanada da 7ª Vara Criminal da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF (Processo 2005.01.1.0033154), transitada em 29-8-2008 para a acusação e com pena mais enérgica ao paciente (fl. 5 da inicial).

Requer, liminarmente, a concessão da ordem para que seja cassada a sentença decorrente da 7ª Vara Criminal da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF, por suposta ofensa à coisa julgada.

A medida cautelar foi indeferida pelo então relator, o eminente ministro **Eros Grau** (fl. 48), e o Ministério Público Federal, pelo parecer do ilustre subprocurador-geral da República dr. **Mario José Gisi**, opinou pelo conhecimento da impetração de ofício e, nessa esteira, pela concessão parcial da ordem para anular o processo penal decorrente da 6ª Vara Criminal da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF (fls. 60 a 64).

Em sessão desta Primeira Turma, o atual relator, o ilustre ministro **Luiz Fux**, votou pela concessão da ordem de ofício, para revogar a condenação proferida contra o paciente no processo penal oriundo da 7ª Vara Criminal da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF. Naquela oportunidade, visando a uma maior reflexão acerca da matéria, pedi vista do autos.

É o breve relatório.

Inicialmente destaco, assim como salientou o eminente relator em seu voto, que, por se tratar de questão de ordem pública aferível de plano, é possível o seu conhecimento de ofício.

Portanto, passo à análise do conjunto fático.

Consta nos autos que, no dia 28-11-2004, nas proximidades de um “ferro velho” localizado entre a Divineia e a Metropolitana, no Núcleo Bandeirante/DF, o paciente, mediante grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo, subtraiu para si, da vítima Maria Elenice Alves de Oliveira, uma bolsa preta contendo R\$ 4,00 em espécie e diversos objetos pessoais de sua propriedade (fls. 8/9 e 37/38).

Em razão desses fatos, duas denúncias foram oferecidas pelo *Parquet* distrital contra o paciente, que originaram as AP 2005.01.1.0033154 e AP 2005.01.1.0236280, movidas, respectivamente, na 7ª Vara Criminal da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF e na 6ª Vara Criminal da mesma Circunscrição Judiciária. Em ambas, com diferença apenas no montante da pena, o paciente restou condenado pelos fatos narrados anteriormente.

Portanto, não há dúvidas acerca da existência da figura do *bis in idem* no caso concreto.

Pois bem, a primeira ação penal instaurada origina-se do Juízo da 7ª Vara Criminal da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF, que **recebeu a denúncia na data de 7-6-2005** (fl. 6). Nesse processo, o paciente restou condenado, em 6-10-2006 (fls. 12 a 18), à pena de cinco anos e oito meses de reclusão, posteriormente reduzida pelo Superior Tribunal de Justiça ao patamar de cinco anos e quatro meses de reclusão (fls. 24 a 26). A sentença **transitou em julgado em 29-8-2008** (fl. 27).

Já a segunda ação penal instaurada origina-se do Juízo da 6ª Vara Criminal da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF, que **recebeu a denúncia em 7-7-2006** (fl. 35). Nessa demanda, o paciente restou condenado, em 25-4-2007 (fls. 39 a 44), à pena de seis anos, dois meses e vinte dias de reclusão, posteriormente reduzida pelo Superior Tribunal de Justiça ao patamar de quatro anos, cinco meses e dez dias de reclusão (fls. 29 a 31). A sentença **transitou em julgado em 19-5-2009** (fl. 34).

Fixadas essas premissas, destaco que o que está em jogo é saber se o fenômeno processual da litispêndência criada pela instauração da primeira ação penal no Juízo da 7ª Vara Criminal da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF obstaculizava o processamento da segunda ação penal no Juízo da 6ª Vara Criminal da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF, como ressaltou o eminente ministro **Marco Aurélio** na assentada anterior, ou se, conforme sustentado pelo eminente relator, em brilhante voto que trouxe, prevaleceria a condenação decorrente dessa segunda ação penal, visto que, em razão da natureza normativa das decisões judiciais, se justificaria “a aplicação do princípio norteador do conflito aparente de normas penais no tempo, vale dizer, prevalece a norma posterior sobre a anterior”.

Conforme os §§ 1º, 2º e 3º do art. 301 do Código de Processo Civil, a litispendência ocorre quando se repete uma ação que está em curso, exigindo-se para sua configuração a existência da tríplice identidade: a das partes, a do pedido e a da causa de pedir. A consequência desse fenômeno processual é a extinção do segundo processo, sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, V, do Código de Processo Civil.

A eficácia dessa norma processual civil pode, perfeitamente, ser emprestada ao processo penal, por força do que dispõe o art. 3º do Código de Processo Penal:

Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

O magistério de **Marcelo Abelha Rodrigues** sobre o conceito legal de litispendência nos diz, *in verbis*, que:

A litispendência é a identidade de ações. Há litispendência, consoante Teresa Alvim Wambier, quando existe uma outra “ação idêntica, pendendo perante outro, ou o mesmo juízo, contemporaneamente”, desde que presentes, portanto, os três elementos identificadores das ações – partes, causa de pedir e pedido.

Veja que o pedido, tanto o mediato quanto o imediato, e a causa de pedir próxima e remota devem ser as mesmas. Não basta apenas umas das causas de pedir ou uma do tipo de pedido. O pedido imediato é a tutela processual e o pedido mediato é a tutela material. A causa de pedir próxima é o fato e a causa de pedir remota é o fundamento de direito sobre o qual subsume o fato [*Elementos de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000. v. 1, p. 356 a 357.]

Na esteira desse raciocínio, como lembrado pelo ministro **Luiz Fux** em seu voto, **José Frederico Marques** preleciona que:

Um dos efeitos da litispendência é o de impedir o desenrolar e a existência de um segundo processo para o julgamento de idêntica acusação. Resulta, pois, da litispendência, o direito processual de arguir o *bis in idem*, mediante *exceptio litis pendentis*.

Segundo disse *Chiovenda*, assim “como a mesma lide não pode ser decidida mais de uma vez (*exceptio rei judicatae*), assim também não pode pender simultaneamente mais de uma relação processual sobre o mesmo objeto entre as mesmas pessoas. Pode, portanto, o réu excepcionar que a mesma lide pende já perante o mesmo juiz ou perante juiz

diverso, a fim de que a segunda constitua objeto de decisão com a primeira por parte do juiz invocado antes”. [*Elementos de direito processual penal*. Atual. Eduardo Reale Ferrari e Guilherme Madeira Dezem. Campinas/SP: Millennium, 2009. v. 2.]

Aliás, esse entendimento doutrinário está presente na jurisprudência da Corte, que, de longa data, assim já se posicionou:

Dupla condenação pelo mesmo crime. Impossibilidade. Se resulta dos autos que o paciente foi processado em juízos diferentes, mas pelo mesmo crime – pois embora diferenças mínimas não chegam a perturbar a certeza de que assim ocorreu – e veio ele a ser condenado nas duas ações penais, é de deferir-se o *habeas corpus* para prevalecer apenas aquela sentença proferida pelo juiz prevento [HC 68.386/ DF, Segunda Turma, rel. min. **Aldir Passarinho**, DJ de 1º-3-1991.]

No mesmo sentido, de relatoria do eminente ministro **Djaci Falcão**, destaco o HC 64.215/SP, Segunda Turma, DJ de 21-11-1986; e HC 62.480/SP, Segunda Turma, DJ de 31-5-1985.

Em julgado desta Primeira Turma, restou preconizado o entendimento de que “não pode subsistir a condenação ocorrida no segundo processo, instaurado com o recebimento da denúncia a 7 de maio de 1993 (Processo 237/1993) já que, antes disso, ou seja, a 4 de maio de 1993, havia outra” (HC 72.364/SP, Primeira Turma, rel. min. **Sydney Sanches**, DJE de 23-2-1996). Ainda dessa decisão extrai-se que “a litispendência impediu que validamente se formasse o segundo processo e, em consequência, que validamente se produzisse ali a condenação”.

Mutatis mutandis, ao julgar a Ext 951/Itália, destacou o relator, ministro **Marco Aurélio**, que “havendo o processo de extradição anterior desagudo na extinção sem pronunciamento quanto ao mérito, possível é a renovação, sem que se possa cogitar de pressuposto negativo de desenvolvimento válido – a litispendência ou a coisa julgada” (Tribunal Pleno, DJ de 9-9-2005).

Verifica-se, portanto, que esse entendimento faz parte da histórica jurisprudência da Corte e permanece inalterado até os dias atuais.

No caso, restou demonstrado que os fatos que resultaram na dupla condenação são exatamente os mesmos, veja-se que o pedido de sanção a ser aplicada, as partes em litígio e o fato pelo qual o autor postula a condenação são os mesmos.

Presente, portanto, a tríplice identidade configuradora da litispendência.

Daí por que entendo que a preclusão maior ocorrida no segundo processo, que, nas palavras do ministro **Marco Aurélio**, “faz do quadrado redondo e do redondo quadrado”, é insubsistente e não pode, *data venia*, produzir efeitos no mundo jurídico, pois decorre de processo nulo por excelência.

A potencializar esse raciocínio, conforme bem lembrado pelo Ministério Público Federal “a segunda condenação tornou-se irrecurável após o trânsito em julgado da primeira condenação, razão pela qual também resta evidenciada a violação à coisa julgada”.

Com a *venia* do eminente relator, entendo que levar a efeito o ponto de vista externado por sua excelência, a meu ver, seria, na eventualidade de se repetir uma ação penal já em curso – não tendo o juízo, *ex officio*, fulminado, de plano, a ação repetida –, facultar à defesa não arguir a litispendência e apostar em uma absolvição ou em uma condenação mais branda por um dos juízos, vindo a postular, posteriormente, pela via do *habeas corpus*, em vista do constrangimento ilegal decorrente da violação do princípio do *ne bis in idem*, a validade da sentença que o tenha absolvido ou o tenha condenado a uma pena menor, pouco importando se a decisão mais favorável decorra da primeira ação ou daquela que se repete, como eu havia alertado anteriormente na sessão inaugural.

Por isso, eu aplico à espécie os consectários legais que decorrem do fenômeno processual da litispendência. Essa, a meu ver, parece ser a ordem natural a ser observada antes de alcançarmos a discussão sobre a prevalência de uma coisa julgada sobre a outra.

Por tudo quanto exposto, pedindo *venia* mais uma vez ao eminente relator, que expôs brilhantemente a sua tese em substancioso voto, acompanho a divergência inaugurada pelo ministro **Marco Aurélio** e denego a ordem, concedendo-a, no entanto, de ofício, para anular integralmente a AP 2005.01.1.0236280, oriunda da 6ª Vara Criminal da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF.

É como voto.

DEBATE

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Então, ainda é diferente até do voto do ministro Marco Aurélio, porque ele denega e Vossa Excelência não conhece.

O sr. ministro Dias Toffoli: O ministro Marco Aurélio sempre conhece.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Ele denega e concede de ofício.

O sr. ministro Dias Toffoli: Porque o pedido feito pela Defensoria é exclusivamente para se declarar nula a sentença da 7ª Vara, que é a preventa.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): É a mais grave.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): É a primeira.

O sr. ministro Dias Toffoli: É a primeira.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Senhora presidente, deixa eu só fazer a seguinte ponderação.

O sr. ministro Dias Toffoli: Eu não conheço. Na verdade, eu vou reajustar, eu denego. Como houve o pedido, eu denego e concedo de ofício, para estabelecer a nulidade da sentença da 6ª Vara.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): É a menos grave, prevalece a mais grave.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): É, eu sei.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Agora, o raciocínio seria o seguinte, quer dizer, a premissa em que está se baseando é a seguinte: como o segundo processo repetiu uma ação que era litispendente, esse segundo processo é nulo. Muito bem, essa é a premissa. Agora, no meu modo de ver, por que essa é uma premissa que não está de acordo com o sistema atual? O que diz a lei? Há coisa julgada quando se repete uma ação que já foi definitivamente julgada, que é muito pior; há coisa julgada quando se repete uma ação que já foi definitivamente julgada. E o que diz a lei? Cabe ação rescisória por violação da coisa julgada. Ou seja, essa segunda ação julgada, repetindo a ação que já foi definitivamente julgada, é rescindível por violação da primeira coisa julgada. Isso significa dizer que, enquanto ela não for rescindível, ela está de pé. É o problema da existência de duas coisas julgadas: qual delas deve valer?

Além desse raciocínio técnico, porque está na lei que ela é rescindível pela coisa julgada, nós estamos no campo penal. E a pena dessa segunda ação que transitou em julgado ainda é menor. Então, como é que nós vamos desconhecer um processo que transitou em julgado com uma pena menor? Dizer que estamos anulando a título de quê? *Querela nullitatis insanabilis*? Sem ação rescisória? Sem revisão criminal? Estamos desconsiderando a existência dele?

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Mas o ministro Dias Toffoli põe, a meu ver muito bem, que a litispendência não foi alegada.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Isso é indiferente, porque a coisa julgada e a litispendência...

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Não, porque aí a defesa deixou o processo correr.

O sr. ministro Dias Toffoli: A defesa deixou o processo correr.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Houve um segundo processo, nesse processo se optou.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): A pena é menor.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Mas é o jurisdicionado que escolhe a pena? Como indaga o ministro.

O sr. ministro Dias Toffoli: O que eu entendo? (Na linha do que manifestou o ministro Marco Aurélio, no seu primeiro voto divergente neste processo) O segundo processo não teve validade, ele é nulo por conta da litispendência.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Mas ele existiu no mundo jurídico, tem que ser tirado do mundo jurídico de alguma maneira, não pode ser por ficção.

O sr. ministro Dias Toffoli: Sim, estou tirando com esse voto. Por isso

que eu concedo de ofício, porque não foi pedida a retirada deste, foi pedida a retirada do outro. Mas, de qualquer sorte, não pode o paciente ficar com duas condenações sobre o mesmo fato.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Mas aí Vossa Excelência, *data venia*, está dizendo: o paciente não pode ficar com duas condenações, um pobre coitado, então toma a condenação mais grave. É isso.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Sim, mas acontece que ele também não pode escolher qual é a decisão que ele quer.

O sr. ministro Dias Toffoli: Escolher lotericamente o sabor. E o mais grave aqui é que a Defensoria Pública do Distrito Federal atuou nas duas causas.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): É o mesmo órgão de defesa.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Mas como que ele escolheu? Pois a ação penal é do Ministério Público, foi o Ministério Público que o acionou duas vezes.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): E ele foi defendido pelo mesmo órgão, a Defensoria.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Sim, mas ele foi acionado em dois lugares diferentes pelo mesmo fato.

O sr. ministro Dias Toffoli: As divergências estão bastante claras. O eminente ministro Luiz Fux, relator, com um brilhante voto, fundamentado, com o raciocínio brilhante de sempre, tem a posição de que deve prevalecer a decisão mais favorável, que teria revogado a primeira, como norma ao caso concreto, por analogia ao que se faz com a norma penal, devendo prevalecer a mais recente e mais benéfica.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): De toda sorte, ainda que venha prevalecer o voto de Vossa Excelência, é certo que nós, neste *habeas corpus*, estamos tirando uma das condenações do mundo jurídico.

VOTO

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Vou pedir vênia a Vossa Excelência para acompanhar a divergência, porque eu entendo que, se o segundo foi nulo, há de prevalecer o primeiro. Neste caso, qualquer que fosse a linha adotada, um deles não prevaleceria.

Peço vênia ao ministro relator, mas acompanho a divergência também no sentido de denegar a ordem, mas conceder de ofício para fazer prevalecer apenas a decisão proferida.

DEBATE

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Senhora presidente, aqui também tem um detalhe que já não é mais a minha tese. Quer dizer, nós vamos, num *habeas corpus* do paciente, dar a ele uma solução pior do que a que ele teria se não tivesse interposto o *habeas corpus*.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Não. Pior seria ter as duas.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Não. Ele está pedindo que prevaleça a segunda, que é menos grave. São aqueles casos com duas sentenças transitadas em julgado em relação ao mesmo fato.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Ministro Marco Aurélio, Vossa Excelência divergiu, iniciou uma divergência, que está prevalecendo, no HC 101.131, que foi relatado pelo ministro Luiz Fux. Houve dois processos. No primeiro julgamento, ele foi condenado; no segundo, *idem*. Porém, no segundo julgamento, ele obteve uma pena menor que no primeiro. E ele impetra o *habeas corpus*, e o ministro relator votou no sentido de conceder a ordem para fazer prevalecer a segunda decisão que era menos gravosa. Vossa Excelência divergiu e denegou a ordem, mas concedeu de ofício para declarar nulo o segundo processo, porque era litispendente, e fazer prevalecer o processo – digamos – válido.

O ministro Dias Toffoli traz voto-vista acompanhando Vossa Excelência, dizendo exatamente que o primeiro processo acabou e deu aquela decisão. O segundo processo já não valia, logo ele não pode escolher o jurisdicionado. Eu estou acompanhando a divergência.

O sr. ministro Marco Aurélio: Quer pela litispendência, quer pela coisa julgada. Seria pressuposto negativo de desenvolvimento válido do segundo processo.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Como as duas transitaram... Elas vivem no mundo, nós precisamos tirar uma delas.

O sr. ministro Marco Aurélio: Sim, mas a que transitou em julgado, em primeiro lugar, foi a do processo inicial?

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Da 7ª Vara.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Aí, eu digo o seguinte: Como é que nós vamos conciliar isso com um caso de cabimento de revisão por violação da coisa julgada? Foi o que houve, foi uma violação da coisa julgada. Não teríamos como encaixar essa questão.

Eu já estou vencido nesta parte, não tem problema. Mas não estou conseguindo entender o seguinte: há duas sentenças no mundo jurídico, como é que vou afastar essa segunda sentença?

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Mas o voto de Vossa Excelência também afastava, mas só que afastava a primeira.

O sr. ministro Marco Aurélio: É a consequência. Vamos admitir que, já havendo coisa julgada, surgisse essa segunda ação. Evidentemente, teríamos o concurso do pressuposto negativo de validade desse segundo processo.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Só que ela já foi embora. Sem pressuposto, ela foi embora.

O sr. ministro Marco Aurélio: Não importa, o defeito é originário.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Eu sei. Mas, aqui, está se dizendo o

seguinte: No *habeas corpus* do paciente, está-se declarando nula a sentença que é mais favorável ao paciente. Então, ele teria uma situação melhor se não tivesse impetrado nada.

O sr. ministro Marco Aurélio: Ele, hoje, tem dupla condenação.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Teria duas sentenças. Tem dupla condenação.

O sr. ministro Dias Toffoli: Ele fez o pedido de anular a primeira condenação.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Não piorou a situação dele não.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Então, o resultado correto é denegar a ordem. Denega a ordem de não favorecer...

O sr. ministro Marco Aurélio: Vamos inverter a situação concreta.

Vossa Excelência ficou muito impressionado com a apenação. A apenação, no segundo processo, foi menos gravosa. E se fosse o inverso? Vossa Excelência homenagearia a segunda prestação jurisdicional?

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Não. Por quê? Porque o meu voto diz que a sentença é equiparável à ordem normativa. Então aplica-se sempre a *lex mitior*. O meu fundamento é nesse sentido.

O sr. ministro Marco Aurélio: Há uma construção interessante.

O sr. ministro Dias Toffoli: Eu trouxe em meu voto, ministro Marco Aurélio, jurisprudência da Corte que corrobora o entendimento da divergência inicial lançada por Vossa Excelência, dizendo que a listispêndência faz nulo o segundo processo, devendo prevalecer, portanto, a decisão tomada pelo juízo preventivo.

O sr. ministro Marco Aurélio: Poderia ter nascido, surgido?

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Sim.

O sr. ministro Dias Toffoli: Ademais, também trouxe como fundamento que isso seria deixar, ao sabor lotérico da defesa, correr o processo, para, depois, ter mais de uma chance de absolvição. E é dever da parte alegar a litispêndência.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): É, conforme a solução, ele entrava. Então, é o jurisdicionado que escolhe?

O sr. ministro Dias Toffoli: É dever. As normas processuais impõem como dever.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Mas esse argumento não dá. O Ministério Público propôs duas ações em lugares diferentes.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): E a Defensoria Pública atuou como defesa nos dois e não alegou.

O sr. ministro Dias Toffoli: A mesma instituição, a mesma defensoria, atuou nos dois processos. Ficou ao sabor lotérico.

O sr. ministro Marco Aurélio: Um dos dois era eletrônico? Teremos consequências seriíssimas com o processo eletrônico, mais, ainda, com o julgamento de colegiado virtual. Vamos aguardar.

O sr. ministro Dias Toffoli: São adaptações às novas tecnologias.

A sra. ministra Cármen Lúcia (presidente): Vamos ter que nos reinventar.

O sr. ministro Marco Aurélio: Não sou troglodita em relação à modernidade, mas é difícil conceber julgamento virtual em Colegiado.

Digo sempre: um suspiro no Supremo – e introduzirmos essa prática na repercussão geral, com o Plenário virtual – é observado, no que convém, pelos demais órgãos do Judiciário. Dois tribunais – o do Rio de Janeiro e o de São Paulo – já editaram resolução para ter-se, até mesmo no tocante ao recurso por excelência, que é a apelação, o julgamento virtual.

Creio que algum dia, talvez, segundo as palavras do ministro Joaquim Barbosa – ele disse isso no Plenário –, chegará a época em que não precisaremos mais vir ao Supremo. De qualquer parte do mundo, votaremos nos processos. Será o fim do Colegiado propriamente dito.

O sr. ministro Luiz Fux (relator): Senhora presidente, como o ministro Marco Aurélio entendeu interessante a tese suscitada, em homenagem a Sua Excelência, farei a juntada de meu voto.

EXTRATO DA ATA

HC 101.131/DF – Relator: Ministro Luiz Fux. Relator para o acórdão: Ministro Marco Aurélio. Paciente: Renan Rodrigues de Sousa. Impetrante: Defensoria Pública do Distrito Federal (Procurador: Defensor público-geral do Distrito Federal). Coator: Relator do Recurso Especial 1.027.847 do Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma denegou a ordem de *habeas corpus*, mas a concedeu, de ofício, para fazer prevalecer, exclusivamente, a decisão proferida no primeiro processo, nos termos do voto do ministro Marco Aurélio, relator para o acórdão, vencido o ministro Luiz Fux, relator, que concedia a ordem para fazer prevalecer o segundo decreto condenatório. Presidência da ministra Cármen Lúcia.

Presidência da ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli e Luiz Fux. Subprocurador-geral da República, dr. Paulo de Tarso Braz Lucas.

Brasília, 25 de outubro de 2011 – Carmen Lilian, coordenadora.